

Rechtspersonen

De B.V.

De rechtsvorm en de fiscus

Overdracht en overname

van een onderneming

de NOTARIS en

Onder- nemings- recht

Inhoud

Inleiding	3
Rechtsvormen	3
Ondernemingen zonder rechtspersoonlijkheid	3
Rechtspersonen	4
Ondernemingen zonder rechtspersoonlijkheid	5
De eenmanszaak	5
De maatschap	5
De vennootschap onder firma (v.o.f.)	7
Commanditaire vennootschap (c.v.)	8
Nieuw personenvennootschapsrecht	9
Rechtspersonen	10
EESV	10
Naamloze vennootschap	11
Besloten vennootschap	11
De verschillen tussen bv en nv	12
De bv	13
De oprichting van de bv	13
Statuten en inschrijving	13
Organen	14
Aansprakelijkheid van aandeelhouders en bestuurders	15
Publicatieplicht	16
De eenmans-vennootschap	16
De rechtsvorm en de fiscus	17
Inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting	17
Ter beschikking gesteld vermogen	18
Fiscaal advies	19
Onderneming en onroerende zaken	20
Juridische aspecten	20
Fiscale aspecten	20

Overdracht en overname van een onderneming	21
Inzicht krijgen	21
Bedrijfsopvolging bij familiebedrijven	21
Rechtsvorm en opvolging	22
Pensioenrechten	24
Pensioen bij niet-rechtspersonen	24
Pensioen bij rechtspersonen	24
Tenslotte	25

Inleiding

Deze brochure gaat over belangrijke zaken waarmee een ondernemer te maken krijgt. Een ondernemer is de (rechts-)persoon die voor eigen rekening en op eigen naam een onderneming drijft.

Ondernemen brengt risico's met zich mee, met name financiële.

Of, en in welke mate een ondernemer aansprakelijk is met zijn (of haar) privévermogen, hangt voor een groot deel af van de rechtsvorm van zijn onderneming. De keuze voor een bepaalde rechtsvorm kan dus belangrijke gevolgen hebben. Een startende ondernemer maakt die keuze. Dat doet hij het beste onder begeleiding van een deskundige.

Naast beperking van het persoonlijke risico spelen ook andere argumenten een rol bij de keuze voor een bepaalde rechtsvorm:

- de vraag of een ondernemer alleen wil werken of wil samenwerken
- de financiële positie van de ondernemer en daarmee samenhangend:
- de vraag of het de bedoeling is om in de onderneming kapitaal van derden aan te trekken.

De rechtsvorm van een onderneming is de juridische vorm.

In deze brochure vindt u een korte inventarisatie van de verschillende mogelijkheden.

Uiteraard zal hier niet elke vraag beantwoord worden. U zult de vormgeving van uw onderneming uitgebreid met deskundigen moeten bespreken. Een van die deskundigen is de (kandidaat-)notaris. Wat de notaris op dit terrein voor u kan doen, vindt u in deze brochure.

3

Rechtsvormen

In grote lijnen bestaan er twee soorten rechtsvormen: organisatievormen zonder rechtspersoonlijkheid en rechtspersonen.

Ondernemingen zonder rechtspersoonlijkheid

In een organisatievorm zonder rechtspersoonlijkheid is de ondernemer in privé aansprakelijk voor ondernemingsschulden. Zakelijke schuldeisers kunnen zich verhalen op het ondernemingsvermogen en het privévermogen van de ondernemer. Zo is de ondernemer die met een eenmanszaak aan het economisch verkeer deelneemt, met zijn

gehele vermogen aansprakelijk voor alle schulden. Is deze ondernemer in algehele gemeenschap van goederen gehuwd, dan kan deze aansprakelijkheid tot gevolg hebben dat ook het aandeel van de echtgenoot in de gemeenschappelijke bezittingen verloren gaat. (Men is gehuwd in algehele gemeenschap van goederen wanneer men geen huwelijkse voorwaarden heeft opgemaakt.)

Rechtspersonen

Wanneer een rechtspersoon – de tweede soort rechtsvorm – wordt opgericht, bijvoorbeeld een besloten vennootschap (bv), dan wordt een 'nieuw rechtssubject' geschapen. Een rechtspersoon is, net als de mens, zelfstandig drager van rechten en plichten. Dat betekent dat, wanneer via een rechtspersoon aan het economisch verkeer wordt deelgenomen, in beginsel alleen die rechtspersoon aansprakelijk kan zijn voor de schulden die uit het ondernemen voortvloeien. De ondernemer met bijvoorbeeld een bv kan dan in principe niet méér geld verliezen dan het bedrag waarvoor hij in de vennootschap deelneemt, waarvoor hij aandelen heeft genomen. Dit geldt ook voor eventuele andere personen die een aandeel bezitten (aandeelhouders) in het kapitaal van de bv. Daarmee is dus het risico dat men privé aansprakelijk wordt gesteld beperkt.

In de regel zal de oprichter van een bv optreden als bestuurder van die bv. Wordt in een juridische procedure onbehoorlijk bestuur vastgesteld, dan kan de bestuurder persoonlijk aansprakelijk worden gesteld.

Ondernemingen zonder rechtspersoonlijkheid

In Nederland kennen wij diverse organisatievormen zonder rechtspersoonlijkheid. Dit zijn de eenmanszaak, de maatschap, de vennootschap onder firma (v.o.f.) en de commanditaire vennootschap (c.v.). De laatste drie worden ook wel personenvennootschappen genoemd.

