

ARTIKELEN

De rol van goodwill bij de verdeling na echtscheiding van aandelen in praktijkvennootschappen van zelfstandige beroepsbeoefenaren

Mr. M.F. Murray*

1. Inleiding

Zelfstandige beroepsbeoefenaren zoals medici, notarissen, advocaten en accountants plegen veelal hun praktijk uit te oefenen door middel van een praktijkvennootschap. Doorgaans is dat een naamloze of besloten vennootschap en is de keuze voor een dergelijk vehikel ingegeven door het trachten af te wenden van persoonlijke aansprakelijkheid in de uitoefening van het beroep of door fiscale overwegingen, maar meestal een combinatie van beide. Aangezien medici, notarissen en overige zelfstandige beroepsbeoefenaren als mensen van vlees en bloed plegen te huwen, is het welhaast een wet van Meden en Perzen dat enkele van hen ook weer van echt scheiden. Indien het huwelijk, zoals nog steeds het grootste deel van alle huwelijken, dat gesloten wordt, in gemeenschap van goederen is, ontstaat bij de scheiding en deling weleens verschil van inzicht bij de waardering van de aandelen van de praktijkvennootschap. Doorgaans worden de aandelen in een dergelijke praktijkvennootschap – al dan niet door middel van een houdstermaatschappij – formeel door de beroepsbeoefenaar gehouden en geldt deze laatste als de (indirecte) aandeelhouder. Evenzeer formeel vallen echter die aandelen, niettegenstaande een zekere mate van verknochtheid met de persoon van de zelfstandige beroepsbeoefenaar, in de huwelijkse goederengemeenschap van de beide echtelieden en dienen die bij de na echtscheiding volgende scheiding en deling meegenomen te worden. Dit artikel beschrijft perikelen met betrekking tot de *goodwill* bij de scheiding en deling, verder aan te duiden als ‘verdeling’, van de (waarde van) aandelen in een praktijkvennootschap, waarbij vanwege de identieke uitkomst het onderscheid tussen besloten of naamloze vennootschap, verder aan te duiden als ‘vennootschap’, achterwege wordt gelaten. Voorts wordt stilgestaan bij praktijkvennootschappen die in maatschapsverband aan het rechtsverkeer plegen deel te nemen, nu ook die vorm van samenwerking zelfstandige beroepsbeoefenaren, niettegenstaande de toenemende neiging onder advocaten en medici hun samenwerking in de vorm van een vennootschap te gieten, nog immer niet vreemd is.

* Mr. M.F. Murray is advocaat/vennoot bij SMS Attorneys at Law te Curaçao en redactielid van het *Caribisch Juristenblad*.

Mr. M.F. Murray

2. Goodwill

Bij de waardering van aandelen van vennootschappen in het algemeen komt het begrip *goodwill* al gauw om de hoek kijken. Als zodanig is bedoeld begrip lastig te definiëren.¹ In het kader van dit artikel kan in het midden blijven in hoeverre *goodwill* een goed is in de zin van artikel 3:1 BW.² De meest gebruikte omschrijving in de rechtspraak en literatuur definieert *goodwill* als het verschijnsel dat de totale waarde van de onderneming hoger is dan de som van de waarde van de diverse vermogensrechten waaruit zij bestaat. De meerwaarde kan het gevolg zijn van de bijzondere clientèle en relaties, waarover de betrokken onderneming beschikt, maar ook van andere omstandigheden, bijvoorbeeld van de bijzondere eigenschappen van zaken die in het bedrijf worden gebruikt of van personen die in de onderneming werkzaam zijn, ten slotte zelfs het enkele bestaan van de organisatie, die voor het uitoefenen van het bedrijf noodzakelijk is.³ Met andere woorden: de *goodwill* is een gevolg van een aantal feitelijke omstandigheden die de winstcapaciteit van het bedrijf beïnvloeden.⁴

Het voormelde complex feitelikheden heeft een waarde in het economisch verkeer, die de ondernemer te gelde kan maken indien hij zijn activiteit staakt ten behoeve van een ander, derhalve bij gelegenheid van, wat men noemt, 'overdracht' van de onderneming.⁵ Een en ander zou, daar waar gerefereerd wordt aan de overdracht van de onderneming, vergeleken kunnen worden met de situatie die ontstaat bij de verdeling.

