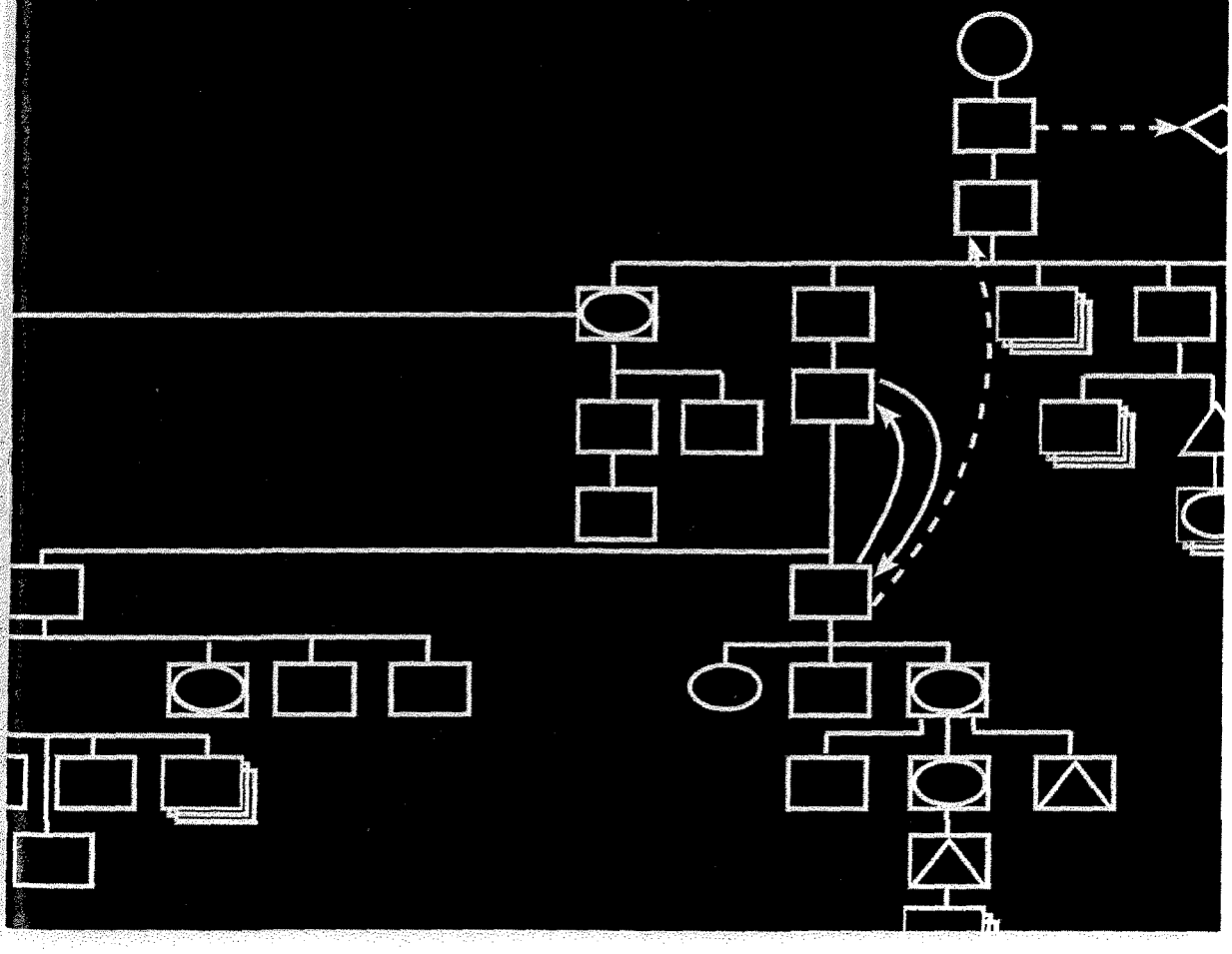
Een nieuwe rechtsvormgeving

Mr. Drs. D.F.M.M. Zaman



Een Nieuwe Rechtsvormgeving

Een Nieuwe Rechtsvormgeving

Enkele gedachten over de modernisering van de infrastructuur van rechtsvormen binnen het ondernemingsrecht

Rede
in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar op de leerstoel 'notarieel ondernemingsrecht' vanwege het Utrecht Universiteitsfonds aan de Universiteit Utrecht op 12 juni 2007
door

Mr. Drs. D.F.M.M. Zaman

Meer informatie over deze en andere uitgaven kunt u verkrijgen bij:
Sdu Klantenservice
Postbus 20014
2500 EA Den Haag
tel.: (070) 378 98 80
fax: (070) 378 97 83

© Sdu Uitgevers bv, 2007

Omslagontwerp: Dirk Epke

ISBN: 978 90 12 12273 3
NUR: 827

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers bv.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

Inhoudsopgave:

1. Een keizerlijk cadeau 7
2. Kwalificatie van rechtsvormen 9
2.1. Kwalificatie van Ambachtsheerlijkheid Cromstrijen 9
2.2. Formele en materiële kenmerken 10
2.3. Sancties 14
2.4. Anatomy of Corporate Law 17
2.5. Fiscale kwalificatie 18
2.6. Rol van de notaris bij kwalificatie 19
3. Rechtsvormen 20
3.1. Nederlandse privaatrechtelijke rechtsvormen 20
3.2. Europeesrechtelijke rechtsvormen in Nederland 23
4. Naar een nieuwe rechtsvormgeving 25
5. Een nieuwe structuur voor rechtsvormen 26
6. Nieuwe rechtsvormen 28
6.1. De Stichting 28
6.1.1. De familiestichting 28
6.1.2. De maatschappelijke onderneming 30
6.1.3. De overheidsstichting 31
6.1.4. De ondernemende stichting 32
6.1.5. De fiduciaire stichting 32
6.2. De Vereniging 33
6.2.1. De Coöperatie en de Onderlinge waarborgmaatschappij 34
6.3. De kapitaalvennootschap 35
6.3.1. De familievennootschap 36
6.3.2. De Beursvennootschap 37
6.3.3. Commanditaire vennootschap op aandelen 37
6.3.4. Conclusie 38
6.4. Personenvennootschappen 38
6.5. Nieuwe juridische infrastructuur 41
7. Een plan van aanpak 42
8. Afsluitende conclusie 43
9. Slotwoord 43
10. Dankwoord 44

Mijnheer de Rector Magnificus,
Leden van het bestuur van het Utrechts Universiteitsfonds,
Dames en Heren Hoogleraren, Leden van het Molengraaff Instituut,
Dames en Heren studenten,
Familie, Vrienden en overige zeer gewaardeerde
toehoorders,

1. Een keizerlijk cadeau

Op 16 juli 1492 – het jaar waarin Columbus als eerste dacht Amerika te hebben ontdekt[1] en een tijd van zware regenval, misoogsten, honger en muizenplagen – vond in Mechelen, toentertijd een van de regeringscentra van de Bourgondisch-Habsburgse landsheren een belangrijke gebeurtenis plaats.[2] Aartshertog Maximiliaan I van Oostenrijk uit het Huis Habsburg, als Rooms-Koning de hoogste wereldlijke gezagsdrager van en binnen het Heilige Roomse Rijk, verleende op dat moment, namens zijn veertienjarige zoon Philips, later bekend als Philips de Schone, in diens hoedanigheid van Graaf van Holland en Heer van Strijen, een bijzondere gunst aan Mr. Gerard Numan, zijn trouwe secretaris. Het vorstelijk gunstbetoon bestond er allereerst uit dat Mr. Numan in eeuwigdurende erfpacht grote stukken buitendijkse landen, zoals gorzen, slikken en rietbroeken verkreeg langs de kust van het – toen al bedijkte – Land van Strijen. Aan het erfpachtrecht was ook verbonden het recht van aanwas, indijking en inpoldering en tevens dat van vis- en vogelvangst, mits – jaarlijks op Kerstavond – een erfpachtcijns van 42 ponden en 7 schellingen werd betaald. Tevens werd hij 10 jaar lang vrijgesteld van belastingbetaling. Maar dat was nog niet alles. Gerard Numan verkreeg voor zich, en zijn erfgenamen en rechtsopvolgers onder bijzondere titel, de middelbare en lage heerlijkheid, geheten 'Ambachtsheerlijkheid' over de genoemde gorzen, slikken en dergelijke, met alle ambachtsgevolgen, zoals bijvoorbeeld het maal- en molenrecht en het recht een jaarlijkse grondbelasting te heffen. Verder kreeg hij het recht een dijkgraaf, heemraden, een schout en een college van schepenen aan te stellen. Kortom, Mr. Numan werd door middel van de Ambachtsheerlijkheid Cromstrijen met overheidsgezag bekleed. Hij mocht rechtsmacht uitoefenen over de plaatselijke bevolking, die er overigens in 1492 nog niet was. Mr. Numan mocht zich Ambachtsheer noemen.

In december 1492 verkocht 'Sir Gerard' een kwart van zijn erfpachtrecht cum annexis aan Thomas Beuckelaar. Daarna zette zich het proces van deling, verkoop en vererving snel voort. In 1615 bedroeg het aantal 'ambachtsheren' al 38. In 1642 werd het aantal ambachtsporties – aandelen zou men tegenwoordig zeggen – om redenen van vereenvoudiging gefixeerd op 1026. De houders van de ambachtsporties werkten als gezamenlijke

---

1 The Year China discovered the World, Gavin Menzies, Bantam Press, London.
2 O. Moorman van Kappen, Het Rechtshistorisch karakter van de Ambachtsheerlijkheid Cromstrijen, Een terugblik na vijfhonderd jaar, Utrecht, 1992.

participanten in het totale complex van rechten op technisch en financieel gebied samen ter zake van hun grootscheepse bedijkings- en inpolderingactiviteiten. Tijdens de jaarlijkse vergaderingen van de ambachtsheren werden – eerst bij unanimiteit en later bij meerderheid van stemmen – besluiten genomen over indijking- en inpoldering, de goedkeuring van de jaarrekening en de winstverdeling. Namens de gezamenlijke Ambachtsheren oefende een uit hun midden verkozen College van Gecommitteerden toezicht uit op de Rentmeester, die het dagelijkse beheer over de Ambachtsheerlijkheid voerde. Volgens de – destijds nog ongeschreven – Regelen van de Ambachtsheerlijkheid werden de ambachtsporties, die betrekking hadden op zowel onroerende zaken als roerende zaken, zoals landbouwwerktuigen ingeschreven in het kadaster en later – naar ik aanneem vanaf 1956 – bovendien alleen nog overgedragen bij notariële akte.
De aan het overheidsgezag verbonden heerlijke rechten konden niet worden verdeeld onder de belanghebbenden. In eerste instantie vererfde de titel van Ambachtsheer, later werd die gekozen door de participanten. Tijdens de Bataafse Republiek werden de ambachtsheerlijke rechten afgeschaft en, na een korte herleving vanaf 1814, werden de overheidsgezag implicerende heerlijke rechten bij de Grondwetsherziening van 1848 definitief opgeheven. De Ambachtsheerlijkheid Cromstrijen bestaat thans – 2007 – nog steeds. Na 515 jaar is er opnieuw één Ambachtsheer, die vrijwel alle ambachtsporties bezit. Deze heet nu echter Fortis (!), een van de grootste grondeigenaren in Nederland.