De eenmanszaak

Wanneer een natuurlijk persoon voor eigen rekening en risico een onderneming drijft, is er sprake van een eenmanszaak. In dat geval wordt geen onderscheid gemaakt tussen het ondernemingsvermogen en het privévermogen. Dit brengt met zich mee dat alle tot de onderneming behorende bezittingen en schulden, de baten en lasten van de ondernemer vormen.

De ondernemer is als persoon zèlf aansprakelijk. Dit betekent dat een schuldeiser van de eenmanszaak zich direct op het privévermogen van de ondernemer kan verhalen, terwijl de privécrediteuren zich ook op de bezittingen van de onderneming kunnen verhalen.

De maatschap

De maatschap is een samenwerkingsvorm tussen twee of meer personen, 'maten' genoemd, die met dat wat zij inbrengen een bepaald doel nastreven. De inbreng van de maten kan bestaan uit arbeid, geld en/of goederen. De afzonderlijke maten zijn niet verplicht allen een gelijke hoeveelheid in de gemeenschap te brengen. De maatschapsvorm wordt veel gebruikt door – vrije – beroepsbeoefenaren. Bijvoorbeeld een maatschap van artsen of accountants. Ook in de agrarische sector wordt veelvuldig gebruik gemaakt van de maatschap als organisatievorm.

Alle verplichtingen tussen de maten onderling worden bepaald door de tussen die maten gesloten maatschapsovereenkomst. Van oorsprong is de maatschap het samenwerkingsverband van beroepsbeoefenaren, van burgers en dus niet van kooplieden. Aangezien de wettelijke regeling voor de maatschap nogal summier is, verdient het aanbeveling

bij de vormgeving van de maatschapsovereenkomst het advies van een deskundige in te winnen. De (kandidaat-)notaris zal u graag terzijde staan.

Openbare maatschap

Vroeger merkten derden niets van het bestaan van een maatschap. Men sprak dan ook wel van de stille maatschap. Meer en meer treden maatschappen als organisatie naar buiten op. Wanneer maatschappen als zodanig aan het rechtsverkeer deelnemen onder een gemeenschappelijke naam, spreekt men van een openbare maatschap. Het naar buiten optreden heeft consequenties, zoals bijvoorbeeld het feit dat de maatschap als zodanig in rechte kan worden betrokken of in rechte kan optreden. Verder wordt algemeen aangenomen dat een openbare maatschap, in tegenstelling tot een stille maatschap, een van het privévermogen afgescheiden maatschapsvermogen bezit. Dit betekent dat privéschuldeisers van de maten zich tijdens het bestaan van de maatschap niet kunnen verhalen op het vennootschapsvermogen. Dit afgescheiden vermogen is primair bedoeld voor de zakelijke schuldeisers. Zij kunnen zich verhalen op het vennootschappelijk vermogen en op het privévermogen van de maten.

Bevoegdheid van de maten

Ieder der maten is bevoegd beheersdaden te verrichten, tenzij bij maatschapsovereenkomst een andere regeling is overeengekomen. Beheersdaden zijn handelingen die tot de normale gang van zaken van de maatschap worden gerekend, zoals de uitvoering van het dagelijkse werk.

6

Beschikkingshandelingen daarentegen zijn handelingen die vallen buiten de normale activiteiten van de maatschap. Wegens het uitzonderlijke karakter van deze handelingen kunnen die alleen door de maten gezamenlijk worden verricht. Sluit een der maten, als bevoegd vertegenwoordiger, namens de maatschap een overeenkomst, dan zijn alle maten jegens de wederpartij met wie is gehandeld aansprakelijk, en wel voor gelijke delen. Heeft een maat echter in strijd met zijn bevoegdheid gehandeld, dan bindt hij de overige maten in beginsel niet. De bevoegdheid van de maat wordt begrensd door de wet, het doel van de maatschap, de volmacht die de maat van zijn werkmaten ontving, en de nadere afspraken die daaromtrent in het maatschapscontract zijn gemaakt.

Winst en verlies

De winsten en verliezen worden verdeeld in verhouding tot ieders inbreng, tenzij hieromtrent een andersluidende afspraak is gemaakt in het maatschapscontract. Het is evenwel verboden te bepalen, dat alle winsten aan een der maten zullen toekomen. Wel kan bepaald worden dat een der maten alle verliezen draagt.

De vennootschap onder firma (v.o.f.)

De v.o.f. kan worden gedefinieerd als een openbare maatschap die een bedrijf uitoefent. Ook deze maatschapsvorm ontstaat door het tot stand komen van de maatschapsovereenkomst oftewel het vennootschapscontract tussen de oprichters. Een notariële akte is niet vereist, maar raadpleging van deskundigen is bij de vormgeving van zo'n contract van groot belang, vooral samenhangend met de persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten.

Afgescheiden vermogen

Bij de v.o.f. wordt onderscheid gemaakt tussen het vennootschapsvermogen en de privévermogens van de firmanten. Het vennootschapsvermogen bestaat bij het begin van de v.o.f. uit het door de oprichters/firmanten bijeen gebrachte vermogen (inbreng).

Dit vermogen kan later aangroeien door gemaakte winsten of verhoging van de inbreng.

Het vennootschapsvermogen noemt men ook wel het afgescheiden vermogen van de v.o.f. Wat betreft het bestaan van het afgescheiden vermogen lijkt de v.o.f. op een rechtspersoon, zoals de bv. Tijdens het bestaan van de vennootschap kunnen privéschuldeisers van de firmanten zich niet verhalen op het vennootschapsvermogen. Dit afgescheiden vermogen is primair bedoeld voor de zakelijke schuldeisers. Zij kunnen zich verhalen op het vennootschappelijk vermogen en op het privévermogen van de firmanten.

