

Het juridische kader van het familie-ondernemingsbestuur

Het familieprotocol in samenhang met de documenten voor de juridische uitwerking van ondernemings- en familierechtelijke verhoudingen

Hoe kan een familiebedrijf ervoor zorgen dat de relaties tussen en belangen van eigenaren, bestuurders en, in breder verband, alle familieleden in goede banen worden geleid? Deze vraag is van eminent belang voor het voortbestaan van een familiebedrijf. De auteurs gaan in dit artikel in op het begrip 'familieondernemingsbestuur'.



Zij bespreken welke functie een familieprotocol kan vervullen voor het bestuur van een familiebedrijf, hoe het familieprotocol zich verhoudt tot de juridische documenten die deze relaties en belangen regelen en hoe deze juridische documenten zich tot elkaar verhouden. Het familieprotocol wordt in dit artikel gepresenteerd als een schakel tussen het familiebestuur en het ondernemingsbestuur. Tegelijkertijd dient het als raamwerk voor de formele verhoudingen tussen de individuele familieleden in hun verschillende rollen en verantwoordelijkheden en tussen de familieleden als collectief met externe belanghebbenden. Auteurs beogen met deze bijdrage het inzicht te bevorderen in de verschillende juridische invalshoeken voor de adviespraktijk rondom het familiebedrijf.

1. Inleiding

De (organisatiegraad van) de familie is een cruciale succesfactor voor elk familiebedrijf.¹ De familie als eigenaar bepaalt uiteindelijk de richting waarin het bedrijf zich moet ontwikkelen (tenzij echt alle beschikkingsmacht onherroepelijk aan buitenstaanders is overgedragen). Een hoge organisatiegraad is niet alleen van belang om de rol van eigenaar adequaat te vervullen, maar ook om een bredere betrokkenheid binnen de familie te mobiliseren. Levenspartners, oud-eigenaren, teruggetreden familieleden, kinderen en familieleden die noch eigenaar zijn, noch werkzaam zijn (geweest) in het bedrijf, vormen de achterban waaruit het familiebedrijf talent, vermogen en ondersteuning kan putten. Hoe beter de familie is georganiseerd, hoe groter de kans op een vitaal familiebedrijf. Naarmate de familie en het familiebedrijf groeien, worden de eisen die het bedrijf stelt aan de familieleden (als werknemer, bestuurder en eigenaar) steeds hoger. Het wordt steeds belangrijker om niet alleen het onderne-

mingsbestuur op de juiste wijze in te richten, maar ook om de familiale processen in goede banen te leiden. Dit op de familie gerichte familiebestuur ('family governance') moet naadloos aansluiten op het ondernemingsbestuur ('corporate governance'). De samensmelting van beide bestuursbeginselen worden in het bestek van dit artikel aangeduid als 'familieondernemingsbestuur'.

Het instellen en onderhouden van een goed functionerend familieondernemingsbestuur vergt veel inspanning en uithoudingsvermogen. De vraag is wanneer de tijd rijp is om er gestructureerd aandacht aan te besteden. De kunst is om te voorkomen dat de noodzaak pas wordt gevoeld nadat een vervelend incident heeft plaatsgevonden, met verstrekende gevolgen voor de familie of het bedrijf. Gedurende de ontwikkeling van de familie en het bedrijf dienen zich verschillende aanleidingen aan die nopen tot het instellen van een familieondernemingsbestuur. Deze aanleidingen zijn goed voorzienbaar zodat tijdig kan worden begonnen aan een stapsgewijze ontwik-

* Mr. J.R. Geerlings is managing partner van MESA Bestuursadviseurs voor het Familiebedrijf te Maarsbergen, academic director bij Tias-Nimbas Business School te Tilburg en research associate bij de Leerstoel Familiebedrijven en Bedrijfsopvolging van Nyenrode Business School te Breukelen (<j.geerlings@mesa-fbc.nl>).

** Mr. D.R. de Lange is notaris bij Van der Stap Notarissen te Arnhem/Rotterdam (<dirk.de.lange@vdstap.com>).

*** Prof. mr. N.C. van Oostrom-Streep is hoogleraar notarieel recht aan de Universiteit Utrecht, adviseur van Van der Stap Notarissen en raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof Arnhem (<n.vanoostrom@uu.nl>).

1. K. Stafford, K.A. Duncan, S. Dane & M. Winter, 'A Research Model of Sustainable Family Business', *Family Business Review* 1999, X11-3.

Schema 1: Aanleidingen voor het instellen van een familieondernemingsbestuur

- **Vanuit de familie:**
 - de komst van de ‘koude kant’;
 - de vorming van familietakken;
 - het onderscheid tussen werkzame en niet-werkzame familieleden;
 - de eerstkomende generatiewisseling;
 - het weg- of uitvallen van sleutelpersonen uit de familie.
- **Vanuit het bedrijf:**
 - familieleden kunnen niet (meer) op hetzelfde niveau meekomen met de groei;
 - noodzaak tot of behoefte aan vermogensversterking, vooral als overwogen moet worden om een externe kapitaalverschaffer aan te trekken;
 - noodzaak tot of behoefte aan extern management en bestuur.
- **Vanuit de eigendom:**
 - onevenwichtige eigendomsbelangen, vooral wanneer werkzame familieleden een relatief klein belang bezitten ten opzichte van niet-werkzame familieleden;
 - verschillen in betrokkenheid en competentie van de eigenaren;
 - een of meer eigenaren willen verkopen.

(Bruel, Geerlings en Van Hamel, 2008)

keling van het familieondernemingsbestuur² (zie schema 1).

Het familieondernemingsbestuur is er op gericht om de familiale achterban goed te organiseren, conflicten en belangentegenstellingen voor te zijn en de rol van de familie bij het bedrijf te professionaliseren en het management te doordringen van de rol die de familie opeist.

2. Het familieprotocol als raamwerk voor goed bestuur

De uitgangspunten voor het familieondernemingsbestuur kunnen worden vastgelegd in een document dat in de literatuur met verschillende benamingen wordt aangeduid, zoals familiestatuu³, familieprotocol⁴, familiereglement⁵, familiehandvest⁶ of familie⁷ - c.q. familiaal charter⁸. In dit artikel kiezen wij ervoor om dit document te duiden als ‘familieprotocol’ om verwarring met de ondernemingsstatuten te voorkomen. In de praktijk worden de begrippen door elkaar gebruikt.

Het belangrijkste doel van het familieprotocol is het behouden van een duurzaam evenwicht tussen het belang

van de familie en dat van het bedrijf. Dat evenwicht is de basis voor succes op de lange termijn.⁹ Het familieprotocol is een leidraad om een oplossing te vinden voor de verschillende dilemma’s die gepaard gaan met gebeurtenissen zoals opgesomd in schema 1 en die kenmerkend zijn voor het familiebedrijf. Met het familieprotocol voorkomt men dat deze dilemma’s ontaarden in (onoverkomelijke) conflicten. Met het familieprotocol wordt bereikt dat de familie kan terugvallen op gemeenschappelijke uitgangspunten. Door vaststelling van deze uitgangspunten kan de familie adequaat anticiperen op ingrijpende gebeurtenissen en het voorkomt ook besluiteloosheid bij ingrijpende onvoorziene omstandigheden. Dergelijke gebeurtenissen en omstandigheden hebben veelal over en weer een effect binnen de familie en het bedrijf. Een goed opgebouwd en geformuleerd familieprotocol is bovendien het raamwerk voor de verhouding tussen de familie en het bedrijf met verschillende partijen daarbuiten. Het helpt om duidelijk over te brengen hoe de familie met het bedrijf omgaat, wat de anderen van de familie mogen verwachten en wat de familie van de anderen verwacht. In de eerste plaats betreft dit de externe leden van het bestuur, de raad van commissarissen en eventuele andere bestuurders (van bijvoorbeeld het administratiekantoor of familieholding). In de tweede plaats, via tus-

2. M. Bruel, J.R. Geerlings & J.A. van Hamel, *Uitblinken als Familiebedrijf: Over de inrichting en werking van goed bestuur*, Koninklijke Van Gorcum 2008.

3. Zie bijvoorbeeld J.H.J. Achten, R.H. Flören & E.J. Wijers, *Het Familiebedrijf: Continuïteit en Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 1998.

4. Zie bijvoorbeeld J.R. Geerlings, ‘Financiële planning bij een familiebedrijfsopvolging: Hoe spaar je kool en de geit?’, *VFP* 2005.

5. Zie bijvoorbeeld A.J. Thomassen & M.L. de Jong, *Familie in Zaken: spelregels van een bijzondere samenwerking*, Stichting Centrum van het Familiebedrijf 2002.

6. Zie bijvoorbeeld R.H. Flören & S.F. Jansen, *De emotionele waarde van het Familiebedrijf*, Deventer: Kluwer 2005.

7. Zie bijvoorbeeld Th. Compennolle, *Succesgids voor Families met een Bedrijf: Een praktische handleiding voor bedrijfsfamilies, voor familieondernemers, hun familie, hun vertrouwenspersonen, hun adviseurs en ... hun managers*, Lannoo 2002.