Voordat u nu denkt, dat mijn leerstoel bij deze faculteit recent is gewijzigd in oudvaderlands recht, kom ik tot de vraag hoe men nu naar huidig recht de bestaande Ambachtsheerlijkheid Cromstrijen juridisch zou moeten kwalificeren. Welke rechtsvorm heeft zij? Is zij publiekrechtelijk of privaatrechtelijk van aard? Is zij alleen rechtssubject of heeft zij ook rechtspersoonlijkheid? Is zij misschien een hybride rechtsvorm? Of is zij qua structuur en inrichting zo afwijkend van de in de wet genoemde rechtsvormen, dat zij als een, mogelijk oud-vaderlandse, rechtspersoon van eigen aard moet worden beschouwd? Is de rechtsfiguur contractueel van karakter of institutioneel? Wat belichamen de ambachtsporties? En hoe draagt men op rechtsgeldige wijze de ambachtsporties over, waartoe de onroerende goederen behoren, indien er geen sprake zou zijn van rechtspersoonlijkheid?
Van verleden naar heden. Mijn doel is u vandaag mee te nemen naar de rechtsvormen die wij in ons huidige ondernemingsrecht kennen. Hoe gaan wij daarmee om? Voldoen deze aan de eisen van deze tijd, zowel nationaal als internationaal? Waar liggen de grenzen van onze rechtsvormen? Zijn zij voldoende herkenbaar? Hoe kan de juridische infrastructuur ten aanzien van deze rechtsvormen binnen het ondernemingsrecht worden verbeterd? Wat zijn de gevolgen van oneigenlijk gebruik? Wat is de rol van de notaris daarbij? Welke rechtsvormen missen wij? En hoe zouden wij in deze tijd van 'The World is Flat' kunnen komen tot een betere vormgeving, waarmede Nederland, ook vanuit economisch en fiscaal perspectief, internationaal voor

de dag kan komen. Kortom, wordt het, nu het BV-recht en het personenvennootschapsrecht toch al grondig worden gewijzigd, geen tijd om te komen tot een innovatievere, een nieuwere rechtsvormgeving? Een onderwerp van een geheel andere orde dan de recente discussie over Stork en ABN-AMRO, maar daarmede voor het ondernemingsrecht niet minder relevant, nu er in Nederland, exclusief beleggingsfondsen, amper 155 beursvennootschappen zijn en meer dan 1 miljoen andere vennootschappen en rechtspersonen.

2. Kwalificatie van rechtsvormen

2.1. Kwalificatie van Ambachtsheerlijkheid Cromstrijen

De juridische kwalificatie van de Ambachtsheerlijkheid Cromstrijen is in 1944 gedaan, en wel door de Rechtbank in Breda.[3] De Rechtbank kwam tot de conclusie dat, nu het overheidsgezag bij de Grondwetsherziening van 1848 was afgeschaft, er sprake was van een maatschap, een rechtsfiguur die 'ook reeds onder vigeur van het Oud-Hollandsch recht bekend was, en volgens dit recht, gelijk heden ten dage, mondeling en zelfs stilzwijgend tot stand kon komen'. Aan de kenmerken van de maatschap was immers voldaan, namelijk een overeenkomst van samenwerking waarbij de Ambachtsheren het onverdeelde aandeel in de goederen in een gemeenschap hadden ingebracht teneinde daarmede een gemeenschappelijk voordeel te behalen en aldus te verdelen. Tijdens de meeste jaren van de lange geschiedenis van de Ambachtsheerlijkheid werd inderdaad ook winst uitgekeerd. De Rechtbank Breda ging zelfs nog een stapje verder.
Nu de maatschap een bedrijf uitoefende onder de gemeenschappelijke naam: 'Ambachtsheerlijkheid Cromstrijen', was zij te kwalificeren als vennootschap onder firma in de zin van Artikel 16-35 van het Wetboek van Koophandel. Ook na invoering van Titel 7.13 BW – naar verwachting per 1 januari 2008 – voldoet de Ambachtsheerlijkheid niet alleen aan de kenmerken van de vennootschap,[4] maar tevens aan die van de Openbare Vennootschap (OV), nu er sprake is van een bedrijf dat op een voor derden duidelijk kenbare wijze onder een door haar als zodanig gevoerde naam naar buiten treedt (artikel 7:801 lid 1 BW). Naar komend recht zijn de belangrijkste rechtsgevolgen van deze kwalificatie dat de vennoten – de Ambachtsheren – hoofdelijk verbonden zijn voor de verplichtingen van de vennootschap en dat de vennootschap inschrijvingsplichtig is in het Handelsregister. Moorman van Kappen gaat in zijn rechtshistorisch onderzoek uit 1992[5] naar het karakter van de Ambachtsheerlijkheid nog een stapje verder. Hij komt tot de conclusie dat er sprake zou zijn van een maatschap op aandelen. Op deze rechtsfiguur en de vraag of deze ook naar huidig en toekomstig recht mogelijk is, kom ik hierna terug.

---

3 Rb Breda, 4 januari 1944, NJ 1944/45, nr. 721.
4 Vgl. artikel 7:800 lid 1 BW.
5 O. Moorman van Kappen, Het Rechtshistorisch karakter van de Ambachtsheerlijkheid Cromstrijen, Een terugblik na vijfhonderd jaar, Utrecht, 1992.

2.2. Formele en materiële kenmerken

Bij kwalificatie van privaatrechtelijke rechtsvormen maakt men onderscheid tussen formele en materiële kenmerken.[6] De formele kenmerken zijn de formele oprichtingsvereisten. Een belangrijk formeel kenmerk om een aantal rechtsvormen te doen ontstaan is vastlegging in een notariële akte ter oprichting van de in de akte aangegeven rechtsvorm. Voldoende is overigens een door een notaris ondertekende akte. Het ontbreken van authenticiteit aan deze akte, bijvoorbeeld de notaris was even vergeten dat hij een waarnemer had aangewezen, is, behalve bij een testamentaire stichting, geen hinderpaal om toch rechtspersoonlijkheid te krijgen.[7] De notariële akte is vereist bij vrijwel alle rechtsvormen waarbij een rechtspersoon wordt gecreëerd, namelijk de stichting, de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij, de NV en de BV. Dit geldt ook voor de Europese vennootschap en de Europese Coöperatieve vennootschap.[8] Onder Titel 7.13 BW geldt dit formele vereiste ook voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid door een openbare vennootschap.[9] In de statuten van deze rechtsvormen dient in de meeste gevallen bovendien als minimum een aantal bepalingen te zijn opgenomen, zoals bijvoorbeeld bij de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid (OVR) onder meer de naam, het doel, de zetel, de wijze van vertegenwoordiging en een winst- en verliesregeling.[10] Voor verenigingen en de daarvan afgeleide coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij geldt dat zij alleen bij meerzijdige rechtshandeling kunnen worden opgericht. Andere formele vereisten zijn de verlening van een verklaring van geen bezwaar door het Ministerie van Justitie voor de NV en BV en – voor wat betreft de verkrijging van rechtpersoonlijkheid door de europeesrechtelijke rechtsvormen (de SE, de ECV en het EESV) – de inschrijving in het Handelsregister.[11] In enkele gevallen is schriftelijke vastlegging van de statuten voldoende, zoals bij de vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid en het EESV. In het kader van deze oratie laat ik de overige privaatrechtelijke rechtsvormen naar Nederlands recht te weten de eenmanszaak, de rederij en de vereniging van appartementseigenaars gemakshalve buiten beschouwing.

Naast de formele kenmerken kennen wij de materiële kenmerken.[12] De materiële kenmerken zijn bedoeld om de rechtsvormen van elkaar te onderscheiden, om ze van elkaar af te bakenen.[13] Zij hebben doorgaans

---

6 Zie Asser-Maeijer, 2-II, nr. 31 en L. Timmerman, Zijn de materiële kenmerken verdwenen?, WPNR 6030 (1991), p. 877-879.

7 Vgl. art. 2:4 lid 1 BW.

8 Het EESV kan in Nederland bij onderhandse akte worden opgericht.

9 Art. 7:802 lid 1 BW.

10 Art. 7:802 lid 3 BW.

11 Zie bijv. art. 16 lid 1 SE-Verordening.

12 Zie o.a. C.E. Polak, Materiële kenmerken van de rechtspersoon: maatpak of dwangbuis?, WPNR 5338 en L. Timmerman (1991).

13 Het systeem van materiële kenmerken werd voor het eerst zeer duidelijk geïntroduceerd in de Wet op Stichtingen uit 1956, Stb. 327.

betrekking op de door de wetgever voorgeschreven interne structuur – de organisatie – of het krachtens de wet toegemeten terrein van werkzaamheden (de doelstelling en het werkterrein). Met de materiële kenmerken beoogt de wetgever de wettelijke omschrijving van een bepaalde rechtsvorm vast te leggen. Het gaat dan in feite om het DNA van de rechtsvorm,de wezenskenmerken, de karaktertrekken die de identiteit bepalen. Een vereniging heeft leden, hoewel zij niet van rechtswege ontbonden wordt als er nog maar 1 lid over is.[14] Een stichting mag echter juist geen leden hebben. Bovendien moet zij volgens de wet[15] haar statutaire doel verwezenlijken met behulp van een daartoe bestemd vermogen. Een coöperatie voorziet, als bijzondere vorm van de vereniging, in de 'stoffelijke behoeften' – de economische belangen – van haar leden krachtens overeenkomsten die zij met haar leden afsluit. Voor een onderlinge waarborgmaatschappij geldt dat zij – als bijzondere vorm van de vereniging – met haar leden verzekeringsovereenkomsten afsluit. Een NV heeft een in overdraagbare aandelen verdeeld kapitaal. Bij de BV zijn – naar huidig recht – de aandelen juist niet vrij overdraagbaar.[16] Let wel, het gaat bij de materiële kenmerken niet alleen om de statutaire inrichting van een rechtsvorm, maar ook om zijn feitelijk functioneren. De regeling beoogt ook het geval te omvatten dat men later in een verkeerd hokje is terecht gekomen, terwijl bij de oprichting alles in orde was, bijvoorbeeld een vereniging die in feite geen functionerende leden of ledenvergadering meer heeft.[17]

Ook de personenvennootschap kent naar (huidig en) nieuw recht een aantal materiële kenmerken. Het doel van de in de definitie van het begrip vennootschap (artikel 7:800 BW) opgenomen kenmerken is de vennootschap als rechtsfiguur af te bakenen van andere rechtsfiguren, zoals de informele vereniging, de arbeidsovereenkomst en de geldleningsovereenkomst. De test of in geval van een contractuele samenwerkingsafspraak aan de wettelijke voorwaarden wordt voldaan, kan er toe leiden dat er sprake is van een andere rechtsfiguur dan de vennootschap of zelfs van een onbenoemd contract, een contract sui generis. Ook hier wordt weer alleen een samenwerking van een bepaalde aard of structuur onder het begrip vennootschap gebracht met de daaraan door de wet verbonden gevolgen. Deze kwalificatie is in de praktijk vaak erg lastig.[18]

---

14 Vgl. art. 2:19 lid 1 sub d BW; zie echter ook art. 2:21 lid 1 sub c BW.

15 Vgl. art. 285 lid 1 BW.

16 Dit wordt anders onder de flexibilisering van het BV-recht.

17 Zie Maeijer, WPNR 5649, p. 246 en de aldaar aangehaalde literatuur.

18 Zie voor een kritische beschouwing van de materiële kenmerken, J.M. Blanco Fernández, De materiële kenmerken van de vennootschap in het wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 BW, Ondernemingsrecht 2005-5, pag. 153-157. Blanco Fernández pleit voor een ruimere definitie waardoor er een grotere diversiteit aan vennootschapsvormen ontstaat, in navolging van paragraaf 705 BGB, met als op de koop toe te nemen gevolg dat er eerder afbakeningsmoeilijkheden zullen ontstaan.

Zoals gezegd, beogen de materiële kenmerken het wezen, de identiteit, van een rechtsvorm aan te geven. De wetgever heeft dit echter met zeer grove penseelstreken gedaan. Bovendien zijn in de loop der tijd de verschillen gaan vervagen. Het maatpak, waarmee Meijers, blijkens de Toelichting op het eerste ontwerp voor Boek 2 BW[19] een eind wilde maken aan de situatie dat gelijkgeaarde organisaties in allerlei gedaantes konden optreden, zowel als NV, vereniging of coöperatie, maar ook als stichting, is inmiddels een confectiepak geworden. Een vereniging met leden en een bepaalde doelstelling kleedt zich net zo gemakkelijk in als stichting met deelnemers. Een stichting kan optreden als holding, maar evenzo kan deze activiteit zijn ondergebracht in een NV, BV of coöperatie. Nederlandse advocaten of andere vrije beroepsbeoefenaren kunnen zich organiseren in een openbare maatschap of een CV, maar ook in een coöperatie, een NV, BV of zelfs in de vorm van een buitenlandse rechtsvorm als een Limited Liability Partnership. In de loop der tijd is verdere verwatering opgetreden. Voor stichtingen en verenigingen geldt dit wel zeer sterk. Er is in wezen geen werkterrein, al dan niet ondernemingsgericht, waar de stichting of de vereniging niet werkzaam in zou kunnen zijn. De eigen identiteit van de rechtsvorm is er vrijwel niet meer. Historisch heeft de wetgever hier altijd al mee geworsteld.[20] In het bijzonder gold dit het onderscheid tussen de (informele) vereniging en de maatschap/vennootschap. De wezenskenmerken zijn bovendien praktisch verdwenen, omdat er geen handhaving is tot nakoming daarvan. Veel stichtingen gedragen zich als samenwerkingsvorm met belanghebbenden of deelnemers die vergelijkbare rechten hebben aan die van leden bij een vereniging. De stichtingsvorm wordt toegepast voor peuterspeelzaal Pinkeltje, voor musea of voor andere charitatieve, sociale of culturele doelen, voor wonen, zorg en onderwijs, maar ook voor een onderneming, een groot pensioenfonds, werknemersparticipatie, een overheidsactiviteit, voor certificering van aandelen en als beschermingsconstructie. Kortom, het toepassingsgebied is vrijwel oneindig. De stichting is natuurlijk ook om andere redenen een snel te kiezen rechtsvorm. Één oprichter is voldoende, de oprichters zijn niet aansprakelijk voor de verplichtingen van de stichting, er is geen kapitaalseis, geen of een slechts beperkte (zie 6.1.4) publicatieplicht of controle voor de jaarrekening en ook geen preventief overheidstoezicht wat betreft de antecedenten van de oprichters en bestuurders. Misbruik, al mag dat niet worden verondersteld, lijkt wel erg eenvoudig. De vraag is verder wat de gevolgen zijn indien een stichting in strijd met de wet wel leden heeft of indien een vereniging of coöperatie aandelen uitgeeft mocht daar behoefte aan bestaan? Of een coöperatie die zich alleen bezighoudt met houdster- en financieringsactiviteiten en in belangrijke mate overeenkomsten sluit met niet-leden dan wel met het – al direct na oprichting – enig overgebleven lid en daarmede in feite onderdeel uitmaakt van een concern?