7

Bevoegdheid van de vennoten

Anders dan bij de maatschap, waar voor bevoegde vertegenwoordiging door een der maten volmacht van de overige maten vereist is, is iedere vennoot – in beginsel – bevoegd namens de v.o.f. te handelen. De wet geeft drie uitzonderingen. Niet bevoegd is de vennoot die van vertegenwoordigingsbevoegdheid is uitgesloten (in de vennootschapsakte), de

verrichte handeling valt niet binnen het doel van de vennootschap of het betreft een handeling waartoe de vennoot volgens de overeenkomst onbevoegd is.

Opmerking verdient het volgende. Zolang de v.o.f. niet als zodanig in het handelsregister is ingeschreven, wordt zij ten aanzien van derden aangemerkt als algemeen voor alle zaken, aangegaan voor onbepaalde tijd en geen der vennoten uitsluitende van vertegenwoordigingsbevoegdheid. Uw adviseur zal er dan ook op toezien dat uw samenwerkingsverband op de juiste wijze wordt ingeschreven.

V.o.f. en aansprakelijkheid

Bij de v.o.f. is ieder van de vennoten hoofdelijk en persoonlijk aansprakelijk voor het geheel van alle vennootschapsschulden. Dit is dus anders dan bij een maatschap, waarin iedere maat voor een gelijk deel aansprakelijk is voor een maatschapsschuld.

Commanditaire vennootschap (c.v.)

De commanditaire vennootschap is een bijzondere verschijningsvorm van de v.o.f. Het belangrijkste verschilpunt is dat bij de c.v. twee soorten vennoten worden onderscheiden. Dit zijn de beherende vennoten en de commanditaire vennoten. De beherende vennoot van de c.v. is, evenals de vennoot van de v.o.f., persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk voor vennootschapsschulden. Dit geldt niet voor de commanditaire vennoot, ook wel stille vennoot genoemd.

Ook bij een c.v. is sprake van een van het privévermogen van de vennoten afgescheiden vennootschapsvermogen. Zie hiervoor bij de openbare maatschap en de v.o.f.

8

Positie van de commanditaire vennoot

Een commanditaire vennoot is financier van de vennootschap en is niet verder voor de schulden van de vennootschap 'aansprakelijk' dan tot het bedrag dat hij heeft ingebracht. Wil de commanditaire vennoot deze positie handhaven, dan zal hij aan een aantal voorwaarden moeten voldoen. Een van die wettelijke voorwaarden is dat de commanditaire vennoot zich niet naar buiten gedraagt als een beherende vennoot. Dat laatste zou het geval zijn wanneer hij beheersdaden of beschikkingsdaden verricht. Dan wordt hij aansprakelijk alsof hij beherend vennoot van de c.v. is.

Een andere voorwaarde is dat de eigen naam van de commanditaire vennoot niet in de naam van de vennootschap voorkomt. Hierdoor zou immers de schijn worden gewekt dat de commanditaire vennoot een beherend vennoot, en dus aansprakelijk vennoot is. Overigens kan, onder omstandigheden, van deze regel worden afgeweken.

Wanneer kiezen voor een c.v.?

De c.v.-vorm leent zich met name voor ondernemingen met financiers die de benodigde geldbedragen niet willen lenen, maar risicodragend ter beschikking van de vennootschap willen stellen. De commanditaire vennoot ontvangt geen rente op het door hem ingelegde geld, maar deelt als vennoot in de winst. De wijze van winstverdeling en andere belangrijke onderdelen van de afspraak tussen de vennoten in de c.v. worden geregeld in het vennootschapscontract.

Ook de c.v. kan bij onderhandse of notariële akte worden aangegaan.

Het ontbreken van rechtspersoonlijkheid wil niet zeggen dat één van deze rechtsvormen niet een goede vorm zou zijn voor een onderneming of samenwerkingsverband. De notaris zal u bij uw keuze adviseren. Het verdient aanbeveling de onderlinge afspraken tussen maten of vennoten in een notariële akte vast te leggen. Aan de keuze voor een van de genoemde rechtsvormen zijn juridische en fiscale gevolgen verbonden. Het gaat te ver om in deze brochure daar dieper op in te gaan. Bij het beoordelen van deze aspecten kan de (kandidaat-)notaris u de helpende hand bieden.

Nieuw personenvennootschapsrecht

Naar verwachting zullen de maatschap en de v.o.f. in de loop van 2009 als rechtsvorm verdwijnen. Voortaan zullen samenwerkingsverbanden zonder rechtspersoonlijkheid mogelijk zijn in de vorm van een stille vennootschap, openbare vennootschap (o.v.) of commanditaire vennootschap (c.v.). De stille vennootschap is vergelijkbaar met de huidige stille maatschap. De openbare vennootschap is vergelijkbaar met de huidige openbare maatschap en de v.o.f. Onder de nieuwe wetgeving bestaat voor de o.v. en de c.v. de mogelijkheid te kiezen voor rechtspersoonlijkheid. Zo'n o.v. of c.v. met rechtspersoonlijkheid kan eenvoudig worden omgezet in een bv of omgekeerd.

Rechtspersonen

Zoals aan het begin van deze brochure werd gezegd, kan de ondernemer met de oprichting van een rechtspersoon het risico beperken dat hij in de privésfeer financieel aansprakelijk is. Zoals hiervoor opgemerkt, zal naar verwachting in de loop van 2009 de mogelijkheid in de wet worden opgenomen om te kiezen voor een openbare vennootschap of commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid. In dat geval leidt de rechtspersoonlijkheid niet tot een beperking van de aansprakelijkheid van de vennoten. Bij een keuze voor rechtspersoonlijkheid moet de vennootschapsovereenkomst worden opgenomen in een notariële akte. In de categorie rechtspersonen is vooral de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (bv) van belang. Twee andere rechtspersonen worden hier kort besproken: het Europees Economisch Samenwerkingsverband (EESV) en de naamloze vennootschap (nv).