De Hoge Raad omschreef de *goodwill* die kleeft aan de praktijk van een orthodontist in het verlengde van het vorenstaande als volgt:

'de tegen betaling overdraagbare winstcapaciteit van een onderneming, voor zover deze een normaal rendement van haar daarin werkzame vermogen en een normale beloning van de arbeid van de onderneming met inachtneming van de daaraan verbonden risico's te boven gaat.'⁶

Het vorenstaande oordeel neemt overigens niet weg dat er geen subjectief recht bestaat op *goodwill*.⁷ Daarmee is echter niet gezegd dat de waarde van *goodwill* niet hoeft te worden meegenomen bij de verdeling. Immers geschiedt de verdeling krachtens redelijkheid en billijkheid tussen de deelgenoten en dient in dat kader rekening gehouden te worden met niet-subjectiefrechtelijke factoren.⁸

1 J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten* (serie Recht en Praktijk, nr. 124), Deventer: Kluwer 2003, p. 190. Vgl.: W. Burgerhart, *Waarde en Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 483 e.v. De Hoge Raad oordeelde dat *goodwill* niet aangemerkt kan worden als een zaak of vermogensrecht in de zin van artikelen 7:1 en 7:47 BW (HR 8 juli 2011, LJN BQ5068).

2 Ontkennend o.a. Asser-Mijnssen-De Haan 3-I, 2006, nr. 4.

3 Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam, 2006, p. 6. Vgl. Van der Steur, a.w., p. 195.

4 Van der Steur, a.w., p. 190-191.

5 M.J.A. van Mourik & L.C.A. Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, Deventer: Kluwer 2006, p. 506.

6 HR 16 december 1998, V-N 2000, p. 839.

7 HR 2 juni 1976, NJ 1977, 384, m.nt. WK.

8 Van Mourik & Verstappen, a.w., p. 506.

De rol van goodwill bij de verdeling na echtscheiding van aandelen in praktijkvennootschappen van zelfstandige beroepsbeoefenaren

Indien echter de *goodwill* in de voormelde zin beschouwd wordt dan kan de waarde welke die in het economisch verkeer heeft uitsluitend verzilverd worden indien de ondernemer als tegenprestatie zijn ondernemingsactiviteiten staakt, met andere woorden: stopt met zijn bedrijfsuitoefening.⁹ Aldus is voor de waardering van eventuele tot een onderneming behorende *goodwill* in het kader van de afwikkeling van een huwelijk, de realiseerbaarheid daarvan doorslaggevend.¹⁰ Van Mourik stelt vervolgens de vraag of 'de redelijkheid en de billijkheid [gebiedt] dat bij de verdeling met die waarde rekening wordt gehouden, zodanig dat bij wege van verrekening daarvan een gedeelte toekomt aan de gewezen echtgenoot van de ondernemer' om die vraag vervolgens stellig te beantwoorden met '[z]eker niet, voorzover die goodwill gegeven is met de persoon van de ondernemer, derhalve is opgebloeid op basis van de kwaliteiten van de ondernemer'.¹¹

In zijn algemeenheid wordt in het verlengde van het vorenstaande ter zake *goodwill* een onderscheid gemaakt tussen *goodwill* verbonden aan een onderneming of *goodwill* verbonden aan een beroep. Langemeijer noemt dit in zijn conclusie bij het zogeheten Damesmodebedrijf-arrest¹² 'belichaamde' en 'onbelichaamde' *goodwill*.

