



DE ONDERNEMER OVERLEDEN

Overlijden is een zogenaamd bloot rechtsfeit, dat leidt tot nieuwe rechtsposities door overgang of overdracht van rechten en plichten die de erflater nalaat. Het overlijden zet dus een transformatie van het een en ander in gang. De ondernemer als persoon overlijdt, de onderneming niet. Het enige verschil is dat de bezittingen en schulden die een ondernemer nalaat meer specifiek zijn, dan van een erflater die bij leven geen ondernemer was. In dit artikel ga ik op deze specifieke verschillen nader in.

Wat is een nalatenschap? De nalatenschap omvat de goederen van de erflater en de

schulden die onder andere op deze goederen verhaald kunnen worden. Erfgenamen volgen de erflater op in rechten en plichten. In het geval van een zuivere aanvaarding, zijn de erfgenamen aansprakelijk voor de schulden van erflater met hun privévermogen, in het geval van een beneficiaire aanvaarding door de erfgenaam bestaat dit verhaal op het privévermogen van die erfgenaam in beginsel niet. Een erfgenaam die verwerpt heeft feitelijk afstand gedaan van het opvolgen in rechten en plichten.

Goederen zijn zaken en vermogensrechten. Een belangrijk kenmerk van een goed is, dat dit overdraagbaar is. Erven is dus geen 'troonsopvolging'. Bij het overlijden van een directeur die tevens aandeelhouder is, vormen de aandelen wel een onderdeel van de nalatenschap, maar de positie van de directeur niet.

Erfrecht en testament

Zoals aangegeven is overlijden een bloot rechtsfeit dat moet leiden tot nieuwe rechtsposities. Het is immers onomkeerbaar. In alle gevallen biedt de wet een oplossing. Echter dit is in hoofdzaak regelend recht, waarvan kan worden afgeweken. Het afwijken gebeurt in een testament. Een testament is niet meer en niet minder dan een éézijdige wilsbeschikking, waarmee de erflater over het vermogen beschikt. Letterlijk is dus het testament de laatste akte. Zo kan wel worden beschikt over goederen, waaronder aandelen, maar kun je bijvoorbeeld niet rechtstreeks een 'opvolger' aanwijzen.

Bevoegdheden na overlijden

Na een overlijden komt op grond van het wettelijk erfrecht het bestuur en de beschikkingsmacht toe aan de gezamenlijke erfgenamen. Met een testament is het mogelijk een executeur aan te stellen die belast is met het beheer van de nalatenschap. Het beheer omvat onder andere het voldoen van schulden, goederen te gelde maken om die schulden te voldoen en het feitelijk beheren. Het beheer eindigt zodra de schulden zijn

voldaan. De executeur is 'privatief' bevoegd, dus met uitsluiting van de erfgenamen, die daarmee gedurende het beheer onbevoegd zijn. Het verdelen van het restant is een gezamenlijke bevoegdheid van de erfgenamen, of als hier bij testament in is voorzien, de bevoegdheid van de afwikkelbewindvoerder. In het geval wanneer er sprake is van een gezamenlijke bevoegdheid, komt dit neer op unanimité tussen deze gezamenlijk bevoegden. Hier geldt dus niet dat de meeste stemmen gelden.

Rechtsvormen en rechtspersonen

Het uitoefenen van een bedrijf of een beroep kan in persoon, een samenwerkingsverband van meerdere personen of in de vorm van een rechtspersoon. Een rechtspersoon is, in tegenstelling tot een persoon of een samenwerkingsverband, een zelfstandige drager van rechten en plichten en beschikt over 'organen'. Het bestuur ligt bij de directie, de beschikkingsmacht bij de aandeelhouders. De verhoudingen binnen een rechtspersoon worden in hoofdzaak geregeld in de statuten. Aandeelhouders kunnen hun gebruik van bevoegdheden onderling regelen in een aandeelhoudersovereenkomst.

In het geval dat er sprake is van een samenwerkingsverband, dus een vennootschap onder firma (vof) of een maatschap, bepaalt de overeenkomst tussen de betrokken partijen de onderlinge verhoudingen.

In het geval de ondernemer een bedrijf of een beroep uitoefent als persoon of in een samenwerkingsverband, gaan de *goederen en schulden* over op de erfgenamen. In het geval er sprake is van een rechtspersoon, bijvoorbeeld een BV of een NV, gaan de *aandelen* over op de erfgenamen.

Overlijden en eenmanszaak

Wat wordt beoogd met de aanduiding 'zzp'er' is niet helemaal duidelijk. Een rechtsvorm is het in ieder geval niet. Het is dan ook van belang naar de feitelijke rechtsvorm te kijken. Iemand die een bedrijf of een beroep als persoon uitoefent, is onlosmakelijk verbonden met de onderneming. De scheiding

tussen ondernemingsvermogen en privévermogen is uitsluitend van fiscaal belang. Vermogensrechtelijk is er slechts één vermogen. Met het overlijden van de zzp'er/ondernemer, eindigt dan ook de onderneming en wordt deze gestaakt. Voor de inkomstenbelasting ontstaat er een stakingswinst, die slechts onder voorwaarden kan worden doorgeschoven.