EESV

Binnen Europa kunnen ondernemingen in verschillende landen op beperkt gebied samenwerken in een Europees-rechtelijke rechtsvorm: het EESV (Europees Economisch Samenwerkingsverband). Het EESV kan ook dienst doen wanneer een binnen Europa gevestigde onderneming wil gaan samenwerken met een onderneming die buiten de Europese gemeenschap gevestigd is. Dan geldt wel de eis dat deze buiten Europa gevestigde onderneming een dochtermaatschappij heeft in een van de Europese lidstaten.

Het EESV heeft in Nederland rechtspersoonlijkheid. De leden (op hun beurt vaak rechtspersonen) van een dergelijk samenwerkingsverband zijn, naast het EESV, hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden. Over deze bijzondere rechtsvorm kan de (kandidaat-)notaris u verder informeren.

Naamloze vennootschap

Voor de grote onderneming waarvoor veel vermogen van derden aangetrokken moet worden is de bv niet geschikt. Voor dergelijke ondernemingen, de publieke vennootschappen, is de nv-vorm de aangewezen rechtsvorm.

Naast aandelen op naam kan de nv ook 'aandelen aan toonder' uitgeven, die op de beurs kunnen worden genoteerd. De aandelen in de nv zijn in principe vrij overdraagbaar. Dat maakt die aandelen, die in feite participaties in de vennootschap zijn, makkelijk verhandelbaar. Voor de nv is het dus makkelijk een beroep op het beleggend publiek te doen. Er zijn in Nederland veel meer bv's dan nv's. Daarom in deze brochure uitgebreide informatie over de bv.

Besloten vennootschap

De 'besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid' is een rechtspersoon met een maatschappelijk kapitaal dat in aandelen verdeeld is. Met dit kapitaal wordt de realisering van een bepaald doel beoogd. De verschaffers van het kapitaal van de vennootschap worden aandeelhouders genoemd. Iedere aandeelhouder neemt voor een bepaald aantal aandelen deel in de vennootschap. De enige verplichting die de aandeelhouder tegenover de vennootschap moet nakomen is dat hij de door hem genomen aandelen 'volstort', d.w.z. de waarde in geld aan de bv betaalt.

Zie, voor de mogelijkheid van storting in natura, p. 13 van dit boekje. De bv-vorm is het samenwerkingsverband van aandeelhouders dat vooral gekenmerkt wordt door het besloten karakter. De aandelen in de bv zijn niet vrij overdraagbaar. De bv kan slechts aandelen op naam uitgeven. Van die aandelen mogen geen aandeelbewijzen worden verstrekt. Vooral in deze eigenschap wordt het besloten karakter van de besloten vennootschap zichtbaar.

Evenals het personenvennootschapsrecht zal ook het bv-recht in de nabije toekomst (naar verwachting per 1 januari 2010) ingrijpend worden gewijzigd. In deze brochure wordt nog uitgegaan van het huidige bv-recht.

De verschillen tussen bv en nv

De belangrijkste verschillen tussen de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap zijn:

- De bv mag geen aandeelbewijzen uitreiken, maar moet een register hebben waarin de namen en adressen van alle aandeelhouders zijn opgenomen. De nv mag wel aandeelbewijzen uitgeven.
- De aandelen van een bv zijn niet vrij overdraagbaar; de statuten van de bv moeten een blokkeringsregeling bevatten. Deze blokkeringsregeling kan bijvoorbeeld inhouden dat aandelen eerst aan medeaandeelhouders moeten worden aangeboden bij een voorgenomen overdracht. Zo'n blokkering kan ook de overgang bij vererving van aandelen regelen. De verplichte blokkeringsregeling geldt niet voor de nv. De overdracht van aandelen in de bv dient steeds bij notariële akte plaats te vinden. Voor toonderaandelen en bepaalde aandelen op naam in de nv geldt dit niet.

De bv

Oprichting van de bv

Oprichting van een bv kan alleen bij notariële akte. Er kunnen één of meer oprichters zijn. Voorafgaand aan de oprichting worden de financiële en criminele antecedenten getoetst van degenen die het beleid in de bv gaan bepalen. Deze controle vindt plaats door het ministerie van Justitie. Na afgifte van een verklaring van geen bezwaar kan tot oprichting worden overgegaan. De controle van de juridisch inhoudelijke kant van de oprichtingsakte berust volledig bij de notaris (zie hierna bij “statuten”).

De wet kent een groot aantal voorschriften met betrekking tot het kapitaal van de vennootschap. Een van de belangrijkste voorschriften is dat bij de oprichting een minimum kapitaal in de vennootschap moet worden gestort. Het vereiste kapitaal bedraagt € 18.000,-. Storting op de aandelen hoeft niet in geld plaats te vinden maar kan ook in natura geschieden. U kunt daarbij denken aan de inbreng van een hele onderneming of bijvoorbeeld bepaalde goederen zoals auto's en computers. Indien inbreng in natura plaatsvindt, moet de waarde van die inbreng door de oprichters worden bepaald en beschreven. Een daartoe bevoegde accountant zal een verklaring moeten afgeven dat de waarde van het ingebrachte tenminste gelijk is aan het bedrag van de stortingsplicht. Wanneer storting in geld plaatsvindt, moet door de bank een verklaring worden afgegeven, waaruit blijkt dat het te storten bedrag ook werkelijk in de bv is of wordt gestort. Soms wordt, vóór de formele oprichting van de bv, reeds gehandeld voor de nog op te richten rechtspersoon. Raadpleeg, indien u overweegt met een bv i(n) o(prichting) aan het maatschappelijk verkeer deel te nemen, uw juridisch adviseur.