8. Zie bijvoorbeeld J. Lievens, *Opvolging in het Familiebedrijf: Succesvolle Strategieën*, Lannoo 2001.

9. R.S. Carlock & J.L. Ward, *Strategic Planning for the Family Business, Parallel Planning to unify the Family and the Business*, Palgrave 2001.

senkomst van het bestuur en eventueel de raad van commissarissen, betreft dit het personeel, de leveranciers en afnemers en ook eventuele bankiers en adviseurs.

2.1. De inhoud van een familieprotocol

Familieprotocollen bestaan in veel verschillende maten en vormen, afhankelijk van het doel en de reikwijdte die de familie eraan geeft.¹⁰ In de praktijk verkeren veel familieprotocollen nog in een pril stadium van ontwikkeling: zij hebben het karakter van een aandeelhoudersovereenkomst, een opvolgingsplan of een calamiteitenplan. De inhoud is in dergelijke gevallen gericht op een specifiek doel, bijvoorbeeld om de overdracht van de eigendom en de opvolging in de leiding te regelen. De aanleidingen voor het instellen van een familieondernemingsbestuur genoemd in schema 1, laten evenwel zien dat er veel meer te regelen valt. In het familieprotocol formuleert de familie verschillende uitgangspunten waarmee de ontwikkelingen binnen de domeinen van de familie, de eigendom en het bedrijf met elkaar in verband worden gebracht en in goede banen kunnen worden geleid.¹¹ Deze uitgangspunten krijgen vorm in de waarden ('waar staan wij voor', 'waaraan toetsen wij ons gedrag?'), de visie ('wat is ons toekomstbeeld?') en de missie ('waar zijn wij voor?') van de familie. Het in de praktijk brengen van authentieke familiewaarden ('welke invulling geven wij er zelf aan?') en van een eenduidige visie, blijkt kenmerkend te zijn voor succesvolle familiebedrijven.¹² Zij ontleen hieraan hun identiteit en onderscheidend vermogen binnen de markt. De missie die de familie zich heeft gesteld, kan worden vertaald naar concrete doelstellingen voor de familie en het bedrijf.

Na het formuleren van de uitgangspunten worden bepalingen geformuleerd met betrekking tot de relatie die de familie met het bedrijf onderhoudt. Hierbij kan worden gedacht aan de eigendom en zeggenschap van het bedrijf, de toetreding en uittreding van familieleden, de bezoldiging van familieleden en andere financiële aangelegenheden en andere vormen van betrokkenheid bij het bedrijf (bijvoorbeeld vakantiewerk, stages). Het familieprotocol kent doorgaans ook een meer procedureel deel met bepalingen over de communicatie en informatievoorziening

binnen de familie en tussen familie en bedrijf, de functie en positie van een familiebijeenkomst en eventuele familieraad, de overlegprocedures (zowel voor de reguliere gang van zaken als in geval van belangentegenstellingen en conflicten) en de wijze waarop het familieprotocol moet worden onderhouden. Ten slotte kan ook (integraal of in de vorm van een bijlage) worden opgenomen aan welke actuele aandachtspunten in de komende periode (van meestal jaren) moet worden gewerkt. In schema 2 is een overzicht opgenomen van thema's en onderwerpen die doorgaans in een familieprotocol worden opgenomen.

Een familieprotocol bevat, kort gesteld, de visie van de familie op de 'governance' en op de beleidsvorming van de familieonderneming.¹³ Met de diverse bepalingen wordt een kader geschetst voor de inrichting van het familieondernemingsbestuur dat passend is bij het ontwikkelingsstadium van de eigendomsstructuur, de familie en het bedrijf.¹⁴ Het bestuur dient derhalve flexibel te zijn en de bepalingen van het familieprotocol dienen op gezette tijden te worden herijkt. Bij het familiebedrijf is met name de eigendomsstructuur een belangrijk uitgangspunt voor de bestuurlijke inrichting.¹⁵ De eigendomsstructuur wijzigt al naar gelang de familie haar levenscyclus doorloopt. Bij elke generatiewisseling moet de familie keuzes maken over de overdracht van de eigendom. Deze keuzes bepalen in hoeverre de differentiatie binnen het eigenaarschap van de familiale achterban (werkzaam of niet werkzaam in het bedrijf, verschillen in emotionele betrokkenheid, rolverdelingen binnen de bestuursorganen, verschillen in eigendomsbelangen, etc.) zal toenemen of juist weer afnemen ('groeien of snoeien'). Dat keuzeproces kan worden vormgegeven door middel van een in het familieprotocol op te nemen eigendomsstrategie. Het familieprotocol wordt daarom niet zonder reden beschouwd als een element van de zogenoemde 'Family Governance Practices', die gericht zijn op een verbeterd functioneren van de familie-eigenaren als team.¹⁶ De mate waarin en de wijze waarop de familieleden met elkaar samen werken (of niet) is mede bepalend voor de inrichting van de eerdergenoemde 'Family Governance'. In de praktijk en de academische wereld groeit het besef dat de familiale achterban goed georganiseerd moet zijn om de actieve be-

10. Zie onder andere D. Montemero & J.L. Ward, *The Family Constitution: Agreements to Secure and Perpetuate Your Family and Your Business*, Family Enterprise Publishers 2005.

11. In de familiebedrijfskunde worden deze domeinen beschouwd als drie 'subsystemen' waarmee de rollen en belangen van de directe 'stakeholders' in kaart kunnen worden gebracht en waarmee de interactie tussen deze domeinen kan worden geanalyseerd. Zie onder andere K.E. Gersick, J.A. Davis, M. McCollom Hampton & I. Lansberg, *Generation to Generation, Owner Managed Business Institute 1977*, waarin wordt uitgelegd dat de ontwikkeling van een familiebedrijf kan worden ontleed in de levensfasen van familie, eigendom en bedrijf die elkaar doorlopend beïnvloeden. Een goed gestructureerd familieondernemingsbestuur is nodig om deze dynamiek in goede banen te leiden. Zie bijvoorbeeld ook het commentaar van K.E. Gersick, I. Lansberg, M. Desjardins & B. Dunn, 'Stages and Transitions: Managing Change in the Family Business', *Family Business Review* 1999, XII-4, waarin een ontwikkelingsmodel voor het familiebedrijf uit de doeken wordt gedaan aan de hand van de interactie tussen familie, bedrijf en eigendom.

12. J.L. Ward, *Perpetuating the Family Business: 50 Lessons Learned from Long-Lasting, Successful Families in Business*, Palgrave 2004.

13. J.R. Geerlings & J.F.L.P.M. Vrancken Peeters, 'Aanzet tot een gedachtevorming omtrent de status van het familieprotocol als onderlinge regeling tot samenwerking binnen de context van het structuurregime', *TvOB* 2007-1.

14. J.A. van Hamel, 'Goed bestuur in het familiebedrijf, Special Familiebedrijf', *TvOB* 2005-3.

15. R.H. Flören & J.R. Geerlings, 'Basisprincipes voor eigendomsplanning als uitgangspunt voor goed bestuur in het familiebedrijf', *TvOB* 2006-3.

16. L.M. Uhlener, *The role of Ownership in Governance: a neglected focus in entrepreneurship and management research*, Nyenrode Business Universiteit 2008. De 'Family Governance Practice' worden door Suárez en Santana-Martin in verband gebracht met formele structuren en mechanismen die de relaties tussen de familieleden onderling en tussen de familie en het bedrijf verhelderen en bevorderen (K.C. Suárez & D.J. Santan-Martin, 'Governance in Spanish Family Business', *International Journal of Entrepreneurial Behaviour and Research* 2004).

Schema 2: Mogelijke thema's en onderwerpen van een familieprotocol

Uitgangspunten en definities

Kenmerken familie en bedrijf, doel en status familieprotocol, definities

Familiewaarden

Omschrijving familiewaarden en operationalisering familiewaarden

Visie

Rol familie voor het bedrijf, identiteit van de familie, omgaan met bezit

Missie

Doelstelling familie als zodanig en familie met betrekking tot het bedrijf

Actuele aandachtspunten

Bijvoorbeeld: opvolging, communicatie, organisatiegraad familie

Eigendom

Kwalificaties en rol eigenaren, overdracht eigendom en eigendomsstructuur

Zeggenschap

Regeling familiebetrokkenheid en stemrecht, samenhang bestuursorganen familie en bedrijf

Familieleden en bedrijf

Toetredingseisen, beoordeling, loopbaan en uittreding

Financiële aangelegenheden

Bezoldiging familieleden, financiële relatie familieleden met bedrijf

Familieraad

Functie en positie binnen de governancestructuur, samenstelling familieraad, benoeming en opvolging leden familieraad

Onderhoud en follow up familieprotocol

Regeling herziening en stroomlijning juridische documentatie

(Bruel, Geerlings en Van Hamel, 2008)

trokkenheid van de familie bij het bedrijf te kunnen bevorderen en dat de familie daarom een rol dient te krijgen in de governance van het familiebedrijf. Dit besef heeft in onze buurlanden zelfs geleid tot de introductie van een specifiek op familiebedrijven gerichte code voor goed bestuur.¹⁷

2.2. Hoe komt een familieprotocol tot stand?

Minstens zo belangrijk als het familieprotocol zelf, is het proces dat aan de vaststelling ervan vooraf gaat. Het proces kent emotionele en diepgaande discussies waarbij (ook onuitgesproken) persoonlijke verwachtingen en belangen in verband worden gebracht met het gemeenschappelijke belang. Er moet altijd voldoende tijd worden ingeruimd voor reflectie, evenwel zonder te gaan dralen. De doorlooptijd van een dergelijk proces is doorgaans

een jaar tot anderhalf jaar, afhankelijk van de vraag welke onderwerpen een diepgaande discussie behoeven en of de familie bereid is te werken aan de voortgang. Het is aan te bevelen (voor een bepaalde termijn) een externe deskundige in te schakelen die het proces vanuit een objectieve invalshoek begeleidt en bewaakt.