Belichaamde *goodwill* is die vorm van *goodwill* die in direct verband staat met een bepaald object, zoals de ligging van een pand, een merknaam of een handelsnaam. De onbelichaamde *goodwill* is dat niet en blijft in de regel verbonden aan de persoon zelf, zolang het beroep wordt uitgeoefend.¹³ De onbelichaamde *goodwill* wordt ook wel 'persoonlijke *goodwill*' genoemd. Persoonlijke *goodwill* wordt op haar beurt ook wel aangeduid als de winstmogelijkheid van een onderneming of vrij beroep voor zover deze te danken is aan de persoon van de ondernemer of de uitoefenaar van een vrij beroep, niet bij zijn leven overdraagbaar is en bij zijn dood tenietgaat.¹⁴

Ter zake persoonlijke *goodwill* oordeelde het hof in Den Bosch als volgt:

'Bij persoonlijke goodwill leunt de reputatie van een bedrijf geheel en uitsluitend op de bekendheid, capaciteiten en kwaliteiten van de eigenaar, in dit geval de man. Het zal bij de eventuele verkoop van de waarde van het bedrijf uitmaken of de man wel of niet verbonden blijft aan het bedrijf. Blijft hij niet verbonden aan het bedrijf, hetgeen voor de hand ligt, dan zal de zuiver persoonlijke goodwill, die naar zijn aard niet overdraagbaar is, teniet gaan. Naar het oordeel van het Hof wordt de waarde van de eenmanszaak van de man daarom niet positief beïnvloed door de binnen de eenmanszaak opgebouwde goodwill.'¹⁵

Mutatis mutandis geldt hetzelfde ter zake een binnen een vennootschap gedreven onderneming.

9 In gelijke zin: Giele, *EchtscheidingsBulletin* 2008, 37, p. 87.

10 Burgerhart, a.w., p. 280.

11 Van Mourik & Verstappen, a.w., p. 507.

12 HR 9 maart 1951, NJ 1952, 46 (*Damesmodehuis Nolly*).

13 Van der Steur, a.w., p. 192.

14 Asser/De Boer 1*, 2010, nr. 304.

15 RFR 2008, 83, r.o. 4.8.3.

De rol van goodwill bij de verdeling na echtscheiding van aandelen in praktijkvennootschappen van zelfstandige beroepsbeoefenaren

chaamde goodwill wordt bedoeld op de goodwill die onverbrekkelijk is verbonden met de vermogensbestanddelen van de onderneming en die tot uitdrukking komt in de meerwaarde van die vermogensbestanddelen in hun geheel bij voortzetting van de onderneming boven de som van de waarden van de afzonderlijke vermogensbestanddelen. Belichaamde goodwill kan als zelfstandige waarde worden gerealiseerd en voldoet derhalve aan het zojuist genoemde criterium. Het Hof heeft echter, in cassatie onbestreden, vastgesteld dat in dit geval geen sprake is van belichaamde goodwill. Nu ook het oordeel van het Hof dat de waarde van eventueel aanwezige onbelichaamde goodwill bij leven van de man niet kan worden overgedragen aan een opvolger en bij zijn overlijden geen op geld waardeerbare aanspraak oplevert, niet is bestreden, heeft het Hof dan ook met juistheid geoordeeld dat de eventueel aanwezige goodwill geen goed in de zin van art. 3:1 BW vormt en geen voor verdeling of verrekening in aanmerking komend bestanddeel van de huwelijksgoederengemeenschap uitmaakt.'

Ook de in de advocatenmaatschap opgebouwde *goodwill* komt volgens de Hoge Raad niet voor verdeling in aanmerking. Hij overweegt daartoe (in r.o. 3.2.2) als volgt:

'In onderdeel I wordt tegen dit oordeel aangevoerd dat de winstcapaciteit van de maatschap waarin de man [indirect; MFM] deelgenoot is, ten gevolge van de grote naamsbekendheid, de aard van de uitgeoefende praktijk, de omvang van het cliëntenbestand, het feit dat de cliënten "van" het kantoor zijn en niet van de individuele maat, alsmede de kantoororganisatie en het personeelsbestand van de maatschap, groter is dan de winstcapaciteit van de individuele maten tezamen. In de waarde van deze goodwill van de maatschap is de man deelgerechtigd en zijn aandeel in deze goodwill komt in aanmerking voor verdeling althans verrekening bij de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap, aldus het onderdeel. Dit betoog faalt echter: de hier bedoelde omstandigheden brengen niet mee dat een mogelijk daaruit voortvloeiende waarde van het aandeel van de man in de maatschap – voor zover hoger dan de waarde van zijn deelneming in die maatschap zoals begrepen in het in de verdeling betrokken kapitaal van zijn advocatenpraktijk – bij zijn leven of overlijden kan worden gerealiseerd en dat is, zoals hiervoor overwogen, beslissend.'

Volgens de Hoge Raad heeft het hof aldus met juistheid geoordeeld dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid, die de verhouding tussen partijen beheersen, geen aanspraak op de verrekening van de niet te realiseren *goodwill* voortvloeit.²⁰ Met andere woorden: er was geen sprake van *goodwill* die 'als zelfstandige waarde kan worden gerealiseerd',²¹ aangezien vaststond dat de waarde van eventueel aanwezige onbelichaamde *goodwill* van de advocaat bij zijn leven niet kon worden overgedragen aan een opvolger en bij zijn overlijden geen op geld waardeerbare aanspraak opleverde.²²

20 Burgerhart, a.w., p. 265.

21 J.C. van Oven, Preadvies BCN 1953, p. 19, zoals aangehaald in Asser/De Boer, a.w.

22 Asser/De Boer, a.w.

Mr. M.F. Murray

In een *an sich* kritische noot onder het arrest merkt Snijders (onder 9) het volgende op:

‘Het gaat [...] uitsluitend om de waarde die de opbouwer extern kan realiseren. De zuiver persoonlijke goodwill die voortvloeit uit de kwaliteiten van de opbouwer, kan in een waarde voor hem zelf uitgedrukt worden (“*earning capacity value*”), die bijvoorbeeld van belang kan zijn voor zijn kredietwaardigheid, maar dergelijke goodwill valt duidelijk buiten de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap.

Frappant is dat de Hoge Raad in zijn uitspraak van 16 februari 2007²³ ter zake een in een maatschap werkzame kinderarts oordeelde dat zij niet gehouden was tot verdeling van de goodwill nu deze niet voldaan was uit overgespaarde inkomsten, doch ten laste van de brutowinst van de onderneming van de medisch specialiste was gebracht. De man vorderde verdeling van de goodwill op grond van het standpunt dat deze volledig betaald was van de gezamenlijke bankrekening. Aangezien vast kwam te staan dat de goodwill niet betaald was uit het gezamenlijk inkomen van de echtelieden werd de vordering tot verdeling van de goodwill afgewezen. Zulks terwijl dus aan de kernvraag ter zake het bestaan van een aanspraak op verrekening, niettegenstaande het beroep van de vrouw op de afwezigheid daarvan, voorbij werd gegaan. Redengevend zou kunnen zijn het door Raaijmakers gehanteerde onderscheid tussen opgebouwde en gekochte goodwill.²⁴

4. Conclusie

Persoonlijke onbelichaamde goodwill, die gebonden is aan de persoon van de ondernemer en geen (direct) op geld waardeerbare aanspraak oplevert, kan niet in de verdeling worden betrokken. Van belang is dat er op het al dan niet bestaan van (persoonlijke) onbelichaamde goodwill een expliciet beroep wordt gedaan door de meest gereede partij. Bij gebreke daarvan kan de rechter een vordering strekkende tot verdeling dan wel verrekening van de als gevolg van goodwill ontstane overwaarde toewijzen op het moment dat de overwaarde gerealiseerd wordt.²⁵

23 HR 16 februari 2007, LJN AZ2723.

24 M.J.G.C. Raaijmakers, *Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 23.

25 Vgl. Rb. Haarlem 14 juli 2010, LJN BO4541.