---

19 C.J. van Zeben, Parlementaire Geschiedenis van het NBW Boek 2, p. 223.

20 Zie Asser-Maeijer, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, 2-II, nr. 184 e.v.

Nog een voorbeeld. Een vijftal Utrechtse studievrienden besluit een beleggingsclubje op te richten onder de naam: 'Het Rad van Fortuin'. Zij brengen daartoe ieder € 1000 in en zetten deze op naam van Het Rad van Fortuin op een beleggingsrekening van de bank. Een van de vrienden treedt op als beheerder. De winst wordt herbelegd. Het gaat enkele jaren zo goed dat zij besluiten van de helft van de winst een mooie reis te maken. Met een deel gaan zij in opties. Daarna gaat het helemaal mis, er ontstaat een groot verlies en de vraag is wie van de raddraaiers hiervoor aansprakelijk is. Hoe zouden we de samenwerkingsvorm nu moeten kwalificeren? Als vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid, die weliswaar in strijd met de wet[21] winst – in natura – heeft uitgekeerd onder haar leden, maar zonder dat dit leidt tot aansprakelijkheid van de leden? Als een maatschap of een vennootschap onder firma, in de toekomst een openbare vennootschap genaamd, met als gevolg gelijke of zelfs hoofdelijke aansprakelijkheid van de deelnemers/vennoten? Beleggingsactiviteiten zijn immers ook toegestaan voor een vennootschap en er wordt naar buiten opgetreden onder een gemeenschappelijke naam. Denkbaar is ook dat er sprake is van een andere contractuele samenwerking in de vorm van een beleggingsfonds of een fonds voor gemene rekening met een beheerder (en eventueel een bewaarder). In het verleden kende de wet een regeling voor dergelijke fondsen,[22] maar deze is in 1934 afgeschaft. Volgens de wetgever zou een dergelijk fonds als maatschap/vennootschap moeten worden gekwalificeerd, indien de deelnemers onderling een samenwerkingafspraak hebben gesloten.[23] De Rechtbank Almelo meende recent dat daarvoor niet vereist is dat de participanten zich rechtstreeks tot elkaar richten.[24] Of zou er in casu sprake zijn van een "onbenoemde" samenwerkingsovereenkomst?
Het zal duidelijk zijn dat de optimale rechtsvorm voor de vrienden zou voorzien in zowel de mogelijkheid van uitkering als een beperking van aansprakelijkheid. Aan deze voorwaarden wordt echter alleen voldaan bij de NV/BV of de coöperatie, maar de laatstgenoemde kent weer andere aanvullende eisen.

Voor sommige activiteiten, bijvoorbeeld die van een bank of verzekeraar, is de keuze van de rechtsvorm beperkt tot die van NV of SE of OWM. Ook voor religieuze activiteiten lijkt zo op het oog weinig ruimte anders dan die in een kerkgenootschap,[25] al heeft de Satan's kerk, ooit een pittige nachtclubgelegenheid op de wallen in Amsterdam, zich, teneinde onder bepaalde fiscale vrijstellingen te kunnen vallen, wel van deze rechtsvorm bediend.

---

21 Art. 2:26 lid 3 BW.
22 Artikelen 57-58 WvK.
23 Zie Kamerstukken II, 28 746, nr. 5, p. 9.
24 Rb. Almelo 28 december 2005, JOR 2006/92, AU9917, met noot Blanco Fernández.
25 Al komen de stichting en verenigingsvorm hier ook voor.

2.3. Sancties

1. Wat zijn nu de sancties bij overtreding van de formele en materiële kenmerken? Het niet voldoen aan de formele kenmerken voor oprichting leidt tot nietigheid. De beoogde rechtspersoon komt niet tot stand. Een BV ontstaat niet als er geen door een notaris ondertekende akte is of indien er geen verklaring van geen bezwaar is verleend door het Ministerie van Justitie. In de praktijk komen dergelijke 'dolende ridders' voor. Een stichting of BV in oprichting wil in het handels- en rechtsverkeer nog wel eens – al dan niet bewust – vergeten de letters 'i.o.' toe te voegen. Denkbaar is ook dat de geldigheidstermijn voor de verklaring van geen bezwaar van drie maanden is verlopen en de BV toch wordt opgericht. In de notariële praktijk is het ook wel eens voorgekomen dat een door de Decemberdrukte enigszins gestresste kandidaat-notaris zelf wat BV-nummers had bedacht van niet-afgegeven verklaringen van geen bezwaar, met alle gevolgen van dien. De wet kent voor die gevallen een regeling voor de vereffening van vermogen dat is gevormd door een niet bestaande pseudo-rechtspersoon.[26] Met toestemming van de rechter kan zelfs alsnog een rechtspersoon worden opgericht, waarin het vermogen van de nietige rechtspersoon wordt ingebracht. De nietigheidsgronden zijn door de wetgever echter bewust zeer beperkt gehouden. Stel dat er bijvoorbeeld ten aanzien van een oprichter sprake was van dwaling of bedrog (of een ander wilsgebrek) dan heeft de vernietiging van de oprichtingshandeling toch geen invloed op het ontstaan van de rechtspersoon. De oprichtingshandeling is immers abstract. Ook andere eventuele formele gebreken in de totstandkoming van een rechtspersoon leiden slechts tot de mogelijkheid van ontbinding door de rechter.[27]
Voor de binnenkort in te voeren OVR, de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid, zal een iets ander wettelijk systeem gelden. Voor oprichting van een OVR is een notariële akte vereist.[28] Een door de notaris ondertekende akte volstaat, anders dan bij de in Boek 2 geregelde rechtspersonen, echter niet. In de akte moet ten minste worden opgenomen de naam, doelstelling en zetel, maar ook regelingen omtrent de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de vennoten, winst- en verliesdeling, het boekjaar, alsmede uittreding, opvolging, toetreding en ontbinding.[29] Is aan deze constitutieve voorschriften niet voldaan, dan ontstaat de rechtspersoon niet, maar wel een openbare vennootschap.[30] Mohr heeft op dit standpunt van de wetgever kritiek uitgeoefend.[31] Ik deel die kritiek niet. Het uitgangspunt en het doel van de vennoten is immers dat er sprake is van een openbare vennootschap, omdat anders de optie van rechtspersoonlijkheid sowieso niet in aanmerking komt.[32] Indien dan aan

---

26 Art. 2:4 BW.
27 Vgl. art. 2:21 lid sub a BW.
28 Art. 7:802 lid 1 BW.
29 Art. 7:802 lid 3 BW.
30 Vgl. 28 746, Kamerstukken II, Memorie van Toelichting, p.10.
31 Preadvies van de Vereeniging Handelsrecht 2003, Personenvennootschappen, p. 29
32 Zie art. 7:802 lid 1 BW.

bepaalde voorschriften om rechtspersoonlijkheid te verkrijgen niet wordt voldaan, blijft in mijn visie de status quo gehandhaafd van een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid. Dit kun je niet afdoen, zoals Mohr met: 'Die is er nooit geweest en het was ook niet de bedoeling van partijen dat die er komen zou'.[33]

2. Wat zijn nu de sancties voor de in Boek 2 BW geregelde rechtpersonen bij het niet voldoen aan de materiële wettelijke vereisten? De wetgever heeft in deze gevallen de sanctie van nietigheid met de daaraan verbonden rechtsonzekerheid als te bezwaarlijk beschouwd.[34] Het niet voldoen aan de wettelijke omschrijving leidt dan ook alleen tot een oprichtingsgebrek, met als sanctie de mogelijkheid van ontbinding door de rechter op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie (artikel 2:21 lid 1 sub c BW). Het OM stelt zich echter daarbij zeer terughoudend op en zal vrijwel nooit een zelfstandig onderzoek instellen of er gebreken aan de oprichting kleven. Er is immers geen openbaar belang mee gemoeid. Van een openbaar belang is alleen sprake in zeer bijzondere gevallen bijvoorbeeld wanneer de werkzaamheden of het doel in strijd zijn met de openbare orde, zoals bij de – tot nu toe gestrande – pogingen van het OM om tot ontbinding over te gaan van de Hells Angels.[35] De rechter moet, indien er een verzoek wordt ingesteld, tot ontbinding overgaan, maar hij spreekt deze niet zonder meer uit. Hij biedt de rechtspersoon eerst de gelegenheid tot statutenwijziging of tot omzetting in een andere rechtsvorm, die wel aan de wettelijke voorschriften voldoet. In de praktijk wordt zelden gebruik gemaakt van de mogelijkheid tot ingrijpen door de rechter. Uit de jaren vijftig is bekend het arrest over de Amsterdamse taxistichting (ja, ook toen schreven de Amsterdamse taxichauffeurs al jurisprudentie!), welke onder het toen geldende ongeschreven stichtingenrecht wegens strijd met materiële kenmerken – namelijk het hebben van leden – als nietig werd gekwalificeerd, en vervolgens aangemerkt als een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid.[36] Wel maken organisaties soms zelf gebruik van de mogelijkheid tot omzetting. Een rechtspersoon die niet aan haar materiële kenmerken voldoet of haar gedaante wenst te wijzigen kan immers ook zichzelf omzetten in een andere rechtsvorm met behoud van haar identiteit als rechtspersoon.[37] Zo zijn bijvoorbeeld binnen de universitaire wereld vele stichtingen voor PAO-onderwijs omgezet in BV's. Omzetting gaat, anders dan bij ontbinding, juridische fusie of splitsing niet gepaard met enige vermogensovergang. De omzettingsregeling is met waarborgen omkleed, zoals – ter bescherming van de minderheid die tegen de omzetting is – een zware gekwalificeerde meerderheid van 9/10^{e} van de stemmen en, voor

---

33 Tap, p. 29.

34 Zie Wet op Stichtingen en Tekst en Commentaar daarop van J.M. Polak, Vermande, 1956.

35 Zie de Beschikkingen van de Rb. Leeuwarden van 6 maart 2007, LJN: AZ9940 en Rb. Amsterdam van 11 april 2007, LJN: BA2761.