Overlijden en samenwerkingsverband (vof, maatschap)

De onderlinge verhoudingen binnen een samenwerkingsverband worden beheerst door wat de samenwerkende partijen onderling afspreken. In ieder geval eindigt de samenwerking met het overlijden van één van de deelgenoten. Het mag duidelijk zijn dat het overlijden van een van de deelgenoten een flinke stok in het wiel steekt van de onderneming die de deelgenoten gezamenlijk uitoefenen. Onderling kunnen partijen overname- en verblijvingsbedingen overeenkomen om de onderneming voort te zetten. Dit wordt bijvoorbeeld geregeld in een maatschaps-overeenkomst of een vof-contract.

In alle gevallen biedt de wet een oplossing

Voorzichtigheid is hierbij echter wel geboden. De vorm, onderhandse akte of notariële akte, is een keuze, met het risico van een verkeerde keuze. Een overname of verblijving waarbij de tegenprestatie van de overnemende partij ver onder de marktwaarde ligt, kan worden gezien als een 'schenking ter zake des doods'. Een dergelijke schenking kan alleen in het leven worden geroepen met een notariële akte.

Zoals eerder aangegeven eindigt het samenwerkingsverband met het overlijden van een van de deelgenoten. Ook al zetten anderen de onderneming voort, er ontstaat bij de overleden ondernemer een stakingswinst, die alleen onder voorwaarden is door te schuiven.

Overlijden en rechtspersoon (bv of nv)

Een rechtspersoon wordt in het 'leven geroepen' met een akte en verdwijnt met een akte of een von-

nis. Het is een zelfstandige drager van rechten en plichten. Het bestuur van de onderneming berust bij de organen. In hoofdzaak zijn dat er twee, de directie die bestuurt, de Algemene Vergadering van Aandeelhouders (AvA) die beschikt. In het geval van overlijden van een directeur, benoemt de AvA een nieuwe bestuurder. De statuten bepalen de stemverhoudingen.

Zoals aangegeven kunnen aandeelhouders hun onderlinge verhoudingen regelen in een aandeelhoudersovereenkomst.

Een belangrijk kenmerk is 'de afstand' van de persoon van de ondernemer en de onderneming. Het bezit van de ondernemer is alleen een aandelenbezit, de onderneming staat geheel op zichzelf. In beginsel zijn de vermogens niet 'vervlochten', maar in de praktijk pakt dit nog wel eens anders uit.

Wanneer de persoon van de ondernemer een aandelenbelang van meer dan 5 procent houdt, al dan niet samen met de partner, is er sprake van een aanmerkelijk belang. Bij overlijden vindt er een vervreemding van het aandelenpakket plaats en kan er een aanmerkelijkbelangwinst ontstaan, die net als de eerdergenoemde stakingswinst, alleen onder voorwaarden kan worden doorgeschoven.

Een andere 'vervloeching' tussen de persoon van de ondernemer en de onderneming kan ontstaan doordat men niet alleen directeur-grootaandeelhouder (dga) is, maar bedoeld of onbedoeld ook nog eens de grootste debiteur, bijvoorbeeld door een aanzienlijke schuld in rekeningcourant.

Met een schuld in rekeningcourant heeft de bv of nv een vordering op de directeur.

Voorbeeld

Op een (vereenvoudigde balans) van bv X staat aan de debetzijde een vordering op de directeur in rekening courant van 500.000 euro. Aan de creditzijde een eigen vermogen van 100.000 euro Algemene reserve van 300.000 euro en een belasting-schuld van 100.000 euro. Op een afstand lijkt deze onderneming »

voldoende liquide en voldoende solvabel. Echter, alles valt of staat met het terugbetalen van de schuld door de erven van de directeur.

Aanspraken op de gemeenschap en de nalatenschap

Ondernemers die ondernemen in persoon of als persoon in een samenwerkingsverband, zijn zonder meer vervlochten met de onderneming. Uit het voorgaande blijkt dat ondernemers die hun onderneming drijven in de vorm van een rechtspersoon die 'vervlochten' zelf bewerkstelligen. Enerzijds door contractuele verhoudingen, zoals de eerder aangegeven schuld in rekening-courant, anderzijds door hoofdelijke aansprakelijkheid overeen te komen bij het aangaan van een financiering. Daarnaast kunnen er ook aanspraken ontstaan door het handelen (doen of nalaten) van de persoon van de erflater als directeur. Hiervan is overigens al snel sprake bij het niet voldoen aan de administratieve verplichtingen.