Afhankelijk van de familiestructuur, de strategische vraagstukken van het bedrijf en de mate waarin de familie al regelmatig over het bedrijf overleg pleegt, wordt een plan van aanpak vastgesteld. De specifieke familiegebonden aanleidingen uit schema 1 bepalen de agenda. Omdat deze in elke situatie en fase verschillend zijn, is het verstandig om vooraf een inventarisatie te maken, door middel van interviews en/of een enquête. Verschillende werkvormen zijn denkbaar, ook weer afhankelijk van de

17. In België is in 2005 de code Buysse gelanceerd met aanbevelingen voor alle niet-beursgenoteerde ondernemingen en een separate afdeling met specifieke aanbevelingen voor familiebedrijven. In deze aanbevelingen zijn onder meer het familieforum, en het familiaal charter opgenomen. In Duitsland is in 2004 een Kodex voor familiebedrijven gepubliceerd, waarvan de bepalingen moeten worden beschouwd als aanbevelingen voor goed bestuur. In deze Kodex is het begrip 'Family Governance' expliciet opgenomen, naast andere onderwerpen betreffende de relatie van de familie met het bedrijf. In Nederland staan de familiebedrijven overwegend afwijzend tegenover een dergelijke code, omdat deze al snel wordt gerelateerd aan het beginsel van 'one size fits all' dat als onwenselijk en (zo is in de praktijk regelmatig te horen) ook als onwerkbaar wordt beschouwd.

omvang van de groep, de werklust en het ambitieniveau. De plenaire bijeenkomsten met alle betrokkenen bepalen de richting van het proces. Deze bijeenkomsten kunnen worden afgewisseld met tussentijdse sessies van werkgroepen en/of individuele opdrachten. Voorafgaand aan het proces moet worden bepaald wie er bij het proces zullen worden betrokken. In het algemeen zijn dit de (oud)eigenaren met hun partners en meerderjarige kinderen.

2.3. Wat is de juridische status van het familieprotocol?

Er valt te discussiëren over de juridische status van het familieprotocol. Zowel argumenten voor als tegen juridische afdwingbaarheid, al dan niet gedeeltelijk afhankelijk van de aard van de bepalingen, kunnen worden onderbouwd. De discussie hierover valt echter buiten het bestek van dit artikel. Wij gaan uit van het standpunt, dat het niet voor de hand ligt om het familieprotocol te beschouwen als een juridisch bindend document. Op basis van het proces dat een familie doorloopt, moet een vorm van overeenstemming worden bereikt, ten aanzien waarvan een morele verplichting tot *navolging* (dus niet *nakoming*) geldt. Als er voldoende draagvlak is, wordt de navolging vanzelfsprekender. Dat is de kracht van een betrokken familie en dat geeft ook het belang aan van het proces. Natuurlijk is het familieprotocol wel degelijk bedoeld om naast de meer filosofische uitgangspunten ook bepalingen te formuleren die juridische consequenties moeten hebben. Ons recht kent bijzondere vormvereisten voor de afzonderlijke zaken die in het familieprotocol worden geregeld. Het familieprotocol wordt in dit verband beschouwd als een overkoepelende constitutie met de status van een gedragscode waaraan de juridische documentatie van de familie en het bedrijf doorlopend moet worden getoetst. Daarmee wordt het juridisch kader geschapen voor het familieondernemingsbestuur.

3. Het juridisch kader rondom het familieprotocol

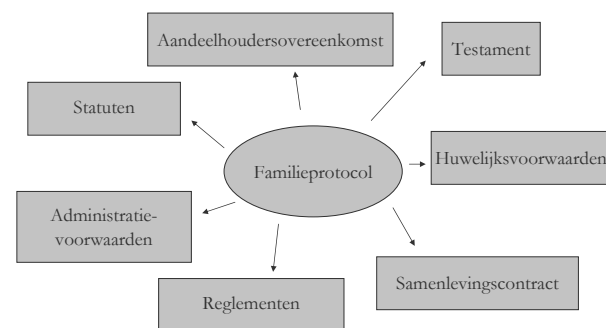
Wanneer eigenaren van familiebedrijven besluiten om hun vermogens- en overlegstructuur in onderling overleg te regelen en vast te leggen in een familieprotocol, is, zoals uit bovenstaande blijkt, daarmee niet automatisch alles geregeld. Veel afspraken en uitgangspunten die de familieleden hebben vastgelegd, behoeven nadere uitwerking in bijvoorbeeld reglementen, statuten of aandeelhoudersovereenkomsten. Maar niet alleen daar. Ook kan het maken of aanpassen van huwelijksvoorwaarden, testamenten of codicillen wenselijk zijn om de gemaakte afspraken daadwerkelijk te kunnen effectueren. Deze documenten vervullen een aanvullende rol bij het familieprotocol en worden in dit artikel aangeduid met 'aanvullende documenten'. Wat echter moet worden bedacht, is dat er een groot verschil bestaat in de juridische status van de aanvullende documenten. Niet alleen bestaan er verschillen in wie er moet meewerken aan de aanvullende documenten, ook is er onderscheid in onder meer de afdwingbaarheid van de gemaakte afspraken, de mogelijkheid om deze te wijzigen en de kenbaarheid ervan (vertrouwelijkheid) voor derden.

Het uitvoeren van de beginselen en afspraken die in het familieprotocol zijn gemaakt, vergt veel aandacht. Omdat

het familieprotocol moet worden beschouwd als een raamwerk dat nader moet worden ingevuld, moeten alle aanvullende documenten nauwkeurig op elkaar worden afgestemd. Wijziging van (een gedeelte van) het raamwerk zou moeten worden gevolgd door wijziging van de relevante aanvullende documenten. Voorkomen moet worden dat door enkele wijzigingen op onderdelen een bouwwerk ontstaat zonder samenhang en fundament.

Daarnaast is het noodzakelijk een overzicht te maken van de precieze samenhang tussen de aanvullende documenten: welke onderwerpen worden waar geregeld? Waar lopen regelingen samen en waar lopen afspraken in elkaar over? En daarnaast: wie beslist nu over welke onderwerpen? Wie hebben stemrecht en onder welke voorwaarden? Het is goed te weten dat bepaalde onderwerpen in meer documenten kunnen worden geregeld, maar dat de mate van binding of de mogelijkheid van wijziging uiteen kunnen lopen.

Schema 3: Het familieprotocol en de aanvullende documenten



Als een familie in een familieprotocol heeft vastgelegd dat (en hoe) de familie betrokken wil zijn bij het bestuur van de familieonderneming, zal dat in verschillende aanvullende documenten tot uitdrukking moeten worden gebracht. Daarmee wordt invulling gegeven aan de samenhang tussen het familieprotocol en het ondernemingsbestuur. De hieronder beschreven voorbeelden illustreren de schakelfunctie van het familieprotocol binnen het familieondernemingsbestuur en maken inzichtelijk hoe dit doorwerkt voor de samenhang tussen de aanvullende documenten.

Enige voorbeelden

Voorbeeld 1:

De familie wil dat investeringen boven een bepaald bedrag worden goedgekeurd door de familie. Deze wens is eenvoudig geformuleerd. Hoe de wens moet worden uitgewerkt in de aanvullende documenten, hangt onder meer af van de volgende factoren:

- De wijze waarop de familie haar invloed wil uitoefenen. Is er een afvaardiging van de familie die de controlerende taak op zich neemt (een familiaaraad of council) of wil de familie invloed op de samenstelling van de raad van commissarissen?
- De wijze waarop de familieonderneming is gestructureerd. Zijn de aandelen gecertificeerd (en houdt derhalve een administratiekantoor de aandelen in de fa-

milieonderneming) of staan de aandelen rechtstreeks uit bij de familieleden?

- Betreft de familieonderneming een concern, oftewel: is er een holding (al dan niet gecertificeerd) en zijn er groepsmaatschappijen waarin de investering moet plaats hebben?

Stel nu dat het familieprotocol bepaalt dat de familieraad een bepaalde rol moet spelen bij het toezicht van het bedrijf of bij de goedkeuring van bepaalde besluiten.¹⁸ In het familieprotocol moet dan worden geregeld hoe de familieraad wordt gekozen en wat zijn bevoegdheden zijn. Als de familieonderneming gedreven wordt in de vorm van een BV is het Nederlandse vennootschapsrecht van toepassing. Krachtens dit vennootschapsrecht zijn er slechts vijf organen toegestaan:

1. de algemene vergadering van aandeelhouders;
2. het bestuur;
3. de raad van commissarissen;
4. de gemeenschappelijke vergadering van het bestuur en de raad van commissarissen; en
5. de vergadering van houders van aandelen van een bijzondere soort (prioriteit of anderszins).