36 Zie Hof Amsterdam, 20 maart 1953, NJ 1953,317 en Maeijer, Omzetting van rechtspersonen, WPNR 5649, p. 245 e.v.

37 Vgl. art. 2:18 lid 8 BW.

bepaalde gevallen, machtiging van de rechter (de omzetting van of in een stichting en van een NV of BV in een vereniging). Zonder een diepgaand rechtsvergelijkend onderzoek te hebben gedaan naar sancties in andere landen bij misbruik of oneigenlijk gebruik van rechtsvormen, viel mij op dat in Duitsland een 'Rechtsformmissbrauch' in beginsel leidt tot een aanzienlijk zwaardere sanctie dan in Nederland, namelijk doorbraak van de beperking van aansprakelijkheid.[38]
Het beperkte belang van de materiële wezenskenmerken is toegejuicht in de literatuur.[39] De mogelijkheid van omzetting, de terme de grâce en de zelden toegepaste ontbinding door de rechter worden als afdoende beschouwd. Ik ben het hier vanuit het oogpunt van rechtszekerheid grondig mee eens. Zoals gezegd is er in de praktijk een vrijwel onbeperkte keuzevrijheid van rechtsvormen. De risico's van gebruikmaking van een rechtsvorm voor een werkterrein waar zij niet voor is bedoeld lijken op het eerste gezicht verwaarloosbaar. Totdat zij ontbonden wordt – en de kans daarop is vrijwel uit te sluiten – bestaat zij immers en kan zij optreden in de maatschappij alsof er niets aan de hand is. Als rechtspersoon kan zij contracten sluiten, goederen verkrijgen en vervreemden, zekerheid stellen en zelfs winst uitkeren, ook al zou dat niet geoorloofd zijn.[40] Een andere vraag is echter wat de eventuele gevolgen van de identiteitsvervaging in internationaal verband zouden kunnen zijn. Ook in fiscaal verband spelen – nationaal en internationaal (denk aan Belastingverdragen) – kwalificatieaspecten een belangrijke rol. Het maakt immers nogal wat uit of een vennootschap wel of niet als fiscaal transparant beschouwd wordt. Ten slotte is in dit kader van belang hoe de positie is van de instrumenterende notaris.

3. De hiervoor gesignaleerde tendens naar verdere vervaging van de identiteit van de Nederlandse rechtsvormen zal worden versterkt bij de flexibilisering van het BV-recht. De wetgever wenst hiermede immers ook vorm te geven aan de behoefte aan inrichtingsvrijheid van ondernemingen. Waar de BV nu nog een rechtsvorm is die vrijwel niet afwijkt van de NV, ontstaat een duidelijk andere, niet meer voornamelijk op Europees recht (als bedoeld voor de NV) gebaseerde, rechtsvorm. Zonder de immers tot nu toe verplichte blokkeringsregeling[41] vervalt het besloten, en daarmede persoonsgebonden karakter van de BV. Het dwingendrechtelijk voorgeschreven vereiste van aandelen op naam doet daar niet aan af. Zelfs een beursgenoteerde NV kan immers thans alleen aandelen op naam hebben, mits die gehouden worden door toepassing van de Wet giraal effectenverkeer (bijv via Euroclear). Indien het minimumkapitaal wordt afgeschaft, en een BV dus kan bestaan met 2 aandelen van zeg € 0,01, kan

---

38 Zie voor een recent artikel hierover naar aanleiding van de Kolpingwerk-zaak, Karsten Schmidt, Wirtschaftliche Betätigung und Idealverein: Rechtsfolgen einer Überschreitung des 'Non-Profi'-Privilegs, ZIP, Heft 13,30 maart 2007, p. 605 e.v.

39 Zie Timmerman (1991), p. 879 en F.K.Buijn, De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht, Preadviezen van de Nederlandse Juristenvereniging 2000, p. 240-241.

40 Al zou je misschien kunnen verdedigen dat er in het laatstbedoelde geval sprake is van onverschuldigde betaling.

41 Art. 2:195 BW.

men zich daarnaast afvragen of er nog wel voldaan wordt aan het criterium van het hebben van 'een in aandelen verdeeld kapitaal'.

2.4. Anatomy of Corporate Law

Een kort intermezzo. Hoe kijkt men nu in internationaal verband aan tegen de wezenskenmerken van verschillende rechtsvormen? Ik beperk mij gemakshalve tot de kapitaalvennootschapsvormen. Het 'onder Professoren' graag geciteerde boek over dit onderwerp: The Anatomy of Corporate Law[42] gaat voor de "business corporation" uit van een vijftal kenmerkende gemeenschappelijke criteria, die gelden in een groot aantal jurisdicties. Deze vijf kenmerken onderscheiden de kapitaalvennootschapsvormen van de personenvennootschapsvormen (de partnerships) en andere rechtsvormen. De vijf basiscriteria zijn:

1. Legal Personality, dat, ook al heeft het begrip niet overal exact dezelfde betekenis, toch het beste vertaald kan worden met 'rechtspersoonlijkheid'.
2. Limited Liability, ofwel de aansprakelijkheid van de aandeelhouders/rechthebbenden of bestuurders is beperkt tot het vermogen van de vennootschap zelf en strekt zich niet uit tot hun privé vermogen.
3. Transferable shares, dat wil zeggen de aandelen dienen overdraagbaar te zijn zonder dat als gevolg daarvan de vennootschap eindigt.
4. Centralized management under a board structure. Het door of namens de aandeelhouders benoemde bestuur van de vennootschap heeft een zekere autonome bevoegdheid en is formeel gescheiden van de aandeelhouders.
5. Investor ownership. Vrij vertaald: het recht van de aandeelhouder op een zekere zeggenschap (control) en op winstuitkeringen.

In de meeste landen zijn er een of meer rechtsvormen te vinden die aan alle of de meeste van bovenbedoelde criteria voldoen, ook al behoeven ze niet allemaal dwingendrechtelijk van aard te zijn. In Nederland vallen de NV en BV (ook na flexibilisering) hieronder. Veelal zijn er daarnaast diverse rechtsvormen die aan een of meer van de criteria voldoen. In Nederland zijn dit de andere in Boek 2 geregelde rechtsvormen, waarbij de stichting alleen voldoet aan de kenmerken rechtspersoonlijkheid en beperking van aansprakelijkheid. Kennelijk is er dus toch ook in internationaal verband behoefte aan duidelijkheid omtrent het karakter van rechtsvormen. Een belangrijk aspect daarvan is dat ondernemers die investeren in een ander land willen weten wat de gevolgen zijn van de keuze van een rechtsvorm en, met name, welke risico's aan die keuze verbonden zijn. Bij internationale investeringen spelen uiteraard vele factoren een rol, maar de inschatting van de risico's, en, afhankelijk van de aard van de onderneming, de beperking daarvan, zal veelal op de voorgrond staan. Deze zelfde ondernemers wensen bij oprichting van, of deelneming in, een Nederlandse rechtsvorm ook duidelijkheid omtrent de fiscale gevolgen daarvan.

---

42 A Comparative and Functional Approach, Kraakman e.a., Oxford, 2004, p. 5 e.v.

2.5. Fiscale kwalificatie

De kwalificatie door de Belastingdienst van een rechtsvorm bepaalt aan welk belastingregime zij is onderworpen. Deze kwalificatie is gebaseerd op wetgeving,[43] resoluties en Ministeriële besluiten. Uitgangspunt is dat rechtspersoonlijkheid leidt tot zelfstandige belastingheffing, terwijl een entiteit zonder rechtspersoonlijkheid fiscaal als transparant wordt beschouwd. De fiscus kijkt bij als zodanig gekwalificeerde personenvennootschappen als het ware door de vennootschap heen en zal de belanghebbenden/eigenaren in de belastingheffing betrekken. Hier zijn echter nog al wat uitzonderingen op de regel. Zo worden de vennoten van een personenvennootschap alleen belast indien de personenvennootschap 'besloten' is. Begin van dit jaar is in dit kader het Besluit vennootschapsbelasting Commanditaire vennootschap[44] door de Minister van Financiën gepubliceerd. Het besluit heeft onder andere ten doel onderscheid te maken tussen besloten en open commanditaire vennootschappen, maar ook tussen fiscaal transparante en niet-transparante personenvennootschappen en daarmee vergelijkbare rechtsvormen. Om als besloten – en daarmede fiscaal transparante – vennootschap te kwalificeren moeten bij een commanditaire vennootschap alle vennoten toestemming verlenen aan toe- en uittreding van vennoten. Deze toestemming hoeft overigens echter niet meer expliciet te worden verleend. Stilzitten na een schriftelijk verzoek om toestemming is voldoende. Merkwaardig genoeg geldt het toestemmingsvereiste alleen voor de commanditaire vennootschap en daarmee vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen. De maatschap en vof, en in de toekomst dus de stille en openbare vennootschap, worden – in beginsel – altijd als fiscaal transparant aangemerkt.[45] In beginsel, namelijk de uitzondering geldt voor de privaatrechtelijk niet, maar fiscaal wel bestaande rechtsvormen van de maatschap op aandelen en vof op aandelen.[46] Voor kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen – transparant of niet – is het toestemmingsvereiste één van de vier kwalificatiecriteria.[47] Andere kenmerken zijn het al dan niet hebben van rechtspersoonlijkheid, de al dan niet onbeperkte aansprakelijkheid van de vennoten voor schulden en het rechtstreeks toekomen van de winst aan de vennoten/-aandeelhouders, dat wil zeggen zonder dat er een uitdelingsbesluit vereist is. Deze drie kenmerken noemde ik hiervoor ook al als internationale basiscriteria ter onderscheiding van kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen. Het is niet de plaats hier diep in te gaan op deze fiscale criteria, die aanleiding geven tot veel literatuur en

---

43 Bijv. de Algemene wet inzake Rijksbelastingen.
44 11 januari 2007/nr. CPP2006/1869M.
45 Zie genoemd Besluit onder 3.
46 Zie HR 24 november 1976 BNB 1978/13.
47 Zie Besluit van 18 september 1997, BNB 1998/15.

jurisprudentie.[48] Wel is duidelijk dat er verschillen bestaan tussen de privaatrechtelijke en fiscaalrechtelijke kwalificatie van rechtsvormen. In sommige landen is daartoe een fiscaal keuzeregime ingevoerd. De Verenigde Staten kennen bijv sedert 1 januari 1997 de 'Check-the-box' Regulations. Ook in de US gingen de verschillen tussen bepaalde rechtsvormen, en dan met name tussen lichamen en personenvennootschappen steeds meer vervagen. Dit kwam ook door de invoering van nieuwe rechtsvormen, zoals de Limited Liabillity Partnership (LLP) en de Limited Liability Company (LLC). Deze hybride rechtsvormen vertonen kenmerken van zowel rechtspersonen en kapitaalvennootschappen als personenvennootschappen. Om beter bij die ontwikkeling aan te sluiten en het systeem ook eenvoudig te houden is aldus in de US het 'Check-the-box' systeem ingevoerd. Op grond daarvan zijn belastingplichtigen grotendeels vrij om een keuze te maken tussen de fiscale classificatie als lichaam of personenvennootschap.[49] Ongetwijfeld zullen er argumenten zijn om een dergelijk systeem niet in Nederland in te voeren – Stevens noemt onder andere de constructiegevoeligheid[50] – maar mij spreekt een dergelijk keuzeregime wel aan. Flexibiliteit en keuzevrijheid in het ondernemingsrecht worden dan in ieder geval niet belemmerd door fiscale beperkingen.

2.6. Rol van de notaris bij kwalificatie

Men zou verwachten dat het stellen van materiële criteria voor rechtsvormen een regeling eist die nakoming daarvan waarborgt. Het preventieve overheidstoezicht, zoals wij dat in het verleden in juridisch technisch opzicht kenden voor verenigingen,[51] voor de NV en voor de BV bestaat niet meer. Verder hebben we gezien dat ontbinding ex nunc door de rechter of omzetting vrijwel niet voorkomt. De notaris speelt dan ook een meer dan zuiver instrumenterende rol bij oprichting en statutenwijziging van de meeste rechtsvormen. De gedachte van de wetgever is dat de oprichting van een rechtpersoon: 'op deskundige wijze wordt begeleid en de vereiste inbreng in de rechtspersoon overeenkomstig de daarvoor geldende regels geschiedt', aldus de Minister van Justitie nog in 2002 in het kader van het notariële vormvoorschrift voor de oprichting van een OVR.[52] Een van de kerntaken van de notaris is het bieden van rechtszekerheid. De identiteitsvervaging van rechtsvormen maakt het voor de notaris niet eenvoudig om deze rechtszekerheid te bieden. Een ondernemingssamenwerking lijkt immers zowel gestalte te kunnen krijgen in de vorm van een personenvennootschap, stichting, vereniging of coöperatie als in de vorm van een NV of BV. Natuurlijk spelen bij de keuze voor de rechtsvorm vele factoren een rol, denk maar aan het risico van persoonlijke aansprakelijkheid en de fiscale

---

48 Zie o.a. A.J.A. Stevens, Fiscale aspecten van de Commanditaire Vennootschap, Kluwer 2002.

49 Zie Stevens tap, p. 222.

50 Zie Stevens, tap, p. 234.

51 De zogenoemde Koninklijke Bewilliging.

52 Kamerstukken II, 28 746, MvT, p.10.

implicaties, maar de vaagheid van de materiële kenmerken gekoppeld aan het niet toepassen van sancties op overtreding maakt dat er steeds minder duidelijke grenzen te trekken zijn tussen de toepassing van de onderscheiden rechtsvormen. Een notaris zal niet zonder meer mogen meewerken aan de oprichting van een verboden rechtspersoon of de wijziging van de statuten waarbij strijd ontstaat met de wettelijke omschrijving. Hij zal eventueel zijn diensten moeten weigeren op basis van de Wet op het Notarisambt. In feite heeft de wetgever daarmede een zware verantwoordelijkheid gelegd bij de notaris. De notaris is er mede om misbruik van rechtsvormen, ik noem hier alleen nog maar de stichting, te voorkomen, maar van hem kan niet verwacht worden – hij heeft daar ook geen taak – dat hij het feitelijk functioneren van een rechtspersoon toetst. Dit is aan de rechter.