13

Statuten en inschrijving

De statuten van de vennootschap worden bij de notaris vastgelegd in de oprichtingsakte. In de statuten moeten allerlei belangrijke zaken die de vennootschap betreffen worden vastgelegd, zoals tot welk bedrag de vennootschap aandelen kan uitgeven (het maatschap-

pelijk kapitaal), de wijze van benoeming van bestuurders en commissarissen, de bevoegdheden van de diverse 'organen' en de manier waarop zij vergaderen, de overdracht van aandelen, etc. Tenslotte dient de bv te worden ingeschreven in het handelsregister. Deze inschrijving, die noodzakelijk is ter voorkoming van persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders, wordt gewoonlijk door de notaris begeleid. Wanneer alle aandelen in de bv in handen zijn van een enige aandeelhouder wordt dat in het handelsregister vermeld.

Organen

Iedere bv kent ten minste een algemene vergadering van aandeelhouders en een bestuur. In veel gevallen bestaat daarnaast nog een raad van commissarissen, terwijl in de praktijk ook wel andere organen voorkomen. Een bv wordt bestuurd door het bestuur (directie), bestaande uit een of meer bestuurders, ook wel directeuren genoemd. Regelmatig doet zich de situatie voor waarin de enig directeur tevens eigenaar van alle aandelen is. In het geval waarin alle aandelen van de bv bij één (rechts-)persoon berusten (dit is ook het geval indien alle aandelen in één huwelijksgemeenschap vallen), is er sprake van een éénmans-bv. Voor zo'n éénmans-bv gelden bijzondere wettelijke eisen waar het betreft het vastleggen van bepaalde besluiten en het registreren van bepaalde rechtshandelingen, die betrekking hebben op de relatie tussen de vennootschap en de enige aandeelhouder (zie verder op pagina 16 van dit boekje).

Bestuurders worden benoemd en ontslagen door de algemene vergadering van aandeelhouders. Van dit orgaan maken alle aandeelhouders deel uit. Naast de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van bestuurders, heeft de algemene vergadering van aandeelhouders nog een aantal andere belangrijke bevoegdheden. Het betreft hier onder meer de bevoegdheid om de statuten te wijzigen, nieuwe aandelen uit te geven en te besluiten tot ontbinding van de vennootschap. Wanneer een raad van commissarissen bestaat, is haar taak toezicht te houden op de directie van de vennootschap en deze te adviseren. De wijze van benoeming van commissarissen wordt geregeld in de wet. In de statuten kan van de wettelijke regeling worden afgeweken.

Aansprakelijkheid van aandeelhouders en bestuurders

In principe zijn aandeelhouders nooit verder aansprakelijk dan tot het bedrag waarvoor zij deelnemen in de vennootschap. De aandeelhouder is met name niet aansprakelijk voor de schulden die de vennootschap heeft. Eerder werd opgemerkt dat een rechtspersoon, net als een mens, zelfstandig drager van rechten en verplichtingen is. Dit brengt ondermeer met zich mee dat ook andere bij de vennootschap betrokken personen, zoals de directeur of commissaris, in principe niet in persoon kunnen worden aangesproken voor schulden van de vennootschap. De directeur is meestal in dienst van de vennootschap. Indien hij zijn taak als bestuurder goed verricht, zal hij noch door de vennootschap noch door derden kunnen worden aangesproken voor schulden van de vennootschap. Dit ligt anders wanneer de directeur niet naar behoren heeft gefunctioneerd en er sprake is van 'onbehoorlijk bestuur'. Wanneer er sprake is van onbehoorlijk bestuur, en de vennootschap lijdt door dit bestuur schade, kan de bestuurder in persoon door de vennootschap worden aangesproken. Ook kan, bij onbehoorlijk bestuur waardoor een derde schade lijdt, een bestuurder in privé worden aangesproken door die derde. Evenzo geldt dit voor onbehoorlijk bestuur van commissarissen, wanneer die er zijn. De wet noemt een fors aantal situaties waarin de bestuurder persoonlijk aansprakelijk kan zijn.

Zo kan de directie persoonlijk aansprakelijk zijn voor de afdracht van loonbelasting, btw en sociale premies, indien de vennootschap niet kan betalen en deze (dreigende) betalingsonmacht niet tijdig aan fiscus en/of bedrijfsvereniging is gemeld.

Daarnaast kan de directie in persoon aansprakelijk zijn bij faillissement van de vennootschap. Deze aansprakelijkheid kan zich slechts voordoen wanneer sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak van het faillissement vormde. De vordering tegen de bestuurders kan slechts worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaand aan het faillissement. Ook de commissarissen van een bv vallen onder de werkingsfeer van deze anti-misbruikwet.

Het verdient aanbeveling bij de keuze van de rechtsvorm uitgebreid advies in te winnen over de mogelijkheden van aansprakelijkstelling in privé en over de mogelijkheden van verzekering van de risico's.

Publicatieplicht

Tenslotte, iedere bv en nv is verplicht tot het opmaken en publiceren van een jaarrekening. De eisen die de wet aan de jaarrekening stelt, variëren al naar gelang de omvang van de vennootschap.