De statuten van de BV mogen derhalve niet bepalen dat de familieraad goedkeuringsrechten heeft. Een mogelijke oplossing kan worden gevonden in het oprichten van een vereniging of stichting. De aanvullende documenten zullen in dit geval zo moeten worden ingericht dat de familieraad zich verenigt in een vereniging of het bestuur vormt van een stichting. De vereniging of stichting zal een of meer prioriteitsaandelen moeten verkrijgen en in de statuten van de BV zal opgenomen moeten worden dat bepaalde besluiten van het bestuur goedkeuring behoeven van de vergadering van prioriteitsaandeelhouders. Dit zal in de gegeven situatie neerkomen op goedkeuring van de stichting of vereniging die het prioriteitsaandeel houdt.

Stel dat het familieprotocol bepaalt dat de familieraad commissarissen zal moeten kunnen benoemen. Dit loopt vast op het Nederlandse vennootschapsrecht. Op grond van de wet worden commissarissen benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders.¹⁹ Slechts eenderde van de commissarissen mag worden benoemd door anderen. Om de brug te kunnen bouwen tussen het familieprotocol en de corporate governance in de onderneming zal in de statuten van de familie-BV opgenomen kunnen worden dat eenderde van de leden van de raad

van commissarissen wordt benoemd door de familieraad. Een probleem dat zich daarbij echter voordoet is de vraag naar de legitimiteit. Voor derden is niet vast te stellen wie tot de familieraad behoren en derhalve niet of het besluit tot benoeming van de commissaris rechtsgeldig is genomen. Daarnaast is voor tweederde van de leden van de raad van commissarissen in dit geval nog geen oplossing bereikt. Overwogen kan worden om ook in deze casus te werken met een stichting of vereniging waarin de leden van de familieraad zijn vertegenwoordigd en deze stichting of vereniging een of meer prioriteitsaandelen te geven. In de statuten van de BV kan dan worden opgenomen dat eenderde van de leden van de raad van commissarissen wordt benoemd door de prioriteit en dat voor de overige vacatures de prioriteit een bindende voordracht aan de algemene vergadering kan doen.

Voorbeeld 2:

Als het familieprotocol bepaalt dat de familie instructies aan het bestuur van de familieonderneming moet kunnen geven, loopt dit ook weer vast in het Nederlandse vennootschapsrecht. De wet bepaalt in art. 2:239 lid 4 BW dat slechts een orgaan van de vennootschap algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aangegeven terreinen mag geven. De familieraad is geen orgaan van de vennootschap. Ook in deze situatie kan met in de oplossing van voorbeeld 1 worden gewerkt door de familieraad via prioriteitsaandelen tot orgaan van de vennootschap te maken. Als de familieonderneming valt onder het structuurregime²⁰ kan, indien aandelen rechtstreeks worden gehouden door familieleden, een commissie van aandeelhouders worden ingesteld (zie art. 2:268 lid 10 BW).

Voorbeeld 3:

Stel dat het familieprotocol bepaalt dat de eigendom van het ondernemingsvermogen binnen de familie moet blijven. Dat kan worden bewerkstelligd in verschillende aanvullende documenten. Allereerst kan een familielid bij testament de eigendom aan familieleden nalaten of legateren. Onderlinge afspraken hierover voorafgaand aan het overlijden, zijn (als omschreven in paragraaf 3.3) nietig. Zodra een familielid dit echter in zijn eigen testament opneemt, gaat het goed. Als een familielid zijn ondernemingsvermogen legateert aan een niet-familielid of een niet-familielid benoemt tot erfgenaam, heeft de familie echter het nakijken. Om ervoor te zorgen dat de familie zoveel mogelijk grip heeft op wie ondernemingsvermogen verkrijgt, zal in de statuten van de familie-BV, in aandeel-

18. N.B.: Wij willen met dit voorbeeld nadrukkelijk niet suggereren dat een familie er altijd naar moet streven dat de familieraad een formele positie verkrijgt binnen het ondernemingsbestuur. Er is in de praktijk doorgaans sprake van een gestructureerde vorm van informeel overleg tussen bestuurders (lees: directie en toezichthouders) en een familieraad die goed voldoet. Dat is ook een van de aspecten van de kracht van het familiebedrijf. Zodra de familie- en eigendomsstructuur complexer wordt (en bijvoorbeeld de raad van commissarissen alleen externe leden mag hebben), kan het wenselijk zijn om de familieraad, ook naast de AVA, een formele rol en positie te geven.

19. Voor grote vennootschappen die onder het structuurregime vallen, gelden andere regels. Het structuurregime speelt bij een eigen vermogen van ten minste 16 miljoen euro, een verplichte ondernemingsraad en ten minste 100 werknemers in Nederland. Als het structuurregime van toepassing is, komen belangrijke bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders bij een verplichte raad van commissarissen te berusten. Ter beperking van de omvang van deze bijdrage besteden wij, afgezien van een enkel voorbeeld, geen bijzondere aandacht aan het structuurregime. Indachtig de schakelfunctie van het familieprotocol binnen het familieondernemingsbestuur, verwijzen wij naar een eerder (februari 2007) in dit tijdschrift verschenen bijdrage van Geerlings & Vrancken Peeters waarin uitgebreid wordt ingegaan op de vraag of het familieprotocol kan worden beschouwd als een onderlinge regeling tot samenwerking waardoor de vennootschap in aanmerking zou moeten kunnen komen voor het verzwakte regime: zie nt. 13.

20. Zie Boek 2 titel 5 afd. 6 BW.

houdersovereenkomsten en/of in de administratievoorwaarden van het administratiekantoor een regeling moeten worden getroffen. In de statuten van de familie-BV kan een kwaliteitseis worden opgenomen. De kwaliteitseis dient zodanig te zijn dat aandeelhouders slechts mogen zijn zij die tot de familie behoren. De omschrijving van deze kring kan worden ontleend aan de betreffende definitie in het familieprotocol. Als iemand niet aan die kwaliteitseis voldoet, kunnen de statuten bepalen dat deze persoon geacht wordt zijn aandelen te hebben aangeboden aan de mede-aandeelhouders. De effectiviteit van een kwaliteitseis valt of staat uiteraard met de bereidheid en financiële draagkracht van de andere aandeelhouders om de aandeelhouder die niet (meer) aan de kwaliteitseis voldoet, uit te kopen.

In een aandeelhoudersovereenkomst kunnen eveneens bepalingen worden opgenomen die regelen in welke gevallen een aandeelhouder zijn aandelen moet aanbieden. Bijvoorbeeld wanneer deze buiten de familiekring geraken. Als het familieondernemingsvermogen bestaat uit certificaten van aandelen, kunnen de administratievoorwaarden en de protocollen van het administratiekantoor zodanig worden ingericht, dat een certificaat kan worden 'onteigend' als dat wordt gehouden door iemand die geen lid van de familie (meer) is.

Met het opmaken van huwelijksvoorwaarden kunnen gehuwden ervoor zorgen dat de eigendom van het familieondernemingsvermogen blijft toekomen aan het lid van de desbetreffende familie. Dit laatste zal in combinatie met een testament als hierboven omschreven het gewenste effect hebben.

Hieronder komt een aantal gebieden aan de orde waaraan aandacht besteed moet worden in het kader van de juridische uitwerking van de bepalingen van het familieprotocol.

Achtereenvolgens zijn deze gebieden:

1. de rechtsvorm (eigendom/zeggenschap);
2. de overdraagbaarheid bij leven;
3. het erfrecht (overgang bij overlijden);
4. het relatievermogensrecht;
5. curatele, bewind en mentorschap;
6. vorm, afdwingbaarheid, wijziging van de aanvullende documenten.

3.1. De rechtsvorm en structuur

De aard van de afspraken die moeten worden gemaakt, is onder meer afhankelijk van de rechtsvorm waarin de (familie)onderneming wordt gedreven.²¹

Gebruikelijk is de BV, maar ook de NV, de coöperatie, de vennootschap onder firma, de maatschap en de commanditaire vennootschap komen voor. Daarnaast zijn dikwijls de aandelen in de familieonderneming gecertificeerd en berust de zeggenschap verbonden aan die aandelen bij een administratiekantoor.

Bovendien kan het zo zijn dat sprake is van een informele vereniging²² wanneer een familie met een onderneming zich verenigt in die zin dat de familieleden afspraken maken over hun vermogen, de zeggenschap erover, een familiebijeenkomst houden, een familieraad hebben, de toe- en uittreding daartoe regelen en ook andere afspraken maken in relatie tot die onderneming en dat vermogen.