3. Rechtsvormen

3.1. Nederlandse privaatrechtelijke rechtsvormen

Het huidige Nederlandse privaatrecht kent een beperkt aantal rechtsvormen:

1. de privaatrechtelijke rechtspersonen,[53] te weten de stichting (formeel pas sedert 1956), de vereniging (1838) en de daarvan afgeleide coöperatie (1876) en onderlinge waarborgmaatschappij (1922 voor een levensverzekeraar en 1964 voor een schadeverzekeraar), de naamloze vennootschap (1928) en de daarvan afgeleide besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (1971); en
2. de privaatrechtelijke personenvennootschappen uit Boek 7a BW (1838), te weten de maatschap en de daarvan afgeleide vennootschap onder firma (vof) en de commanditaire vennootschap (cv).

Het aantal rechtsvormen in dit gesloten systeem en de wettelijke omschrijving daarvan is de laatste 50 jaar vrijwel niet meer veranderd,[54] terwijl de in 1971 ingevoerde BV in feite een kloon is van de NV.[55] De gekloonde NV zal echter binnenkort een forse metamorfose ondergaan met de flexibilisering van het BV-recht.

Naar aanleiding van een Rapport van de Expertgroep Flexibilisering van het BV-recht,[56] en na consultatie op basis van een drietal ambtelijke voorontwerpen, wordt een dezer dagen een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend op grond waarvan het BV-recht grondig zal worden

---

53 Zoals als thans geregeld in artikel 3 van Boek 2 BW. Ik laat de rederij, die bedoeld is voor de samenwerking tussen twee of meer personen ter exploitatie van een aan hen gezamenlijk toebehorend zee- of binnenschip hier buiten beschouwing (Vgl. artikel 8: 160 lid 1 en Artikel 8: 770 lid 1 BW).

54 De invoering van Boek 2 BW heeft slechts enkele beperkte wijzigingen met zich gebracht.

55 De reden voor de invoering van de BV is al in 1984 komen te vervallen, aangezien door de invoering van de 4e EG-Richtlijn ook een BV verplicht werd haar jaarrekening te publiceren.

56 Het Rapport Vereenvoudiging en flexibilisering van deze commissie, die onder leiding stond van Prof. H.J. de Kluiver, is op 6 mei 2004 uitgebracht aan de Minister van Justitie, zie www.justitie.nl/themas/wetgeving/dossiers/bvrecht/index.asp.

herzien. Na invoering van dit wetsvoorstel zal er een nieuwe rechtsvorm zijn ontstaan. De BV en de NV kunnen dan in mijn optiek niet meer als dezelfde rechtsvorm worden aangemerkt met alle gevolgen van dien voor bijvoorbeeld omzettingen, fusies en splitsingen[57] en mogelijk ook in internationaal verband.[58] De verschillen op het gebied van de statutaire inrichting, orgaan- en aandelenstructuur (bijvoorbeeld door flexibiliteit in stemrecht, door stemrechtloze aandelen en door de mogelijkheid van winstrechtloze aandelen) en kapitaalbescherming tussen de beide rechtsvormen zullen aanzienlijk zijn.[59] Aan de ene kant de rigide, op EU-Richtlijnen gebaseerde, veelal open NV-vorm en aan de andere kant de flexibele, en in beginsel besloten, BV-vorm. Nederland heeft dit flexibiliseringsproces overigens niet zelf bedacht, al sluimerde ook in Nederland in praktijk en wetenschap de wens daartoe wel al langer. In Lissabon is in 2000 de push gegeven aan alle EU-lidstaten om binnen tien jaar tot een grotere concurrentie en daarmede een grotere markt te komen, ook ten aanzien van rechtsvormen. Het gevolg is dat in een aantal lidstaten inmiddels nieuwe rechtsvormen zijn of binnenkort worden ingevoerd dan wel de vennootschapswetgeving anderszins grondig wordt herzien.[60]
Een tweede belangrijke wijziging betreft het nieuwe personenvennootschapsrecht, dat, naar wij allen hopen per 1 januari 2008 in werking zal treden. Ingevolge de wet tot vaststelling van Titel 7.13 (vennootschap)[61] zal er niet langer sprake zijn van een stille of openbare maatschap en een vennootschap onder firma, maar van een openbare vennootschap, die kan kiezen voor rechtspersoonlijkheid, en van een stille vennootschap. De commanditaire vennootschap blijft bestaan, maar dan als een gekwalificeerde vorm van de openbare vennootschap.[62]
Het wetgevingsproces gaat in Nederland overigens zeer traag. Het wetsvoorstel titel 7.13 is al eind 2002 aan de Tweede Kamer aangeboden en het proces tot flexibilisering van het BV-recht is toch ook weer ruim drie jaar geleden ingezet.
Wat mij betreft zijn de flexibilisering van het BV-recht en de herziening van het – ook wel heel erg verouderde, versnipperde en onduidelijke – personenvennootschapsrecht, echter pas het begin van een fundamentele herziening van het Nederlandse vennootschapsrecht. Op zich is deze wens niet nieuw. Met name uit de Tilburgse school, met Raaijmakers voorop, gevolgd door McCahery en Vermeulen, klinkt al vele jaren de – door velen overigens niet gehoorde – roep om een grondige herziening van het

---

57 Zie de artikelen 2:18, 2:309 en 2:334b lid 3 BW.
58 Bijvoorbeeld fiscale verdragen.
59 Zie onder andere het Preadvies van de Vereeniging Handelsrecht 2006 over De vereenvoudigde BV, Kluwer 2006 en Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Kluwer 2005 en de in deze uitgaven aangehaalde literatuur.
60 Bijv. in Frankrijk, Spanje, Duitsland, Italië, Finland, Ierland en het Verenigd Koninkrijk.
61 Kamerstukken, 28 746.
62 Voor literatuur over de het nieuwe personenvennootschapsrecht: De vennootschap volgens titel 7.13 BW, een civiele en fiscale verkenning van het komende personenvennootschapsrecht (red. J.M. Gerretsen), SDU 2003 en Inleiding personenvennootschappen, J.J.A. Hamers en L.P.W. van Vliet, 2e druk, Boom 2004.

ondernemingsrecht.[63] Raaijmakers pleit voor een herijking van het Nederlandse ondernemingsrecht. Hiervoor zou een masterplan moeten worden gemaakt dat, na grondige analyse van nationale en internationale ontwikkelingen, kiest voor een duidelijk maatschappelijk perspectief. Raaijmakers meent dat de Nederlandse wetgever de contractuele samenwerking en incorporatie van een eenmansonderneming als uitgangspunt zou moeten nemen en niet het 'rechtspersoonlijke' keurslijf van Boek 2 BW.[64] Hij gaat daarbij uit van de erkenning dat ook een eenmansonderneming een afgescheiden vermogen heeft, welke ingebracht kan worden in een vennootschap of op eenvoudige wijze omgezet in welke rechtsvorm dan ook. In zijn gedachten is een vennootschap thans reeds 'rechtsdrager' en derhalve rechtspersoon.[65] De heersende leer gaat er echter van uit dat alleen krachtens de wet rechtpersoonlijkheid kan worden toegekend. Ook anders dan Raaijmakers zie ik Boek 2 BW, ondanks het dwingendrechtelijke karakter daarvan, veel minder als een keurslijf. In mijn visie zal er – ter modernisering – binnen de bestaande rechtsvormen meer ruimte moeten komen voor afgeleide varianten die duidelijk herkenbaar en identificeerbaar zijn.

'Het menu van rechtsvormen waaruit ondernemers kunnen kiezen, sluit niet aan bij de werkelijkheid van ondernemingen, in het bijzonder eenmanszaken en persoonsgebonden BV's', aldus Raaijmakers.[66] Ik ben het met deze stelling wel eens. Ik zou daar echter aan willen toevoegen dat het menu van rechtsvormen ook ontoereikend en daarnaast ook niet herkenbaar is voor andere belanghebbenden. Hiervoor heb ik al aangegeven dat ons systeem van kwalificatie ertoe leidt dat rechtsvormen 'misbruikt' of, laat ik mij wat positiever uitdrukken, oneigenlijk gebruikt worden. In het bijzonder de stichting, de vereniging en de coöperatie lijden hieronder. De huidige rechtsvormen hebben te veel toepassingsgebieden, waardoor verwatering optreedt van de materiële kenmerken. Daarnaast ontbreekt op het rechtsvormenpallet een aantal rechtsvormen waar de praktijk specifiek behoefte aan heeft. Ik noem hier de personenvennootschap met beperkte of uitgesloten aansprakelijkheid, al dan niet op aandelen, de ondememende stichting, de familiestichting en vergelijkbare trustachtige rechtsfiguren, de maatschappelijke onderneming en misschien ook wel meer vormen voor beleggingsfondsen. Door het ontbreken van deze rechtsvormen ontstaan thans slecht zittende confectiepakken, zoals de NV of BV voor vrije beroepsbeoefenaren of wordt, zoals bijvoorbeeld in de fondsenpraktijk gekozen voor een coöperatie of een SICAV in Luxemburg.

---

63 Zie bijv. De toekomst van het ondernemingsrecht: back to basics, M.J.G.C. Raaijmakers, AA 55 (2006)11, p. 792 e.v. en Herziening persoonsgebonden ondernemingsvormen, onder redactie van M.J.G.C. Raaijmakers en G.J.H. van der Sangen, Boom,2003 en de aldaar aangehaalde literatuur.

64 Raaijmakers, tap, p. 798.

65 Raaijmakers, tap, p. 800.

66 Raaijmakers, tap, p. 795.

3.2. Europeesrechtelijke rechtsvormen in Nederland

De jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie met betrekking tot de vrijheid van vestiging van rechtspersonen heeft sedert 1999 een enorme ontwikkeling doorgemaakt.[67] Uit deze rechtspraak valt niet alleen af te leiden dat lidstaten geen beperkingen mogen opleggen aan buitenlandse vennootschappen, maar ook dat toepassing van de leer van de werkelijke zetel in feite door het Europese Hof is verworpen. Het gevolg is dat er een zekere concurrentie is ontstaan tussen het vennootschapsrecht van de verschillende lidstaten, al moet dit ook weer niet worden overdreven. Een modern vennootschapsrecht kan echter naar mijn oordeel wel degelijk een bijdrage leveren aan het aantrekken van ondernemingen uit andere lidstaten. Uit onderzoek is gebleken dat toepassing van Engelse rechtsvormen (Limiteds) in Duitsland inmiddels uiterst populair is.[68] Tussen de 5 en 15 % van de nieuw ingeschreven kapitaalvennootschappen in 2005 waren Engelse Limiteds. Zonder twijfel heeft de fondsenpraktijk in Luxemburg, naast de belangrijke fiscale en regulatoire voordelen die dat land biedt, mede een vlucht genomen door de verscheidenheid aan flexibele en goed toepasbare rechtsvormen. Nederland heeft op dit moment niet bepaald een aantrekkelijk vennootschapsklimaat. Dit is niet alleen te wijten aan het beperkte keuzemenu en het weinig flexibele karakter van het vennootschapsrecht. Het vereiste van de verklaring van geen bezwaar voor oprichting en statutenwijziging van een NV of BV en met name de uiterst rigide toepassing van de Ministeriële Beleidsregels passen niet meer in deze tijd. Uit de praktijk blijkt dat investeerders mede hierdoor kiezen voor andere landen of, indien zij wel voor Nederland kiezen, liever een BV kopen van een bank of trustmaatschappij dan er een op te richten. Time is of the essence. Nederland heeft ten opzichte van het buitenland, ondanks de pogingen van de afgelopen jaren om in ieder geval het fiscale klimaat weer te verbeteren door herinvoering van de rulingpraktijk, verlaging van de belastingtarieven en afschaffing van de kapitaalsbelasting, terrein verloren.