De eenmans-vennootschap

Sinds enige tijd kent de wet bijzondere voorschriften voor de zogenaamde eenmans-vennootschap. Dit is een bv of nv waarvan alle aandelen in één hand zijn, dus door één mens of rechtspersoon worden gehouden. De wet kijkt vooral naar de feitelijke zeggenschap in de vennootschap. Aandelen die in een huwelijksgemeenschap vallen, worden niet aan de beide echtgenoten toegerekend, maar worden geacht één pakket te vormen. Aandelen die door de vennootschap zelf of door een dochtermaatschappij worden gehouden, tellen niet mee voor de vraag of de aandelen in één hand zijn.

In de praktijk komt deze situatie van alle aandelen in één hand het meest voor bij de bv. Om een eenmans-bv te zijn, is slechts het aandeelhouderschap van belang. Het is dus niet noodzakelijk dat de enig aandeelhouder ook (enig) directeur van de vennootschap is.

De eenmans-vennootschap moet aan de volgende voorschriften voldoen: door publikatie in het handelsregister moet bekend worden gemaakt dat de eenmans-bv is ontstaan. Ook de beëindiging ervan moet zo bekend worden gemaakt.

Alle besluiten van de aandeelhoudersvergadering moeten schriftelijk worden vastgelegd; deze stukken moeten ter inzage komen te liggen op het kantoor van de vennootschap. Ook bepaalde handelingen die tussen de bv en haar enig-aandeelhouder worden verricht, en die niet passen binnen de normale bedrijfsuitoefening van de bv, moeten schriftelijk worden vastgelegd. Wie niet voldoet aan deze specifieke voorschriften pleegt een economische delict en kan worden gestraft.

De rechtsvorm en de fiscus

Inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting

Er gelden verschillende fiscale regimes voor enerzijds de rechtsvormen zonder rechtspersoonlijkheid en anderzijds de rechtspersonen. De ondernemer die zich niet van een rechtspersoon bedient, betaalt inkomstenbelasting (IB). Hij geniet winst uit onderneming die volgens de wet op de inkomstenbelasting wordt belast. Het tarief van deze belasting is onderverdeeld in schijven en kan oplopen tot 52%. Wordt de onderneming via een bv gedreven, dan wordt vennootschapsbelasting (Vpb) geheven over de winst. Voor winst tot en met € 40.000,- geldt een tarief van 20%, voor winst van € 40.000,- tot en met € 200.000,- bedraagt het tarief 23% en winst van meer dan € 200.000,- wordt belast tegen een tarief van 25,5% (2009).

Andere verschillen tussen de IB-sfeer en de Vpb-sfeer zijn de volgende:

- a. Pensioenvoorziening: in de IB-sfeer kan sprake zijn van opbouw van een fiscale oudedagsreserve. In de Vpb-sfeer kan een pensioenvoorziening in de vennootschap worden opgebouwd.
- b. Meewerkende echtgeno(o)t(e): in de IB-sfeer wordt de winst verlaagd met een bepaald percentage van de winst, afhankelijk van het aantal gewerkte uren (meewerkaftrek). In de Wet Inkomstenbelasting 2001 is bepaald dat de meewerkaftrek alleen geldt wanneer aan de meewerkende echtgeno(o)t(e) geen beloning wordt toegekend. In plaats van de meewerkaftrek kan een aan de meewerkende echtgenoot toegekende arbeidsbeloning ten laste van de winst worden gebracht.
- c. Verliescompensatie: in de IB-sfeer zijn er twee mogelijkheden tot verliescompensatie. Ten eerste door compensatie met winsten uit voorgaande en komende jaren (carry back and forward). Ten tweede door compensatie met andere inkomsten van de ondernemer. In de Vpb-sfeer is alleen de 'carry back and forward'-regeling van toepassing.

- d. Omzetbelasting: ondernemers die hun onderneming drijven in rechtsvormen zonder rechtspersoonlijkheid kunnen in aanmerking komen voor een belastingvermindering: de zogenaamde kleine ondernemingsregeling.
- e. Vermogensetikettering: in de IB-sfeer staat het de ondernemer niet altijd vrij om bepaalde goederen te rekenen tot zijn privévermogen of tot zijn ondernemersvermogen. De Vpb-sfeer kent geen vermogensetikettering

Op het eerste gezicht lijkt dus het hanteren van een bv belangrijke voordelen op te leveren, nu over de winst aanmerkelijk minder belasting hoeft te worden betaald dan wanneer deze winst onder inkomstenbelasting zou vallen. Dit is echter alleen het geval wanneer de winst na belasting de vennootschap niet verlaat. Wanneer de winst via dividenduitkeringen aan de aandeelhouders wordt uitbetaald, wordt daarover inkomstenbelasting geheven tegen een tarief van 25%.

Ter beschikking gesteld vermogen

In de Wet IB 2001 is een speciale regeling opgenomen die moet voorkomen dat ondernemers misbruik maken van het nieuwe boxenstelsel. Deze regeling staat bekend als de terbeschikkingstellingsregeling. Deze regeling wordt aan de hand van een voorbeeld geïllustreerd.

Stel dat een directeur-grootaandeelhouder het bedrijfspand in privé heeft en verhuurt aan zijn onderneming. Zonder de terbeschikkingstellingsregeling wordt het bedrijfspand belast in box 3. Dat wil zeggen, er wordt 30% inkomstenbelasting geheven over een forfaitair rendement van 4% van de waarde van het pand. De terbeschikkingstellingsregeling bewerkstelligt dat de huuropbrengsten uit het pand worden belast in box 1 tegen het progressieve tarief. Daarnaast worden eventuele waardemutaties van het pand in de heffing betrokken.