3.1.1. De BV

De meestvoorkomende rechtsvorm, ook voor familieondernemingen, is de besloten vennootschap. Afhankelijk van de inhoud van het familieprotocol, de corporate governance die daarmee wordt beoogd en de vraag in hoeverre de eigendom binnen de familie moet verblijven, zullen statutaire bepalingen moeten worden ontworpen die daarbij zoveel mogelijk aansluiten. Omdat het aantal varianten met hun nuances ongekend groot is, belichten wij hieronder enkele aandachtspunten die bij het opstellen van het familieprotocol en de aanvullende documenten van belang zijn. Uitgangspunt is dat de (familie)onderneming wordt gedreven in de vorm van een BV. In de aanhef van deze paragraaf is in drie voorbeelden al aangegeven welke functie een familieprotocol kan vervullen voor het bestuur van het familiebedrijf en de eigendom. De onderstaande aandachtspunten illustreren welke vragen de eigenaren zich moeten stellen om de juridische uitwerking van het familieprotocol, waaronder de eigendomsstrategie, gestalte te geven.

Algemeen

- Wat is het doel van de BV?

Kapitaal

- Hoe is het kapitaal van de BV verdeeld? Zijn de aandelen gecertificeerd, dan speelt mede wat hieronder nader hieromtrent wordt vermeld.
- Is er sprake van één soort aandelen of zijn er verschillende soorten aandelen (bijvoorbeeld preferente of prioriteitsaandelen) die bepaalde rechten op zeggenschap of winst geven?

Algemene vergadering van aandeelhouders (AVA)

- Hoe zijn de stemmen binnen de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) verdeeld? Geeft ieder aandeel recht op één stem?²³
- Zijn er kwaliteitseisen aan het zijn van aandeelhouder (denk ook aan verlies van stemrecht en bevoegdheid tot het bijwonen van een AVA)? Denk bijvoorbeeld aan het trouwen met/scheiden van een lid van de familie? Wat is het beleid ten aanzien van samenwoners?
- Wie is/zijn bevoegd een AVA bijeen te roepen?
- Mag een aandeelhouder zich bij de AVA laten vertegenwoordigen? En zo ja, door wie?
- Hoe worden besluiten genomen (quorum, meerderheid, kan dit ook buiten vergadering etc.)?

21. H.J. de Kluiver, 'Familievennootschappen en (nieuw) vennootschapsrecht', *WPNR* 2005-6647.

22. Dit betekent, dat bepaalde wettelijke regels van toepassing zijn, iets wat niet negatief hoeft te zijn. Het voert in het kader van deze bijdrage echter te ver hier verder op in te gaan. De geïnteresseerde lezer zij verwezen naar o.m. J.M. Blanco Fernandez, 'De rechtssubjectiviteit van de openbare vennootschap', *WPNR* 2003-6549.

23. Zie voor de flex-BV M.C.A. van den Nieuwenhuijzen, 'Aandelen zonder stemrecht en aandelen met flexibel stemrecht in de flex-bv', *WPNR* 2008-6737.

- Zijn er bepaalde besluiten waarvoor een andersoortige manier van totstandkoming nodig is? Moet er bijvoorbeeld advies worden ingewonnen of kan een orgaan/iemand een voordracht doen?
- Kan aan een vruchtgebruiker op de aandelen het stemrecht worden toegekend?
- Mogen de aandelen worden verpand?
- Indien de aandelen mogen worden verpand, mag het stemrecht aan de pandhouder worden toegekend?

Overdraagbaarheid aandelen

- Aan wie kunnen de aandelen worden overgedragen (welke kring is 'vrij' als bedoeld in art. 2:195 BW)? Denk hierbij weer aan echtscheiding of het verbreken van samenleving.
- In welke gevallen kan een aandeelhouder worden verplicht om zijn aandelen aan te bieden en over te dragen (transparance-clausule)?

Bestuur en vertegenwoordiging

- Wie mogen tot het bestuur van de BV behoren (familieleden en/of (professionele) buitenstaanders)?
- Hoe is in het bestuur het stemrecht geregeld (heeft iedere bestuurder één stem)?
- Zijn bestuursbesluiten onderworpen aan de goedkeuring van een ander vennootschapsorgaan?
- Wordt er gewerkt met businessplannen, begrotingen of meerjarenplannen?
- Hoe wordt bewerkstelligd dat belangrijke zaken op holdingniveau naar 'beneden' worden doorgegeven (instructies)?
- Is er een orgaan dat het bestuur aanwijzingen kan geven over het te voeren beleid?
- Hoe is de vertegenwoordigingsbevoegdheid geregeld?
- Is er een bepaalde meerderheid noodzakelijk voor schorsing/ontslag van bestuurders?
- Wie stelt de bezoldiging van de bestuurders vast?
- Is er een regeling voor tegenstrijdig belang?

Toezicht

- Is er een raad van commissarissen (RvC) en zo ja, hoe wordt deze benoemd?
- Zijn er eisen aan de kwaliteit van commissarissen?
- Wie stelt de bezoldiging van commissarissen vast en schorst of ontslaat commissarissen?

Bepaalde afspraken die zich niet lenen voor vastlegging in statuten, kunnen worden vastgelegd in een aandeelhoudersovereenkomst. De redenen hiervoor kunnen zijn:

- vertrouwelijkheid;
- dat dergelijke zaken niet in statuten kunnen worden vastgelegd²⁴; of
- dat dergelijke afspraken indruisen tegen het Nederlandse ondernemingsrecht²⁵.

De volgende onderwerpen lenen zich voor vastlegging in een aandeelhoudersovereenkomst²⁶:

Aandeelhoudersovereenkomst:

- afwijking van de regel dat waardering van de aandelen uiteindelijk door een deskundige moet geschieden²⁷;
- uitbreiding van de oorzaken die een aanbieding van aandelen tot gevolg zullen hebben;
- afbetalingsfaciliteiten ingeval aandelen worden overgenomen;
- afspraken over de prijs bij de toe- en uittreding;
- afspraken over mogelijke 'bad leaver-discount'²⁸;
- afspraken over de horizon van het aandeelhouder-schap: wat dient er te gebeuren als een derde een bepaald percentage in het kapitaal van de familievennootschap wenst te verwerven;
- afspraken over de financiering van de onderneming;
- afspraken over de verdeling van het resultaat van de onderneming;
- afspraken over het dividendbeleid (al dan niet in relatie tot afspraken over de vermogensstructuur);
- afspraken over hoe om te gaan met specifieke familielinkages en uittreding;
- afspraken over de exclusiviteit (non-concurrentie- of relatiebeding);
- afspraken over de verplichtingen tot afname in bijzondere gevallen.

De documenten waarin bovengenoemde afspraken kunnen worden vastgelegd, verschillen zowel in hun mogelijkheid tot binding (afdwingbaarheid) als op het gebied van wijziging en totstandkoming.

De statuten zijn voor alle betrokkenen bindend. Zij worden vastgelegd bij notariële akte en zijn te wijzigen door de algemene vergadering van aandeelhouders op de wijze als in de statuten is bepaald (denk aan een versterkte meerderheid). Ook de wijziging vindt weer plaats bij notariële akte.

Aandeelhoudersovereenkomsten zijn slechts bindend voor de aandeelhouders. Zij zijn in onderling overleg te wijzigen op de wijze waarop overeenkomsten kunnen worden gewijzigd. De afdwingbaarheid ervan hangt af van de inhoud en in hoeverre deze in lijn is met het Nederlandse ondernemingsrecht.

Voor de naamloze vennootschap ('NV') geldt op hoofdlijnen hetzelfde als voor de BV (zoals toegelicht in noot 18, laten we de bespreking van het structuurregime in deze bijdrage buiten beschouwing).

3.1.2. Certificering van aandelen

Als het familieprotocol bepaalt dat de zeggenschapsrechten en de winstrechten verbonden aan de deelnemingen

24. Denk aan afspraken omtrent extra verplichtingen voor aandeelhouders, bijvoorbeeld het ter beschikking stellen van vermogen en aan non-concurrentiebedingen.

25. Onder meer afspraken omtrent de waardering van belangen (art. 2:295 lid 6 BW) of de benoeming van bestuurders door bijzondere groepen belanghebbenden.

26. Zie ook B.C.M. Waaijer, *Aandeelhoudersovereenkomsten*, Deventer: Kluwer 1996.

27. Met de kanttekening van HR 21 januari 2005, *JOR* 2005-57 (Hoffmann Bedrijfsrecherche).

28. Iemand die handelt in strijd met de regels kan bij zijn vertrek een bedrag ontvangen dat lager is dan de waarde van zijn belang.

in het familiebedrijf gescheiden moeten zijn, zullen de aandelen in de familieholding moeten worden gecertificeerd. De aandelen worden dan gehouden door een administratiekantoor. Dit kan zijn een stichting, maar ook een vereniging, een BV of een andere rechtspersoon. Deze keuzemogelijkheid is de reden waarom verder wordt gesproken over het administratiekantoor in plaats van (zoals gebruikelijk) over de Stichting Administratiekantoor of het STAK. Het administratiekantoor oefent de zeggenschapsrechten verbonden aan de aandelen uit en betaalt uitkeringen op de aandelen uit aan de certificaathouder. De familieleden op hun beurt houden de certificaten. In de inleiding van deze paragraaf is uiteengezet dat in bepaalde gevallen een certificaathouder kan worden onteigend. Als voor een dergelijk systeem wordt gekozen, zal voor de houdbaarheid van het systeem van belang zijn dat de certificaathouder die wordt onteigend, een reële vergoeding ontvangt voor het verlies van zijn belang. Ook hier zijn de mogelijke varianten en nuances vrijwel onbeperkt. Het gaat het kader van deze bijdrage te buiten om volledigheid na te streven. De onderstaande aandachtspunten illustreren welke vragen de familieleden zich moeten stellen om de juridische uitwerking van de eigenomsstrategie uit het familieprotocol in de statuten en de administratievoorwaarden van het administratiekantoor gestalte te geven:

Algemeen

- Wat is het doel van het administratiekantoor?
- Waar ligt het primaat: bij het bestuur, bij de BV, bij de familieleden (certificaathouders) of bij (eventueel) de raad van toezicht of raad van advies?