Een betrekkelijk willekeurige gang langs het vennootschapsrecht van een aantal lidstaten leert ons dat in die landen een aantal rechtsvormen voorkomt waar in de praktijk behoefte aan bestaat en die bij ons niet of niet meer mogelijk zijn.[69] Zo bestaat in België de commanditaire vennootschap op aandelen – een mix van een personenvennootschap en een kapitaalvennootschap –, die in Nederland in 1975 om wel heel erg

---

67 Zie het Centros arrest van 9 maart 1999, C-212/97, het Überseering-arrest van 5 november 2002, C-208/00 en het Inspire Art-arrest van 30 september 2003, JOR 2003, 249.

68 Zie Wilhelm Niemeier, GmbH und Limited im Markt der Unternehmensträger, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 8 Dezember 2006, p. 2237 e.v.

69 Vgl. Company Formation, a practical Global Guide, Editor Agustí Jausàs, Globe Business Publishing 2006.

pragmatische redenen is afgeschaft,[70] de tijdelijke handelsvennootschap, een personenvennootschap die een of meer handelsactiviteiten ten doel heeft en de landbouwvennootschap, een specifieke rechtsvorm voor het agrarische of tuinbouwbedrijf. In Frankrijk kent men drie rechtsvormen voor de kapitaalvennootschap, de SA (vergelijkbaar met de NV), de Sarl (vergelijkbaar met de BV) en de SAS. Met name de laatste, de société par actions simplifiée, biedt veel mogelijkheden. Het belangrijkste kenmerk is dat men zeer vrij is in de organisatie van het bestuur. Sedert de invoering in 1999 zijn er meer dan 100.000 SAS opgericht of omgezet vanuit een SA. Ook Frankrijk kent nog steeds de commanditaire vennootschap op aandelen. Duitsland heeft, in aanvulling op de rechtsvormen die vergelijkbaar zijn met de Nederlandse vormen, een aantal bijzondere rechtsfiguren. Naast de gewone GmbH, die overigens aanzienlijk meer contractuele trekken heeft dan onze BV, zijn er specifieke bepalingen voor de GmbH met één aandeelhouder (Die Einpersonen-GmbH). Binnenkort wordt die vorm nog aangevuld met de 'Unternehmer-gesellschaft', ook wel 'Mini' '1 Euro GmbH' genoemd.[71] Verder kan men ook in Duitsland een commanditaire vennootschap op aandelen oprichten en bestaan er separate rechtsvormen, althans bijzondere varianten, voor de vrije beroepsmaatschap (Die Freiberufliche Partnerschaftsgesellschaft) en de personenvennootschap met een beperkt aansprakelijke beherend vennoot (Die Kapitalgesellschaft & Co, meestal de GmbH & Co).[72] In het Verenigd Koninkrijk, waar recent de volledig herziene Companies Act 2006 is ingevoerd, wordt kort gezegd, onderscheid gemaakt tussen Limited en unlimited companies, Private en Public companies, Companies limited by guarantee en Community interest companies. Daarnaast kent men nog de partnerships, waaronder de, ook in Nederland door velen gewenste, limited liability partnership.[73] Dan ten slotte, wat de EU betreft, naar het paradijs voor rechtsvormen: Luxemburg. Naast de gebruikelijke rechtsvormen, zoals die ook in België voorkomen, kent Luxemburg een zeer groot scala aan bijzondere rechtsvormen voor investeringsfondsen. Deze fondsen gaan veelal uit van een variant op een bestaande rechtsvorm, bijvoorbeeld een Sarl, een commanditaire vennootschap of een fonds voor gemene rekening, gekoppeld aan een bepaald fiscaal en regulatoir regiem. Voorbeelden zijn de Sicar, de Sicav, de SPF, de FCP, de UCI, de SIF en de Soparfi. Nieuwe rechtsvormen of varianten op rechtsvormen worden door een snel handelende wetgever in Luxemburg gecreëerd zodra er – fiscaal of regulatoir – behoefte aan is.
Binnen Europa wordt, naast de bestaande Europese rechtsvormen, ook nog gedacht aan nieuwe supranationale rechtsvormen, zoals de European Private Company en de European Foundation. Tot nu toe zijn hiervoor echter nog geen Verordeningen of Richtlijnen opgesteld.

---

70 De wetgever die naar aanleiding van de aanpassing van de invoering van de 2e EG-Richtlijn genoodzaakt was tot aanpassing van de wetgeving voor de CV op aandelen, stelde vast dat er niet zo veel gebruik meer gemaakt werd van deze rechtsvorm.

71 Zie S.M. van den Braak en M.L. Lennarts, Voorstellen tot herziening van het Duitse GmbH-recht: het MoMig, Ondernemingsrecht 2006, 203, p. 633-638.

72 Zie Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, Carl Heymanns Verlag, 4e druk.

73 Zie de Limited Liability Partnerships Act 2000.

In Australië wordt – zelfs voor genoteerde ondernemingen – veel gewerkt met allerlei uiterst flexibele trustvormen. De Verenigde Staten kennen, zoals gezegd, de Limited Liability Company (LLC) en de Limited Liability Partnership (LLP). Deze LLP is inmiddels ook in een aantal andere landen ingevoerd, bijvoorbeeld in Japan en India.

4. Naar een nieuwe rechtsvormgeving

Tijd voor een nieuwe tussenstand. De wettelijke omschrijvingen – de materiële kenmerken – van de Nederlandse rechtsvormen voldoen niet meer aan de wensen van deze tijd. De maatschappij heeft behoefte aan meer flexibiliteit, zij wil kunnen kiezen uit een palet van rechtsvormen toegesneden op de wensen van de oprichters en bestuurders. Daarnaast wensen oprichters en bestuurders van rechtspersonen en vennootschappen ook rechtszekerheid. De huidige rechtsvormen bieden deze niet. Weliswaar wordt het BV-recht geflexibiliseerd en vereenvoudigd, maar dit is slechts een stap in de goede richting. Waar Nederland vóór 1970 in Nederland bekend stond om zijn soepele vennootschaps- en rechtspersonenrecht, loopt Nederland inmiddels achter. De vennootschapswetgeving is in een aantal landen gedurende de afgelopen jaren grondig gewijzigd. Een aantal rechtsvormen die in andere landen mogelijk zijn, kennen wij in Nederland niet. Waarom zou een onderneming of maatschappelijke organisatie dan, mede gezien de recente rechtspraak van het Europees Hof van Justitie, niet kiezen voor een rechtsvorm uit een andere lidstaat die wel voldoet aan het profiel dat men zich heeft gesteld? Om in de woorden van Thomas Friedman te spreken: "The corporate playing field is being leveled".
Door een meer herkenbare indeling van rechtsvormen wordt het ook de overheid eenvoudiger gemaakt bepaalde regelingen, zoals toezicht of deponeringsverplichtingen, toe te passen op specifieke organisaties, zodat de administratieve lasten of de inbreuk op de privacy beperkt kunnen blijven tot de beoogde doelgroep. Waarom zou men bijvoorbeeld een familiestichting of een biljartclub gelijkstellen met een stichting of vereniging die een onderneming drijft of die een ziekenhuis exploiteert? Ook het bestrijden van misbruik van rechtspersonen wordt er door vereenvoudigd. In een nieuw systeem van doorlopend toezicht van de overheid op rechtspersonen kan beter onderscheid gemaakt worden tussen de onderscheiden rechtsvormen met behulp van de door de overheid gehanteerde risicoprofielen.[74] Zo voorkomt men dat de goeden onder de kwaden lijden en worden de administratieve lasten verder teruggedrongen.
Zoals Timmerman al in zijn oratie in 1990 aangaf, dient het vennootschapsrecht in de eerste plaats te faciliteren. 'Dit doel dient het vennootschapsrecht in al zijn facetten te kleuren'.[75] Ik citeer: 'Toch mag men

---

74 Zie het Rapport "Snel en secuur toetsen; het alternatief voor de verklaring van geen bezwaar" dat op 18 maart 2005 aan de Tweede Kamer is aangeboden. In dit rapport wordt voorgesteld het preventieve toezicht op de NV en de BV te vervangen door een nieuw systeem van doorlopende controle van rechtspersonen teneinde misbruik te voorkomen en te bestrijden.

75 L. Timmerman, De stand van het vennootschapsrecht, Kluwer, 1990, p. 13-14.

niet uit het oog verliezen, dat het de primaire functie van het vennootschapsrecht is een aantal rechtsvormen te ontwikkelen, waarmee ondernemingen redelijk efficiënt gedreven kunnen worden'. Dit geldt dan wat mij betreft niet alleen voor het vennootschapsrecht. Ook bij andere rechtspersonen heeft de tijd te lang stil gestaan en zal de wetgever de ruimte moeten bieden voor een facilitair, innovatief en betrouwbaar vennootschaps- en rechtspersonenrecht. Een dergelijke ontwikkeling zou naadloos passen binnen één van de zes pijlers van het Coalitieakkoord van het huidige kabinet, te weten een innovatieve, concurrerende en ondernemende economie. Ondernemingen, maatschappelijke organisaties en instellingen moeten immers de ruimte krijgen om zich voluit te ontplooien met daarnaast stimulering van ondernemerschap, inzet van durfkapitaalregelingen en ook meer aandacht en accent voor het MKB.

5. Een nieuwe structuur voor rechtsvormen

Indien wij zouden willen komen tot een nieuwe structuur van rechtsvormen moeten wij in mijn visie af van de huidige opzet, waarbij grof gezegd, de NV, de BV en de coöperatie zich richten op de onderneming, de onderlinge waarborgmaatschappij bedoeld is voor verzekeraars en de stichting en de vereniging als ideële, non-profit organisaties worden beschouwd. Vele stichtingen en verenigingen drijven immers een onderneming of oefenen bedrijfsactiviteiten uit, en hebben wel degelijk een winstoogmerk. Een stichting mag echter haar winst niet uitkeren, tenzij de uitkering een sociale of ideële strekking heeft.[76] Een uitzondering geldt voor een stichting pensioenfonds,[77] maar men zou zich ook andere specifieke uitzonderingen kunnen voorstellen, bijv. voor de hierna nog te bespreken familiestichting of de maatschappelijke onderneming. Een vereniging mag haar winst niet onder de leden verdelen, maar zal deze mogelijk op andere wijze ten goede willen laten komen van haar leden.[78] De stichting en de vereniging komen in zodanig veel verschijningen voor dat zij niet meer herkenbaar zijn. Wij zullen dus moeten zoeken naar specifieke kenmerken voor deze rechtsvormen waardoor deze herkenbaarheid terugkomt. Deze specifieke kenmerken kunnen alleen bereikt worden door een combinatie van wettelijke en statutaire regelingen, waarbij flexibiliteit voorop moet staan en te ver doorgeschoten gedetailleerdheid moet worden voorkomen. Niemand zit, zoals dat tegenwoordig zo mooi heet, op verkokering te wachten. De eigen identiteit kan worden gerealiseerd door een totaal nieuwe rechtsvorm, maar veelal, en wat mij betreft, bij voorkeur door een modaliteit of variant van een bestaande rechtsvorm. Een goed voorbeeld naar huidig recht is de beleggingsmaatschappij met veranderlijk kapitaal.[79] Een NV die de status heeft van beleggingsmaatschappij met veranderlijk kapitaal, is niet onderworpen aan bepaalde wettelijke regelingen betreffende kapitaalbescherming en kapitaalverhoging. De speciale status moet blijken

---

76 Vgl. art. 2:286 lid 3 BW.
77 Vgl. art. 2:304 BW.
78 Art. 2:26 lid 3 BW.
79 Art. 2:76a BW.

uit de statuten, de opgave aan het handelsregister en de toevoeging aan de naam van de vennootschap bij correspondentie, zodat zij in het handels- en rechtsverkeer duidelijk herkenbaar is.