De terbeschikkingstellingsregeling kent een veel ruimere toepassing dan alleen de situatie uit het voorbeeld. Aangezien de terbeschikkingstellingsregeling voor vele ondernemers een addertje onder het gras kan vormen, is het raadzaam een (kandidaat-)notaris te raadplegen.

Fiscaal advies

De fiscale regelgeving vormt, in combinatie met de financiële positie van de ondernemer en de verwachtingen die hij ten aanzien van zijn onderneming heeft, een van de belangrijkste keuzebepalende factoren bij het kiezen van de rechtsvorm. Het is dan ook van groot belang om, vóórdat u een definitieve keuze maakt, een uitgebreid fiscaal advies in te winnen.

Vooraf zijn interessant de fiscale consequenties van het staken van het ondernemerschap. Aan alles komt een eind en dus ook aan het functioneren van de ondernemer. Het wel of niet gebruik maken van een rechtspersoon heeft juist in deze stakingssituaties belangrijke consequenties.

Onderneming en onroerende zaken

Juridische aspecten

Het bezit van bedrijfs- of kantoorruimte heeft niet alleen financiële, maar ook juridische en fiscale kanten. Dikwijls staan bij onroerende zaaktransacties grote bedragen op het spel. Bij het huisvesten van een onderneming kan de ondernemer te maken krijgen met huur en verhuur, huurkoop, eigendom of beperkte zakelijke rechten (opstalrecht, erfpachtrecht). Steeds als er sprake is van overdracht van een onroerende zaak – ook als het gaat om erfpachtrecht en opstalrecht – is het inschakelen van een notaris verplicht. Gezien deze rol, waardoor de notaris mede de verantwoordelijkheid draagt voor het welslagen van de transactie, is het raadzaam hem tijdig in te schakelen bij de voorbereidende werkzaamheden en het vastleggen van de koopovereenkomst.

Fiscale aspecten

Bij elke eigendomsoverdracht van een onroerende zaak, en het verkrijgen van goederenrechtelijke rechten daarop, is overdrachtsbelasting en/of omzetbelasting verschuldigd. Deze beide belastingen kennen verschillende regelingen die betrekking hebben op onroerende zaken die tot het vermogen van een onderneming behoren. Die regelingen vormen voor een leek een fiscaal doolhof. Te meer omdat het veelal om aanzienlijke bedragen gaat is het belangrijk tijdig een volledig inzicht te krijgen in alle fiscale en financiële gevolgen van zo'n transactie. De hulp inroepen van de deskundige op dit gebied bij uitstek, de (kandidaat-)notaris, is daarbij raadzaam.

Overdracht en overname van een onderneming

Inzicht krijgen

Overname van een onderneming kan een hachelijke zaak zijn als er onvoldoende inzicht bestaat in de rechten en de plichten van de over te nemen onderneming. Voordat tot overname wordt besloten is een aantal controles van groot belang. Zo moet o.a. worden nagegaan of de verkopende partij tot de overdracht bevoegd is en of bijvoorbeeld de over te nemen aandelen in een bv volgestort zijn. Aangezien elke overdracht van aandelen in een bv bij notariële akte moet plaatsvinden, zal de notaris er op toezien dat alles rechtsgeldig geschiedt. Verder is het van belang te weten of en welke afspraken er zijn gemaakt met derden zoals medevennoten, als het gaat om een vennootschap onder firma of een commanditaire vennootschap. Tenslotte zijn ook inzicht in de vermogenspositie van de over te nemen onderneming en het verkrijgen van garanties belangrijk. Voor de verkopende partij zijn eveneens controles nodig. Zo moet de verkoper onder meer zekerheid zien te krijgen over de betaling en is inzicht in de fiscale gevolgen die de verkoop voor hem heeft, van groot belang. Het vastleggen van de diverse afspraken en garanties dient derhalve in nauw overleg te geschieden met deskundige adviseurs. De (kandidaat-)notaris kan u hierbij terzijde staan.

Bedrijfsopvolging bij familiebedrijven

Bijna elke onderneming met voldoende bestaansrecht krijgt vroeg of laat te maken met bedrijfsopvolging. Bedrijfsopvolging is te beschouwen als een specifieke vorm van bedrijfsoverdracht. De ondernemer kan zijn opvolging bij testament of reeds bij leven regelen. Wordt het een en ander 'bij leven' geregeld, dan heeft de ondernemer het voordeel om zelf actief betrokken te zijn bij de uitvoering van de overdracht aan zijn opvolger. Bij een testamentaire regeling van de opvolging kunnen tegengestelde belangen tussen erfgenamen voor problemen zorgen. Hoewel de voorkeur moet uitgaan naar een regeling 'bij leven', is een testamentaire regeling beter dan niets.

Een regeling 'bij leven' of een testament moet zo zijn opgesteld dat het een waarborg geeft voor:

- de continuïteit van de onderneming
- de pensioenvoorziening van de vertrekkende ondernemer en/of diens nabestaanden
- een kader, waarin de opvolger ongestoord kan werken
- een fiscaal gunstig klimaat voor de overgang

Het is bijna overbodig om in verband met het opstellen van testamenten te wijzen op de rol van de notaris. Hij is de door de wet aangewezen persoon om bij akte vast te leggen wat de wensen van iemand zijn met betrekking tot de regeling van zijn nalatenschap. Ook wensen ten aanzien van bijvoorbeeld opvolging binnen de onderneming kunnen in het testament worden vastgelegd.

In een testament kan ook iemand worden aangewezen (executeur), die zorgt voor de uitvoering van de laatste wil van de overledene.