Kapitaal

- Is er sprake van één soort certificaten of zijn er verschillende soorten certificaten?
- Wat is het beleid indien de vennootschap wier welke aandelen zijn gecertificeerd nieuwe aandelen uitgeeft (denk hierbij aan voorkeursrechten)?
- Vindt certificering plaats met of zonder medewerking van de vennootschap?
- Mag het administratiekantoor de onderliggende aandelen in bepaalde gevallen vervreemden?
- Onder welke voorwaarden kunnen de certificaten eventueel worden geroyeerd?

Certificaathouders

- Is er een vergadering van certificaathouders (als orgaan)?
- Welke bevoegdheden heeft de eventuele vergadering van certificaathouders?
- Hoe zijn de stemmen binnen de vergadering van certificaathouders verdeeld?
- Zijn er kwaliteitseisen aan het zijn van certificaathouder (denk ook aan verlies van stemrecht en de bevoegdheid tot bijwonen van vergaderingen van certificaathouders)?
- Wie is/zijn bevoegd een vergadering van certificaathouders bijeen te roepen?

- Mag een certificaathouder zich bij de algemene vergadering van certificaathouders laten vertegenwoordigen?
- Hoe worden besluiten genomen (quorum, meerderheid, buiten vergadering etc.)?
- Zijn er bepaalde besluiten waarvoor een andersoortige manier van totstandkoming nodig is?
- Mag een vruchtgebruik op de certificaten worden gevestigd?
- Mag in de akte van vestiging vruchtgebruik het stemrecht worden toegekend aan de vruchtgebruiker?
- Mogen de certificaten worden verpand?
- Indien de certificaten mogen worden verpand, mag in de pandakte dan het stemrecht aan de pandhouder worden toegekend?
- Zijn er omstandigheden waaronder het recht van de certificaathouder moet vervallen?
- Zo ja, welke vergoeding wordt er dan aan de voormalig certificaathouder toegekend?

Overdraagbaarheid certificaten

- Aan wie kunnen de certificaten worden overgedragen? Alleen aan familieleden?
- In welke gevallen kan een certificaathouder worden verplicht om zijn certificaten aan te bieden en over te dragen?
- Wat gebeurt er als een certificaat door vererving in handen van niet-familieleden terecht komt?
- Girale clearing van certificaten is mogelijk (waardoor onteigening in bijzondere situaties mogelijk wordt). Hoe wordt hierop ingespeeld?²⁹
- Wordt er voorzien in een afbetalingsfaciliteit ter financiering van de koopprijs?
- Andere zaken (zie de passage over aandeelhoudersovereenkomsten).

Bestuur en vertegenwoordiging

- Wie mogen tot het bestuur van het administratiekantoor behoren (familieleden en/of (professionele) buitenstaanders)?
- Wie benoemt, schorst en ontslaat de bestuurders?
- Hoe is in het bestuur het stemrecht geregeld (heeft iedere bestuurder één stem)?
- Zijn bestuursbesluiten onderworpen aan de goedkeuring van een ander orgaan van het administratiekantoor?
- Is er een orgaan dat het bestuur aanwijzingen kan geven over het te voeren beleid?
- Hoe is de vertegenwoordigingsbevoegdheid geregeld?
- Is er een bepaalde meerderheid noodzakelijk voor schorsing/ontslag van bestuurders?
- Wie stelt de bezoldiging van de bestuurders vast?
- Is er een regeling voor tegenstrijdig belang?

Ook hier zijn de statuten van het administratiekantoor bindend en vindt wijziging plaats op de wijze als in de statuten omschreven en wel bij notariële akte. De administratievoorwaarden zijn bindend voor de participanten. Wijziging vindt plaats in onderling overleg of op de wijze als in de voorwaarden omschreven. Doorgaans zijn de

29. Zie C.A. Kraan, 'Kan certificering ongedaan worden gemaakt?', *FTV* 2007, 26 alsook D.R. de Lange, 'Girale clearing van werknemerscertificaten', *TOP* 2008-1.

administratievoorwaarden opgenomen in een notariële akte.

3.1.3. De verenigingsvorm

Eerder is reeds opgemerkt dat er sprake kan zijn van een informele vereniging waarin de familie zich heeft verenigd. Bij sommige families is ervoor gekozen het vermogen van de familie onder te brengen in een formele familievereniging.³⁰ Dit kan worden gezien als een variant op de certificering van aandelen als hierboven genoemd. Niet alleen aandelen in BV's en NV's zijn vatbaar voor certificering, ook andere vermogensbestanddelen kunnen ten titel van beheer aan een administratiekantoor worden overgedragen. Het voordeel van certificering van vermogen met een vereniging als administratiekantoor, is dat de economische aanspraak parallel kan lopen met het lidmaatschap van de vereniging. Daarnaast kunnen bij de statuten van de vereniging verplichtingen aan het lidmaatschap worden verbonden. Afhankelijk van de inhoud van het familieprotocol zal de inhoud van de statuten van de familievereniging moeten worden aangepast. Het verenigingsrecht is aanzienlijk flexibeler dan het vennootschapsrecht. Dit wil niet zeggen dat alles wat familieleden wenselijk achten, zich leent voor opname in de statuten van de familievereniging. Als bijvoorbeeld iemand door echtscheiding geen lid meer van de familievereniging behoort te zijn, zal hem het lidmaatschap moeten worden opgezegd. Een lidmaatschap dat van rechtswege eindigt, anders dan bij overlijden, is niet bestaanbaar (zie art. 2:35 lid 1 BW). Ook hier is het aantal varianten haast onbeperkt. De onderstaande aandachtspunten illustreren welke vragen de familieleden zich moeten stellen om de juridische uitwerking van de eigendomsstrategie uit het familieprotocol in de statuten van de familievereniging en de administratievoorwaarden gestalte te geven:

Algemeen

- Wat is het doel van de vereniging?

Vermogen

- Wat zijn de afspraken over verkrijging van registergoederen en erfenissen?
- Wat gebeurt er met het vermogen van de vereniging bij ontbinding?

Leden

- Wordt er onderscheid gemaakt tussen verschillende soorten van lidmaatschap?
- Hoe zijn de stemmen binnen de algemene ledenvergadering (alv) verdeeld?
- Zijn er kwaliteitseisen verbonden aan het lidmaatschap (denk ook aan verlies stemrecht en bevoegdheid tot het bijwonen van een alv)?
- Wie is/zijn bevoegd een alv bijeen te roepen?
- Mag een lid zich bij de alv laten vertegenwoordigen? Zo ja, door wie?
- Hoe worden besluiten genomen (quorum, meerderheid, buiten vergadering etc.)?
- Zijn er bepaalde besluiten waarvoor een andersoortige manier van totstandkoming nodig is?

- Wat zijn de regels bij onderbewindstelling of curatele van een lid?
- Zijn er omstandigheden waaronder het lidmaatschapsrecht kan worden ontnomen?
- Zo ja, welke vergoeding wordt er dan aan het voormalig lid toegekend?

Overdraagbaarheid lidmaatschapsrechten

- Is het lidmaatschap hoogstpersoonlijk of is het overdraagbaar? En als het overdraagbaar is, aan wie/onder welke voorwaarden?
- In welke gevallen vervalt het lidmaatschapsrecht of kan het worden opgezegd?
- Mag het lidmaatschapsrecht worden verpand?

Bestuur en vertegenwoordiging

- Wie mogen tot het bestuur van de vereniging behoren (familieleden en/of (professionele) buitenstaanders)?
- Wie benoemt, schorst en ontslaat de bestuurders?
- Hoe is in het bestuur het stemrecht geregeld (heeft iedere bestuurder één stem)?
- Zijn bestuursbesluiten onderworpen aan de goedkeuring van een ander orgaan?
- Is er een orgaan dat het bestuur aanwijzingen kan geven over het te voeren beleid?
- Hoe is de vertegenwoordigingsbevoegdheid geregeld?
- Is er een bepaalde meerderheid noodzakelijk voor schorsing/ontslag van bestuurders?
- Wie stelt de bezoldiging van de bestuurders vast?
- Is er een regeling voor tegenstrijdig belang?

Als de vereniging eigenaar is van familievermogen, moet goed worden nagedacht over hoe dit moet worden gestructureerd. Houdt de vereniging het vermogen voor zichzelf en krijgen de leden alleen bij liquidatie van de vereniging een uitkering of vervult de vereniging de rol van administratiekantoor? In het laatste geval zal moeten worden nagedacht over de voorwaarden waaronder de vereniging het vermogen administreert. Parallellen zullen dan moeten worden gezocht bij eerdergenoemde certificering.