In mijn visie zouden nieuwe varianten op bestaande rechtsvormen op dezelfde wijze gecreëerd moeten worden, dat wil zeggen gericht op het specifieke doel van de organisatie. Op deze wijze kan men een helder onderscheid maken tussen stichtingen met een maatschappelijk doel, een commerciële onderneming of belangenbehartiging van een bepaalde familie of tussen een NV, die geld van het publiek aantrekt (de beursgenoteerde vennootschap), een beleggingsmaatschappij met veranderlijk kapitaal of bijvoorbeeld een bank of verzekeraar is. Voor de BV zal, na invoering van de zogenoemde 'Flexwet', de vrijheid van inrichting zodanig zijn toegenomen dat bijzondere varianten niet meer nodig lijken. Weliswaar blijft dwingend recht ook voor het nieuwe BV-recht de hoofdregel, maar in een aantal gevallen zal, bij of krachtens de statuten afwijking toegestaan zijn. Aan onderscheiden aandelen kan veel of weinig stemrecht worden toegekend en zelfs stemrechtloze aandelen zijn mogelijk. Statutair kan vastgelegd worden dat een aandeelhouder zelf zijn eigen directeur of commissaris mag benoemen, schorsen of ontslaan. Ook is volledige differentiatie mogelijk wat betreft de winstgerechtigdheid. Er kan gekozen worden voor een vrije overdracht van de aandelen of voor een blokkeringsregeling, zoals die thans nog wettelijk verplicht is. Er is geen minimumkapitaal meer en een BV kan dus een in twee aandelen verdeeld kapitaal van € 0,02 hebben. De kapitaal- en vermogenbescherming vervalt grotendeels en verschuift naar aansprakelijkheid van het bestuur – althans de bewijslast – in geval de BV binnen één jaar na een uitkering, inkoop of intrekking niet meer aan zijn verplichtingen kan voldoen. Wat blijft is dat, anders dan in het Nederlands-Antilliaans vennootschapsrecht, een apart bestuursorgaan is voorgeschreven naast de aandeelhoudersvergadering, ook al is dat dezelfde persoon of rechtspersoon. Ook houden we bijvoorbeeld de weinig flexibele regeling van het begrip maatschappelijk kapitaal, de te dwingende, op EU-recht gebaseerde, vertegenwoordigingsregeling, de rechtsonzekerheid biedende bepalingen met betrekking tot tegenstrijdig belang en doeloverschrijding en de (blijvende) onzekerheid over de relatie tussen statuten en aandeelhoudersovereenkomst.[80] Kortom wat de BV betreft een grote stap voorwaarts, die we misschien eerst maar eens een paar jaar op ons moeten laten inwerken, met nog wel enkele wensen.

Voor de andere rechtsvormen dan de BV is het de moeite waarde te zien aan welke species in de praktijk behoefte bestaat ten opzichte van de thans voorhanden moedervormen.

---

80 Zonder lang na te denken kan ik dit wensenlijstje uitbreiden met wettelijke regelingen voor conversie van aandelen, dematerialisatie van aandelen (in Boek 2) certificering, verruiming van de fusie- en splitsingsmogelijkheden, een betere regeling over het beklemde vermogen (volgens art. 2:21 BW) en het monistisch bestuurssysteem.

6. Nieuwe rechtsvormen

Na al deze voorbereidingen in de keuken wordt het tijd om het menu voor nieuwe herkenbare, van de huidige vormen afgeleide, rechtsvormen maar eens op tafel te zetten.

6.1. De Stichting

De stichting wordt wel omschreven als een rechtspersoonlijkheid bezittend doelvermogen.[81] Het toekennen van vermogen aan een stichting heeft echter eigenlijk geen betekenis. Een doeltreffender omschrijving van de stichting is dan ook simpelweg een juridische organisatievorm voor maatschappelijke activiteiten.[82] De stichting is vooralsnog niet aan enig overheidstoezicht onderworpen, haar activiteiten zijn niet wettelijk beperkt en van enig verplicht toezicht op het bestuur is geen sprake. Er zijn in het Handelsregister thans ongeveer 160.000 stichtingen ingeschreven met een zeer grote variëteit aan doelstellingen en activiteiten. Een groot aantal hiervan houdt zich aan de wettelijke kenmerken en er is dan ook geen behoefte aan een speciale op de doelstelling of feitelijke activiteiten gerichte regeling. De vermogenseis is in die gevallen beperkt, uitkeringen, als die al gedaan worden, hebben een ideële of sociale strekking, er is geen of slechts beperkte behoefte aan zeggenschap door anderen dan het bestuur en er worden geen aan de overheid gelieerde taken uitgeoefend. Voor een zestal stichtingsvormen ligt dit echter heel anders. Alleen voor pensioenfondsen heeft de wet thans al een bijzondere regeling opgenomen (artikel 2:304 BW).[83] Hierna zal ik vijf bijzondere vormen van de stichting bespreken, waarvan het mij wenselijk voorkomt dat die als een species van de stichting als rechtsvorm in de wet worden geregeld. Daarmee doe ik, na Polak in 1971, een hernieuwde poging tot herziening van het stichtingenrecht.[84]

6.1.1. De familiestichting

In een rapport van de werkgroep Moltmaker over de modernisering van de successiewetgeving uit 2000[85] wordt geconstateerd dat er behoefte bestaat om de druk op successie- en schenkingsrecht te verminderen en vermogen

---

81 Zie P.H.M. Gerver, SDU Commentaar Ondernemingsrecht 2006/2007, p. 902.

82 Zie ook C.J. Zeben en J.W. du Pon, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoeringswet Boek 2 tap, p.1412.

83 De stichting is de meest natuurlijke rechtsvorm voor een pensioenfonds; zie over de statutaire inrichting van pensioenfondsen naar aanleiding van de per 1 januari 2007 ingevoerde Pensioenwet, B.C.M. Waaijer, De statutaire inrichting van pensioenfondsen volgens de nieuwe Pensioenwet: Veel mag zolang het maar good pension fund governance is, WPNR 2007/6704, pag. 286-293.

84 Polak merkte destijds op: 'Het ondernemingsrecht is zojuist ingrijpend herzien. Ook hier kan ik mij niet aan de indruk onttrekken dat te weinig aan de stichting is gedacht.' Zie J.M. Polak, De stichting in het nieuwe rechtspersonenrecht, NV (49) 1971, p. 103.

85 Getiteld 'De warme, de koude en de dode hand' van de werkgroep modernisering successiewetgeving, zoals op 13 maart 2000 aangeboden aan de Staatssecretaris van Financiën.

bijeen te houden door het maken van testamenten die over meerdere generaties werken of door vermogen bijeen te brengen in familiestichtingen. Ook wordt voor estateplanning wel toevlucht gezocht in Anglo-Amerikaanse trustvormen, aldus het rapport.[86] De werkgroep meent dan ook dat er grote behoefte bestaat aan een regeling, welke op een civielrechtelijk rechtsgeldige en fiscaal aantrekkelijke wijze Nederlands ingezetenen ervan kan weerhouden hun vermogen over te brengen naar door buitenlands recht geregeerde rechtsfiguren, zoals trusts of de Nederlands-Antilliaanse Stichting Particulier Fonds. Een ingezetene mag in de opvatting van de werkgroep dan vermogen tegen een tarief van max. 10% van de waarde van het vermogen in een stichting brengen, die het dan kan beleggen en onder een gefacilieerd regime weer kan uitkeren aan familieleden. De werkgroep Moltmaker heeft dit speciaal regime voorgesteld voor de zogenoemde familiestichting. Met dit voorstel is beoogd de mogelijkheid te openen vermogen tegen een aanvaardbaar tarief in en uit een stichting te brengen, terwijl tevens belastingheffing over het vermogen in een dergelijke stichting gewaarborgd is. Naast het bijzondere fiscale regime waarvoor een groot aantal voorwaarden geldt, wordt voorgesteld de civielrechtelijke belemmeringen weg te nemen door aan artikel 2:285 een nieuw lid 4 toe te voegen waarin wordt bepaald dat het uitkeringenverbod niet geldt voor fiscaal gefacilieerde familiestichtingen. Daarnaast zou in Boek 2 moeten worden geregeld dat een familiestichting niet langer dan zestig jaar mag bestaan (op straffe van een fiscale sanctie overigens).Een andere voorwaarde is dat de stichting alleen het beleggen van vermogen als doelstelling mag hebben. Het uitoefenen van een beroep of bedrijf en daarmede verband houdende activiteiten zijn niet toegestaan. Voor misbruik ten nadele van schuldeisers behoeft naar de mening van de werkgroep niet te worden gevreesd, te meer nu de familiestichting jaarlijks wordt getoetst op de naleving van de voorwaarden. Volledigheidshalve noem ik hier verder nog de algemeen nut beogende instellingen. Deze worden, mits zij zijn gerangschikt bij de Belastingdienst, onder bepaalde voorwaarden gefacilieerd voor giftenaftrek in de inkomsten- en vennootschapsbelasting en voor het successie- en schenkingsrecht. De vereisten worden per 1 januari 2008 aangescherpt.[87] De algemeen nut beogende instellingen kennen geen civielrechtelijke basis en dat is mijns inziens ook niet nodig. De faciliteit wordt gebaseerd op de statuten, waarvan de notaris de redacteur is, en de feitelijke werkzaamheden van een dergelijke goede doeleninstelling.
Een met de familiestichting vergelijkbare rechtsvorm is die van de Stichting Particulier Fonds, zoals die sedert 1998 in de Nederlandse Antillen kan worden opgericht. De SPF is een bijzondere stichtingsvorm. Het eerdergenoemde uitkeringenverbod geldt immers ook niet bij een Particulier Fonds. Uitkeringen zonder ideële of sociale strekking zijn mogelijk aan alle begunstigden, waaronder begrepen oprichters en bestuursleden. Het voordeel van een SPF is, naast het feit dat over de inbreng en de uitkering

---

86 Zie voor een uitgebreid overzicht hiervan de conclusie van Moltmaker als A-G bij het arrest van de Hoge Raad van 18 november 1998, nr. 31 756, BNB 1999/355.

87 Blijkens een mededeling in het Besluit van het ministerie van Financiën nr. DB 2007-31M.

door een Nederlands ingezetene geen Antilliaans schenkingsrecht verschuldigd is, dat deze geen Antilliaanse winstbelasting verschuldigd is.

Er is tot heden helaas nog geen wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend voor de familiestichting, terwijl daar wel mijns inziens in toenemende mate behoefte aan bestaat bij vermogende particulieren.

6.1.2. De maatschappelijke onderneming

Op 28 september 2006 heeft een interdepartementale werkgroep, onder voorzitterschap van dr. H.H.F. Wijffels aan de Minister van Justitie verslag uitgebracht over een onderzoek naar het gebruik van rechtsvormen in de semi-publieke sectoren, zoals met name onderwijs, wonen en de zorg.[88] In het Rapport, getiteld 'Rechtsvorm Maatschappelijke Onderneming' constateert de werkgroep dat aan de rechtsvormen die thans in de betrokken sectoren worden toegepast bezwaren kleven. Het rechtspersonenrecht zou geen gelijke tred hebben gehouden met de maatschappelijke ontwikkelingen in deze sectoren,zoals schaalvergroting, professionalisering van management en bestuur, en hogere eisen aan de kwaliteit van de dienstverlening. Bij de gebruikte rechtsvormen ontbreekt het, aldus het Rapport, aan interne controle en horizontale verantwoording, welke dan weer gecompenseerd wordt door overheidsbemoeienis. De werkgroep komt tot de conclusie dat er behoefte is aan een aparte, herkenbare rechtsvorm: de maatschappelijke onderneming, waarin het overheidsingrijpen teruggebracht wordt. In het coalitieakkoord is de invoering van de rechtsvorm van een maatschappelijke onderneming – in ieder geval voor de gezondheidszorg – onderdeel gemaakt van het beleid van de regeringsfracties, hetgeen met Wijffels als informateur geen verbazing zal wekken. Het is nog niet geheel duidelijk aan welke criteria de nieuwe rechtsvorm zal moeten voldoen, maar het Regeerakkoord geeft hierover aan: 'Er zal ruimte worden geboden voor ondernemerschap en privaat kapitaal, bij voorkeur langs de weg van de maatschappelijke onderneming. Nieuwe toetreders moeten niet onnodig worden belemmerd. Toetsing vindt primair plaats op basis van kwaliteit en toegankelijkheid'.[89] In het Rapport van de werkgroep Wijffels worden de kenmerken van de nieuwe rechtsvorm beschreven. Het zou dan moeten gaan om een privaatrechtelijke rechtsvorm,die een onderneming in stand houdt en die zich blijkens de statuten in dienst stelt van het publiek belang. Zij onderscheidt zich van de commerciële onderneming doordat zij geen winstoogmerk heeft. De gedachte is kennelijk dat de maatschappelijke onderneming wel privaat kapitaal aantrekt, maar dat zij haar winst niet aan deze kapitaalverschaffers mag uitkeren. De werkgroep heeft daarnaast een aantal eisen gesteld

---

88 Zie www.justitie.nl/actueel/persberichten/archief2006/Maatschappelijke-ondernemingwettelijk-regelen.aspx; zie ook T.E. Lambooy, 'Actualiteiten: Rapport Commissie Wijffels over rechtsvorm maatschappelijke onderneming', *Ondernemingsrecht*, 2006-17, p. 623-625 en De maatschappelijke onderneming, H.J. de Ru, J.L. Burggraaf en L.A.J. Spaans, Allen & Overy special editions, Boom 2004.