Rechtsvorm en opvolging

Is er sprake van een onderneming in de vorm van een eenmanszaak dan kan bijvoorbeeld opvolging mogelijk worden gemaakt door het aangaan van een samenwerkingsverband met de opvolger in de vorm van een maatschap of (meestal) vennootschap onder firma. Een vennootschap onder firma kan daarna als commanditaire vennootschap worden voortgezet, waarbij de vertrekkende ondernemer 'stille' vennoot wordt en degene die de onderneming voortzet beherend vennoot.

22

Bij de v.o.f. en de maatschap veroorzaakt het overlijden van één van de partners de ontbinding van de vennootschap. De overblijvende vennoten kunnen de onderneming (eventueel met een nieuwe partner) slechts voortzetten indien er bijzondere contractuele regelingen getroffen zijn. Onderscheiden worden het voortzettingsbeding, het verblijvingsbeding en het toescheidingsbeding. Zij kunnen in de oprichtingsakte van de v.o.f. of in het maatschapscontract worden opgenomen. Het lijkt nuttig om, met het oog op de continuïteit, uw (kandidaat-)notaris te vragen om advies op dit punt.

Voor de rechtsvorm met rechtspersoonlijkheid zoals een bv, is de opvolging op verscheidene manieren te regelen.

Het kan in dit kader verstandig zijn om bij rechtsvormen zonder rechtspersoonlijkheid na te gaan of de overgang naar een rechtsvorm met rechtspersoonlijkheid de uiteindelijke opvolging gemakkelijker of fiscaal gunstiger zal doen verlopen. Daarvoor zijn onder meer de volgende mogelijkheden:

- De opvolger kan directeur van de bv worden, terwijl de aandelen in handen blijven van de vertrekkende ondernemer, die bijvoorbeeld als commissaris van de bv toezicht blijft houden.
- Besloten kan worden om de aandelen in de vennootschap te certificeren. Hierdoor wordt een scheiding aangebracht tussen het economisch voordeel uit aandelen en de juridische zeggenschap verbonden aan de aandelen. Er wordt een stichting opgericht. Aan deze stichting worden de aandelen overgedragen om deze voor de aandeelhouders te beheren. Het bestuur van de stichting bepaalt door het uitoefenen van stemrecht op de aandelen het beleid van de onderneming. Het stichtingsbestuur kan bijvoorbeeld gevormd worden door een persoon namens de directie van de vennootschap, een persoon namens de certificaathouders en een onafhankelijke derde, die als de stemmen tussen beide eerstgenoemden staken, een beslissing kan doordrukken. De stichting geeft in ruil voor de aan de stichting overgedragen aandelen aan de aandeelhouders certificaten uit. Deze certificaten geven recht op uitkering van de door de vennootschap in de vorm van dividend uitgekeerde winst.

Door certificering kan worden voorkomen dat bijvoorbeeld kinderen, die niet in de onderneming werkzaam zijn, invloed hebben op het beleid van de onderneming terwijl zij anderzijds toch profiteren van de winst die de onderneming maakt.

Bij bedrijfsopvolging kunnen verschillende regelingen worden getroffen. Mede gelet op de continuïteit van het bedrijf, is het van wezenlijk belang deze regelingen niet alleen op hun juridische, maar ook op de fiscale uitkomsten te laten toetsen.

Pensioenrechten

Welke mogelijkheden zijn er om financiële voorzieningen voor de oude dag te treffen? Ook dit is sterk afhankelijk van de rechtsvorm die u kiest. Let wel dat er aan een aantal voorwaarden moet zijn voldaan zoals het recht op zelfstandigenaftrek.

Pensioen bij niet-rechtspersonen

Bij rechtsvormen zonder rechtspersoonlijkheid zijn de volgende pensioenregelingen mogelijk:

- deelname in bedrijfs- en beroepspensioenfondsen (soms verplicht)
- gebruikmaken van de mogelijkheid de stakingswinst aan te wenden voor de betaling van lijfrentepremies
- vorming van een fiscale oudedagsreserve (FOR). Dit is alleen mogelijk als het vermogen van de onderneming minimaal gelijk is aan de gevormde reserve, en voor zover niet verplicht wordt deelgenomen aan een bedrijfs- of beroepspensioenfonds.
- afsluiten van een lijfrenteverzekering

Pensioen bij rechtspersonen

Wanneer de ondernemer een bv heeft opgericht is het mogelijk dat de bv aan haar bestuurder/directeur een pensioen toezegt. Zo'n pensioenregeling kan op verschillende manieren worden uitgevoerd.

De directeur/groootaandeelhouder kan:

- een pensioen in eigen beheer opbouwen
- tot een bedrijfspensioenfonds toetreden
- zijn pensioen onderbrengen bij een professionele verzekeraar

De pensioenproblematiek en met name de fiscale gevolgen van de gekozen regeling zijn bijzonder ingewikkeld. Een deskundig advies is onontbeerlijk.

Tenslotte

In deze brochure treft u een algemene leidraad aan die de ondernemer in spé enig inzicht geeft in de diverse rechtsvormen naar Nederlands recht.

Ondernemen zonder kennis over de mogelijke gevolgen van de keuze voor een bepaalde rechtsvorm kan vervelende consequenties hebben. Onnodige risico's kunnen worden vermeden door tijdig een deskundig adviseur in te schakelen.

De (kandidaat-)notaris kan u informeren over het kiezen van de rechtsvorm, over de belastingtechnische en erfrechtelijke aspecten en over de opvolgings- en overdrachtsaangelegenheden. Zo nodig wijst hij u de weg naar andere adviseurs.

Versie december 2008

Uitgave Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
Postbus 16020, 2500 BA Den Haag

Druk Koninklijke Joh. Enschedé BV, Amsterdam

Ontwerp Okapi Ontwerpers, Rotterdam