De betrokken documenten zijn ook hier weer statuten (bindend en bij notariële akte te wijzigen op de wijze als in de statuten bepaald) maar ook een huishoudelijk reglement en eventueel administratievoorwaarden.

Het huishoudelijk reglement is bindend voor de leden. Het kan worden gewijzigd op de wijze als in het reglement bepaald.

Voor administratievoorwaarden geldt wat hieromtrent eerder werd vermeld.

3.2. De overdraagbaarheid bij leven

Als het familieprotocol bepalingen bevat over de wijze waarop de onderneming en/of de aandelen daarin bij leven kunnen worden overgedragen, zullen de relevante aanvullende documenten daarop moeten worden afgestemd. De wijze waarop dit dient te geschieden, is grotendeels afhankelijk van de rechtsvorm waarin de onderneming wordt gedreven (zie vorenstaande). De gekozen rechtsvorm en hetgeen in de statuten en de andere aanvul-

30. Waarvan de statuten zijn vastgelegd in een notariële akte en die is ingeschreven in het Handelsregister.

lende documenten omtrent overdracht is bepaald, geven het kader voor de overdracht. Het is dus afhankelijk van de opzet van de gekozen structuur hoe eenvoudig of hoe moeilijk overdracht kan plaatsvinden.

Overigens zal de overdraagbaarheid niet alleen afhankelijk zijn van de juridische invulling, maar zal dikwijls het fiscale kader een belangrijke rol spelen bij de vraag of wel of niet de onderneming zal/kan worden overgedragen. Dit artikel gaat niet in op de fiscale consequenties van de diverse genoemde varianten. Deze zullen met een fiscalist moeten worden besproken, zeker gezien de huidige plannen tot ingrijpende wijziging van de Successiewet.³¹

3.3. Overlijden, vererving familievermogen

Als de familie in het familieprotocol heeft bepaald dat het familievermogen uitsluitend binnen de familie blijft, zal één en ander geregeld moeten worden in de testamenten van de familieleden. Voor de goede orde: afspraken over een nog niet opengevallen nalatenschap zijn nietig³²; derhalve ligt het in de lijn van de verwachtingen dat een afspraak over hoe familieleden hun testament moeten inrichten, nietig zal zijn. De familie kan echter wel aan de afzonderlijke familieleden verzoeken een testament met een bepaalde inhoud te laten opmaken.

Bij overlijden van een bij de onderneming betrokkene zijn de mogelijkheden om een regeling te treffen beperkt, omdat het veelal van de betrokkene afhangt of er daadwerkelijk iets geregeld is.

Heeft de overledene een testament gemaakt, dan is het afhankelijk van de inhoud van dit testament of het aandeel van de betrokkene in de onderneming vererft naar iemand die de familie op het oog heeft. Weliswaar kunnen de statuten of andere aanvullende documenten van de familierechtspersoon een aanbiedingsplicht inhouden voor de nieuwe gerechtigde, maar het is uiteindelijk afhankelijk van het erfrecht (testamenteir of wettelijk) wie die gerechtigde is. Dit betekent dat de grip van de familie op wie de opvolgers zullen zijn via het erfrecht relatief is.³³ Ook al maakt het betrokken familielid een testament naar de wens van de familie, dan nog kan hij/zij op ieder gewenst moment het testament aanpassen zonder dat de familie hiervan afweet, laat staan hier iets aan kan doen.³⁴

Zou bijvoorbeeld de onderneming zijn gecertificeerd, dan kan in de administratievoorwaarden worden bepaald dat bij vererving van de certificaten buiten de familie, die certificaten komen te vervallen. Op deze wijze blijft de controle over de onderneming in handen van de familie. Er zal in die gevallen wel een vergoeding van het verlies van rechten moeten worden geboden. Dit onderwerp zal

in verschillende aanvullende documenten moeten worden uitgewerkt, om het zo sterk mogelijk te maken.

Evenals bij overdracht bij leven, is bij vererving de fiscale component niet te verwaarlozen. Alhoewel de wetgever heeft geprobeerd in het versterkerrecht faciliteiten op te nemen voor overgang van familievermogen³⁵, zal het van een groot aantal zaken afhangen of, en zo ja hoeveel, successierecht verschuldigd is.³⁶ Dat successierecht verschuldigd zal zijn, al kan de heffing wellicht worden gespreid of doorgeschoven, staat normaliter vast.³⁷

In het testament kan het familielid een groot aantal zaken regelen. Naast het verdelen van het vermogen in de vorm van een erfstelling of legaat (zie ook hierna), kan een bewindvoerder worden aangesteld die helpt het nalatenschapvermogen te beheren, kunnen voorwaarden aan verkrijgingen worden gesteld en kan worden vastgelegd dat hetgeen wordt verkregen niet zal vallen in een huwelijksgoederengemeenschap.

Testamenteire bepalingen

- het opnemen van erfstellingen (beschikken over een aandeel in het grote geheel);
- het opnemen van legaten (beschikken over een specifiek bedrag of goed, o.a. aandeel of certificaat);
- het opnemen van lasten (geven de belanghebbende geen afdwingbaar vorderingsrecht);
- wat er gebeurt er als een erfgenaam/legataris al is vooroverleden?;
- het verbinden van voorwaarden aan verkrijgingen;
- verkrijgingen onder bewind stellen;
- bepalen wie de nalatenschap afwikkelt;
- vastleggen of de verkrijging in een gemeenschap van goederen valt of in een verrekening kan worden betrokken;
- regelingen treffen indien de verkrijger minderjarig is;
- eventueel de verkrijging onder de last van een vruchtgebruik plaats laten vinden en de voorwaarden vastleggen;
- bij legaten vastleggen wanneer het legaat kan worden opgeëist;
- bepalen of de verkrijging vrij van recht is (successierechten worden niet gedragen door de verkrijger);
- vastleggen of de verkrijging vatbaar is voor inkorting.

Testamenten worden vastgelegd in een notariële akte, zijn niet openbaar en kunnen door de maker op ieder gewenst moment worden gewijzigd of herroepen.

3.4. Het relatievermogensrecht

Een ander gebied waarop regelingen getroffen kunnen (moeten?) worden, is dat van het relatievermogensrecht. Als de familie in het familieprotocol heeft bepaald dat

31. Zie hieromtrent onder meer J.C. van Straaten, *Wegwijs in de overdrachtsbelasting*, 14e druk, Amersfoort: Sdu 2009 (par. 7.5 alsmede de daar genoemde literatuur).

32. Art. 4:4 lid 2 BW.

33. Zo is het afhankelijk van de wijze van erfrechtelijke verkrijging (algemene of bijzondere titel) of een verkrijger gebonden is aan bijvoorbeeld een aandeelhoudersovereenkomst.

34. Art. 4:42 lid 2 BW.

35. Denk aan art. 4:5 en 4:38 BW.

36. Denk aan factoren als rechtspersoon waarin de onderneming wordt gedreven, het toepasselijke recht, graad van verwantschap met de verkrijger en omvang en samenstelling van het overige vermogen.

37. Zie X.G.R. Auerbach, 'Familievermogen en het recht van successie: fundamenten en politieke verantwoording', *WFR* 2008, 604.

het familieondernemingsvermogen in handen van de familie moet blijven, moet men zich realiseren dat door middel van bijvoorbeeld een gemeenschap van goederen het ondernemingsvermogen kan wegvloeien naar aange trouwden, dan wel dat deze aanspraak kunnen krijgen op de waarde ervan. Om te voorkomen dat bij echtscheiding de voormalig echtgenoot/geregistreerd partner aanspraak kan maken op het ondernemingsvermogen dienen huwelijksvoorwaarden te worden gemaakt, waarbij het raadzaam is de bedoeling van de (aanstaande) echtgenoten nadrukkelijk te vermelden. Met name als het gaat om verrekenbedingen, is het zaak deze na te komen.³⁸ Ook indien een familielid samenwoont en zijn partner verzorgd wil achterlaten dan wel met de partner wil delen, is een goede redactie van een samenlevingscontract onontbeerlijk.³⁹

De volgende vragen zullen aan de orde moeten komen:

- Is er sprake van huwelijk of samenleving?
- Is bij huwelijk sprake van een algehele gemeenschap van goederen of van huwelijksvoorwaarden?
- Moeten de huwelijksvoorwaarden koude uitsluiting inhouden of mogen bepaalde zaken worden gedeeld?
- Indien zaken mogen worden gedeeld, welke zaken dan en wanneer?
- Hoe worden de vermogensbestanddelen gewaardeerd?
- Is bij samenleving sprake van te verrekenen vermogen en zo ja, wat wordt er dan afgesproken omtrent uitkeerbaarheid?

De hier relevante documenten zijn huwelijksvoorwaarden en samenlevingscontracten. Huwelijksvoorwaarden zijn bindend tussen partijen en na inschrijving in het huwelijksgoederenregister ook voor derden. Zij zijn te wijzigen bij notariële akte na rechterlijke goedkeuring. Door de inschrijving in het huwelijksgoederenregister zijn de voorwaarden kenbaar voor derden.

Samenlevingscontracten zijn bindend tussen partijen. Zij kunnen onderhands en notarieel worden vastgelegd. Voor sommige rechtsgevolgen is een notariële akte noodzakelijk.⁴⁰ Zij zijn te wijzigen in onderling overleg.