In het geval de ondernemer is gehuwd in algehele gemeenschap van goederen, worden de schulden niet alleen verhaald op de nalatenschap, maar ook op het aandeel in de gemeenschap van de huwelijkspartner. Alleen verwerpen van de nalatenschap biedt dan onvoldoende uitkomst. Voor zover de achterblijvende partner zelf niet hoofdelijk aansprakelijk is, is het dan raadzaam om afstand te doen van de gemeenschap. De periode waarbinnen dit mogelijk is, is overigens ontzettend kort, namelijk drie maanden na het einde van het huwelijk. Het huwelijk eindigt door overlijden, dus maar drie maanden na overlijden.

Bijzondere aandacht voor belastingen

In tegenstelling tot niet-ondernemers, hebben ondernemers te maken met specifieke belastingen, zoals de loonbelasting en btw. Door de aard van die belastingen (voldoening op aangifte) zijn de mogelijkheden van de belastingdienst vrij eenvoudig om na te heffen. Het zijn ook bepaald niet de eenvoudigste belastingen en met name de btw strekt zich over langere periode uit. Denk hierbij aan bijvoorbeeld een bedrijfspand,



waarop de btw verrekend is en wat al na enkele jaren wordt verkocht. Zonder hier al te diep op in te gaan, biedt de Invorderingswet ruime bevoegdheden om belastingschulden te verhalen op het privévermogen van de (overleden) ondernemer en eventueel de partner.

Bedrijfsopvolgingsregeling/Bedrijfsopvolgingsfaciliteit (BOR/BOF)

Met de BOR en BOF wordt dezelfde regeling bedoeld. Met deze regeling wordt een (voorwaardelijke) vrijstelling in de Successiewet bedoeld en de mogelijkheid van het doorschuiven van de stakingswinst, respectievelijk de aanmerkelijkbelangwinst in de inkomstenbelasting.

Zonder al te diep in te gaan op deze specifieke regelingen, is het van belang te weten wat het vooral *niet* is. De doorschuifmogelijkheid van de inkomstenbelasting is niet mogelijk om de belastingclaim op een (onzakelijke) rekeningcourantschuld door te schuiven. De vrijstelling in de Successiewet is slechts uitstel en mogelijk afstel van de belastingclaim, waarbij opgemerkt dat deze alleen werkt op het vermogen dat betrekking heeft op de materiële onderneming en niet bijvoorbeeld op opgepotte liquiditeit of ander belegd vermogen.

Van uitstel naar afstel

Indien gebruikgemaakt wordt van de vrijstelling in de Successiewet, is er sprake van een conserverende

aanslag, die als de onderneming binnen vijf jaar na overlijden overgaat in andere handen of ophoudt te bestaan, wordt ingevorderd. Het kan dus vóórkomen dat een onderneming die op het moment van overlijden floreerde maar binnen vijf jaar na overlijden failliet gaat, ertoe leidt dat er erfbelasting verschuldigd is over de waarde in goede tijden.

Hoe de nalatenschap van de ondernemer voor te bereiden

Helaas heeft niemand de garantie dat ie vandaag wakker wordt en morgen weer. De beste voorbereiding is de simulatie van het overlijden van de ondernemer. Het is hierbij zaak dat niet alleen wordt gekeken naar een strategisch plan om vermogen over te hevelen naar een volgende generatie, maar

vooral naar de tactische, lees: praktische kant. Formuleer hiertoe voorafgaand de doelstelling(en)

Overlijden van een van de deelgenoten steekt een flinke stok in het wiel van de onderneming

die gericht kunnen zijn op het voortzetten van de onderneming of verkoop. Maak naast een tactisch/praktisch plan een duidelijk overzicht van de behoefte aan liquide middelen. Zeker wanneer de onderneming in 'volle bloei' is, leidt een gebrek aan liquiditeit tot verdamping van waarde, terwijl het achteraf toch moeilijk uit te leggen is dat dit goed en goedkoop te verzekeren is. Ook hier is nazorg aan de klant van belang. Want omstandigheden, zowel zakelijk als privé, kunnen wijzigen. Het zou kunnen zijn dat het plan en product naar aanleiding van die wijziging(en) aangepast moeten worden. In zijn algemeenheid kun je stellen dat geen plan meestal een plan voor een ramp is. ●

S. (Sandra) Kelder-Dinkgreve
De auteur is RegisterExecuteur en eigenaar van Dinkgreve Nalatenschappen. Met dank aan de Stichting RegisterExecuteur te Almere.

Wat doet een RegisterExecuteur?

Een RegisterExecuteur houdt zich bezig met het voorbereiden en afwickelen van nalatenschappen. De voorbereiding is vooral en bovenal een tactische planning, gevoed door de kennis en ervaring bij het afwickelen van nalatenschappen. Dit gaat dus verder dan alleen de begeleiding bij het opmaken van een testament, maar betreft ook beoordeling van verzekeringen, overeenkomsten, statuten en de wensen en bedoelingen van de ondernemer en van eenieder die na een overlijden achterblijft.