3.5. Curatele, bewind en mentorschap

Naast hetgeen in een familieprotocol en in aanvullende documenten is bepaald, bestaat de kans dat een betrokken

familielid niet (meer) of nog niet in staat is volledig de gevolgen van zijn handelen te overzien. In dat geval is er nog een aantal opties om grip op de (financiële) handel en wandel van de betreffende persoon te krijgen, ervan uitgaande dat deze meerderjarig is.

3.5.1. Curatele

Deze vorm van toezicht gaat heel ver en is bestemd voor de situatie waarin de persoon op geen enkele wijze in staat kan worden geacht zijn belangen te behartigen, noch persoonlijk, noch financieel. De rechtbank stelt een curator aan die voor en namens de onder curatele gestelde beslissingen neemt en rechtshandelingen verricht. De curandus is overigens wel bevoegd om – mits met toestemming van de rechtbank – een testament te maken.⁴¹

3.5.2. Bewind

Een tweede vorm van toezicht is het toezicht dat zich toespitst op de financiële belangen van de betrokkene. De bewindvoerder (dit kan een familielid zijn) behartigt de financiële belangen van degene wiens vermogen onder bewind is gesteld. Beslissingen met betrekkingen tot de persoon van degene wiens vermogen onder bewind is gesteld, berusten bij deze zelf. In het familieprotocol kan worden opgenomen dat familieleden zich verbinden om vermogen zoveel mogelijk onder bewind te stellen van een gezamenlijke bewindvoerder, waarmee structuur in het onder bewind gestelde vermogen wordt gebracht.

3.5.3. Mentorschap

Deze laatste optie ziet slechts op de persoon van de betrokkenen ofwel 'de belangen van niet-vermogensrechtelijke aard'.⁴²

Is de betrokkene minderjarig dan zijn het degenen die het ouderlijk gezag over het kind hebben degenen die het kind vertegenwoordigen.

3.6. Vorm, afdwingbaarheid, wijziging van de aanvullende documenten

In paragraaf 2.3 is reeds stilgestaan bij de afdwingbaarheid van bepalingen uit een familieprotocol. Schema 4 geeft een uiteenzetting van de openbaarheid van de aanvullende documenten, de wijze waarop zij kunnen worden gewijzigd, de afdwingbaarheid en de vormvoorschriften.

38. Bij een groot aantal (rechts)zaken omtrent niet uitgevoerde verrekenbedingen zijn ondernemingen betrokken. Zie ook D. Van Lierop & P.A. van Onzenoort, 'Verrekenbedingen in huwelijksvoorwaarden van ondernemende echtgenoten', *WPNR* 2005-6647. Zie ook van de hand van Van Onzenoort: 'Samenloop van ondernemingsrecht en huwelijksvermogensrecht', *TVVS* 1996-7.

39. In een familieprotocol worden doorgaans ook uitgangspunten opgenomen over de bestemming en beschikkingsmacht van het familievermogen. Het is dan verstandig om ook stil te staan bij de consequenties voor de regeling van de relatievermogensrechtelijke verhouding van de individuele familie met hun (toekomstige) levenspartners. Eigenaren van familiebedrijven vinden dit echter niet gemakkelijk, omdat dit te maken heeft met het spanningsveld tussen het collectieve familiale belang enerzijds en het individuele belang van elke familie-eigenaar anderzijds. De praktijk wijst uit dat de discussie hierover vaak wordt uitgesteld of vermeden. Het inschakelen van een externe deskundige die in staat is om de gevoeligheden te objectiveren, kan een tijdige afstemming bevorderen (dus bij voorkeur op een moment waarop deze spanning nog niet voelbaar is). Als een familieprotocol een stevig draagvlak kent binnen de familie, is de kans dat een familiebedrijf voor vervelende verrassingen (zoals in voorbeeld een mogelijk conflict in de eigendomssfeer) komt te staan aanzienlijk verminderd.

40. Denk aan art. 4:82 BW maar ook aan bepaalde fiscale regelingen.

41. Art. 4:55 lid 2 BW.

42. Denk aan beslissingen omtrent verzorging of geneeskundige behandeling.

Schema 4: Binding, kenbaarheid, vormvoorschrift en wijziging van aanvullende documenten

| Document | Bindend | Kenbaarheid | Vorm | Wijziging |
|---------------|----------|-----------------|-------------------------|-------------------------|
| Statuten | ja | handelsregister | notarieel | notarieel |
| Ah-ovk | partijen | nee | onderhands | onderhands |
| Adm.vw. | partijen | nee | onderhands | onderhands |
| Huish.reg. | partijen | nee | onderhands | onderhands |
| Huw.vw. | ja | huw.goed.reg. | notarieel | notarieel ⁴³ |
| Samenl.contr. | partijen | nee | onderh./not. | onderhands |
| Testament | ja | nee | notarieel ⁴⁴ | notarieel |

4. Samenvatting

Het familieprotocol vormt de schakel tussen het familiebestuur (de family governance) en het ondernemingsbestuur (de corporate governance), waarbij de eigendomsstrategie van de familie een richtingbepalende factor is. Het familieprotocol is daarmee het centrale punt van een in elkaar grijpend netwerk van aanvullende juridische documenten. Er is een groot aantal mogelijkheden om de gewenste bestuursstructuur, waarvan de contouren worden vastgelegd in een familieprotocol, ook juridisch vorm te geven.

Ieder juridisch document heeft echter een eigen regime, rechtskracht en statuut. Wordt één van deze documenten aangepast dan heeft dit vrijwel onontkoombaar tot gevolg dat ook (enkele van) de andere documenten moeten worden gewijzigd. Inhoudelijk is er zoals gesteld heel veel mogelijk, maar vanzelfsprekend zijn er grenzen aan wat kan en mag. Zo zal bij de vennootschapsrechtelijke documenten het vennootschapsrecht grenzen stellen, zijn er erfrechtelijk en relatievermogensrechtelijk duidelijke beperkingen, maar biedt ook het algemene verbintenisrecht een helder kader. Afspraken in strijd met de openbare orde of de goede zeden zijn verboden, terwijl bijvoorbeeld afspraken die zijn gemaakt onder dwang vernietigbaar zijn en bepaalde afspraken kunnen worden gekwalificeerd als 'onredelijk bezwarend' en zijn dan uit dien hoofde aantastbaar. Daarnaast moet er rekening mee worden gehouden dat het aanpassen van de documenten niet in alle gevallen even eenvoudig gaat. Het aanpassen van het familieprotocol behoeft goedkeuring van de gehele familie, tenzij het recht tot aanpassing is gedelegeerd aan een afvaardiging, bijvoorbeeld de familieraad. Het aanpassen van huwelijksvoorwaarden kan tijdrovend zijn. De verplichte kenbaarheid van de huwelijksvoorwaarden naar buiten toe kan bovendien een factor van betekenis zijn voor de eigendomsstrategie. Verder geldt in het alge-

meen, dat het aanpassen van aanvullende documenten waarbij rechten aan derden zijn toegekend de instemming behoeft van die derden.

Het bovenstaande overziend, zal bij het ontwerpen van een familieprotocol en het opstellen van de aanvullende documenten interactie tussen de familieleden (of een afvaardiging daarvan), het bestuur en toezichthouders van de onderneming, de familiebedrijfskundige⁴⁵, de fiscalist, de accountant en de notaris onontbeerlijk zijn. De professionals die betrokken worden, moeten over uitgebreide ervaring en een brede kijk op de dynamiek van het familiebedrijf beschikken om het proces tot een goed einde te brengen.

Alleen als het familieprotocol en de aanvullende documenten goed op elkaar zijn afgestemd en juridisch een samenhangend geheel vormen, zal het familieprotocol de beoogde schakelfunctie kunnen vervullen tussen het familiebestuur en het ondernemingsbestuur. In dat geval draagt het familieprotocol bij tot een effectief familiebestuur en ondernemingsbestuur en daarmee van het familieondernemingsbestuur. Binnen het bestuur van het familiebedrijf dienen de ambities, verwachtingen, rechten en verplichtingen van de familie voor het ondernemingsbestuur en de toezichthouders kenbaar te zijn. Zolang dit het geval is en deze factoren ook goed worden afgestemd op de behoeften van het bedrijf, zal dit leiden tot vergroting van de vitaliteit van het familieondernemingsbestuur en daarmee van het familiebedrijf. Als randvoorwaarde geldt, dat de in het familieprotocol opgenomen uitgangspunten tijdig worden herijkt, afhankelijk van de ontwikkelingen binnen de familie, eigendom en het bedrijf.

43. En voorafgaande goedkeuring van de rechter.

44. Afgezien van enkele uitzonderingen als het onderhandse testament, het noodtestament of het codicil.

45. In zijn oratie getiteld 'Familiebedrijfskunde' van 3 mei 2004 introduceerde prof. dr. R.H. Floren (hoogleraar Family Business and Business Transfer aan Nyenrode Business University) de familiebedrijfskunde als een wetenschappelijke en professionele discipline waarmee expliciet rekening wordt gehouden met de bijzondere eigenschappen van het familiebedrijf.