89 Coalitieakkoord, p. 42.

waaraan de maatschappelijke onderneming moet voldoen en vervolgens uit een vijftal onderzochte mogelijkheden gekozen voor het opnemen van een beperkte regeling van een maatschappelijke onderneming als afzonderlijke rechtsvorm dan wel als modaliteit van een stichting. In dat geval zouden de specifieke basiskenmerken in de wet worden vastgelegd en de verdere invulling aan de statuten worden overgelaten. Wat betreft deze kenmerken moet men onder andere denken aan een bestuur met een raad van toezicht, een belanghebbendenvertegenwoordiging (bijvoorbeeld een cliëntenraad) en toepasselijkheid van het jaarrekeningenrecht.
Het Ministerie van Justitie werkt inmiddels aan een wetsvoorstel voor de maatschappelijke onderneming dat vóór de zomer klaar zou moeten zijn. Anders dan het kabinet verwachten de betrokken sectoren,[90] zoals uit recente publicaties in de media blijkt weinig van de nieuwe rechtsvorm.

6.1.3. De overheidsstichting

De overheid is regelmatig betrokken bij de oprichting van een stichting, waarmee zij deelneemt aan het privaatrechtelijk verkeer.[91] Indien er sprake is van een publieke taak dient de overheid die taak uiteraard zelf uit te voeren. Als alternatief kan de overheid ook gebruik maken van een zelfstandig bestuursorgaan (zbo), zoals bijvoorbeeld de Koninklijke Beroepsorganisatie (KNB). In bepaalde gevallen is dit kennelijk echter niet mogelijk of passend. In die situaties kan de oprichting van een stichting noodzakelijk zijn om beleid uit te voeren. Onlangs heeft de Minister van Financiën een Beleidskader opgesteld voor het oprichten van stichtingen.[92] Het uitgangspunt is dat de overheid zich terughoudend opstelt bij deelname aan een stichting. De procedure voor oprichting van een overheidsstichting is aan een groot aantal voorwaarden gebonden, interne afstemming, advies van de Toetsingscommissie Verzelfstandiging, advies van de Algemene Rekenkamer, principebesluit ministerraad, voorhangprocedure Staten-Generaal en ten slotte het besluit van de betrokken minister tot oprichting. In het genoemde Beleidskader is aangegeven dat het raadzaam geacht wordt om aanvullende bevoegdheden voor de overheid in de statuten van de stichting op te nemen. De invloed van de overheid wordt voor een deel daarnaast bestreken door de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Gezien de bijzondere positie van een overheidsstichting lijkt het mij aangewezen in Boek 2 een bijzondere regeling voor deze variant van de stichting op te nemen. Uit de statuten, maar bij voorkeur ook uit de naam, moet dan naar mijn mening blijken dat het om een overheidsstichting gaat, teneinde verwarring bij zowel de overheid zelf als het publiek te voorkomen.[93]

---

90 Zie het commentaar van de voorzitter van de HBO-Raad en de voorzitter van de Nederlandse vereniging van Ziekenhuizen, Het Financieele Dagblad van 16 april 2007.

91 Ook al in de crisisjaren tussen 1930 en 1940 schijnt de overheid zeer regelmatig naar de stichting als instrument van beleid te hebben gegrepen.

92 Zie OpMaat-Ondernemingsrecht van 10 april 2007.

93 In dit kader is relevant de vermelding van de Wet van 20 november 2006, houdende goedkeuring van het op 24 april 1986 te Straatsburg tot stand gekomen Europees Verdrag inzake de erkenning van internationale niet-gouvernementele organisaties, zie P.D. Olden, Ondernemingsrecht 2007-3, p. 97-99; het belangrijkste doel van de wet is

6.1.4. De ondernemende stichting

Een stichting mag als ondernemer aan het handelsverkeer deelnemen,[94] ook al zou men zeggen dat deze rechtsvorm voor dergelijke activiteiten niet erg voor de hand ligt. Voor een stichting geldt immers een uitkeringenverbod, tenzij deze uitkeringen van charitatieve aard zijn.[95] Niettemin zijn er thans vele stichtingen die een onderneming drijven bij het handelsregister ingeschreven. Commerciële stichtingen zijn verplicht een jaarrekening op te maken en te publiceren conform Titel 9 Boek 2 BW, indien zij aan bepaalde netto-omzeteisen voldoen.[96] Indien een ondernemende stichting aan de vennootschapsbelasting is onderworpen gelden dezelfde aansprakelijkheidsregels voor bestuurders als bij de NV en BV.[97] Voor ondernemende stichtingen met een lagere netto-omzet en/of voor stichtingen die niet aan de Vpb zijn onderworpen gelden aldus in het geheel geen specifieke regels. Ondernemende stichtingen zijn, ongeacht of zij wel of niet hun jaarrekening moeten publiceren in het maatschappelijk verkeer niet als zodanig herkenbaar. Bovendien is het risico van benadeling van schuldeisers in het algemeen en misbruik in het bijzonder bij een commerciële stichting groter dan bij een non-profit stichting. In mijn visie zou derhalve een bijzondere wettelijke regeling voor de ondernemende stichting wenselijk zijn,waarin enige waarborgen zijn opgenomen voor het afleggen van verantwoording, toezicht, decharge,uitbreiding van de toepasselijkheid van het enquêterecht[98] en voorkoming van misbruik.[99]

6.1.5. De fiduciaire stichting

Stichtingen worden in de praktijk vaak gebruikt voor fiduciaire doeleinden waarbij een scheiding moet worden aangebracht tussen de eigendom en de daaraan verbonden zeggenschap van goederen enerzijds en de financieel-economische belangen anderzijds. Voorbeelden zijn de stichting administratiekantoor in geval van certificering van aandelen of andere goederen bij familiebedrijven of voor werknemersparticipaties, stichtingen die derdengelden beheren en stichtingen die optreden als beheerder of bewaarder van onroerend goed of aandelen bij beleggingsfondsen. Voor deze trustachtige stichtingen bestaat geen bijzondere wettelijke regeling, terwijl zij toch in de praktijk zeer regelmatig voorkomen. De meest voorkomende vorm is de stichting administratiekantoor, een stichting die goederen houdt voor rekening en risico van derden, de certificaathouders of

---

echter bestrijding van terrorisme van buitenlandse corporaties, die in Nederland actief zijn.

94 Art. 2:299a BW.

95 Art. 2:285 lid 3 BW.

96 Zie (thans ongeveer € 1.825.000) artikelen 2:299a, 300 en 360 lid 3 BW.

97 Zie art. 2: 300a BW.

98 Zie artikel 2:344 sub b BW.

99 Zie ook V.A.M. van der Burg, De onderneming in het stichtingsgewaad, Van Vennootschappelijk Belang, Opstellen aangeboden aan J.M.M. Maeijer, Tjeenk Willink,1988, p. 21 -28.

andere belanghebbenden. De stichting is dan juridisch eigenaar of rechthebbende, terwijl de certificaathouders de financieel belanghebbenden zijn. Een dergelijke stichting heeft in de meeste gevallen dan ook geen eigen vermogen. In feite is de stichting administratiekantoor in een aantal gevallen een variant op de familiestichting,[100] daar waar het gaat om het behoud van familievermogen, dat al dan niet is ondergebracht in een familiebedrijf. Ook komt het voor dat een beleggingsportefeuille, een huis dat binnen de familie zou moeten blijven of een kunstcollectie, waarvan de eigenaar wil voorkomen dat zij uit elkaar valt door vererving, op deze wijze worden gecertificeerd. Deze vormen zijn gedurende de afgelopen 20 jaar uit continuïteitsoverwegingen voor het familiebedrijf of familievermogen ook toegepast door een groot aantal Belgische families. De STAK heeft zich daarmede een uitstekend exportartikel getoond. Certificering in het algemeen en de stichting administratiekantoor in het bijzonder kennen, zoals gezegd, een zeer beperkte wettelijke regeling, terwijl daar, zoals ik ook al eerder heb bepleit, wel behoefte aan bestaat.[101] Interessant is dat in België in 1998, gebaseerd op de Nederlandse rechtsfiguur, wel een wettelijke regeling is opgenomen in de Belgische Vennootschapswet.[102] Een stichting administratiekantoor wordt fiscaal als transparant beschouwd, mits zij uitkeringen doorstort aan de houders van de door de stichting uitgegeven certificaten. Gezien het bijzondere karakter van de fiduciaire stichting – scheiding van de juridische en economische (financiële) belangen – en het basiskenmerk dat een dergelijke stichting in beginsel geen eigen vermogen heeft – zij houdt immers voor rekening en risico van derden – zou ik een voorstander zijn van een heldere regeling van deze rechtsfiguur als variant op de stichtingsvorm. Bij het ontwerpen van een wettelijke regeling zou dankbaar gebruik gemaakt kunnen worden van de regeling voor de Treuhand bij onze oosterburen.[103]

6.2. De Vereniging

Bij de Kamer van Koophandel zijn ruim 111.000 verenigingen ingeschreven. De vereniging kent als wettelijke geregelde subvormen de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij.[104] Een zeer bijzondere vorm van de vereniging is nog de vereniging van eigenaars van appartementen. Deze vorm is niet in Boek 2 BW geregeld omdat zij nauw samenhangt met de

---

100 Zie ook A.D.G. Heering, De Stichting Administratiekantoor als Familiestichting, FTV Fiscaal Tijdschrift Vermogen,1 september 2005.

101 Denk bijv. aan het wettelijk pandrecht en de regeling omtrent al dan niet met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen in Boek 2 BW; Zie verder D.F.M.M. Zaman, 'Certificering en modernisering van het ondernemingsrecht- en vennootschapsrecht', *TvOB*, 2004-5, p. 215-219.

102 Zie wet van 15 juli 1998 betreffende de certificatie van effecten uitgegeven door handelsvennootschappen, Belgisch Staatsblad van 5 september 1998, p. 28677-28681.

103 Zie Karsten Schmidt, tap, p. 1826 en volgende.

104 Wetstechnisch zijn deze rechtsvormen, doordat ze bij wet van 16 juni 1988, Stb. 305, in een afzonderlijke titel zijn ingebracht, wel afzonderlijke typen van privaatrechtelijke rechtsvormen, maar qua structuur en inrichting zijn zij als varianten van de vereniging te karakteriseren.

splitsing van gebouwen in appartementen,[105] maar op onderdelen zijn bepalingen uit Boek 2 BW wel van toepassing op een dergelijke vereniging. Kenmerkend voor de vereniging is dat zij een samenwerkingsverband is van leden met een bepaald doel.[106] De oprichting van een vereniging vereist dan ook een meerzijdige rechtshandeling. Evenals een stichting mag ook een vereniging winst maken, mits zij maar niet het oogmerk heeft dit onder haar leden te verdelen.[107] Het echte kenmerkende wettelijke verschil tussen de stichting en de vereniging is dat een vereniging leden heeft en een stichting niet. In de praktijk ziet men echter verenigingen, die nog maar één of twee leden hebben en stichtingen, die vele deelnemers of begunstigers hebben, met vergelijkbare bevoegdheden aan die bij een vereniging.[108] De scheidslijnen tussen de onderscheiden rechtsvormen zijn erg dun en, zoals hiervoor aangegeven, waar er sprake is van overtreding van de materiële kenmerken, worden de wettelijke sancties niet toegepast. Het overgrote deel van de verenigingen zijn sportverenigingen of andere verenigingen met een groot scala aan niet-commerciële activiteiten. Een behoefte aan het toekennen van een specifieke identiteit of herkenbaarheid bestaat er bij al deze verenigingen, anders dan bij stichtingen, eigenlijk niet. De uitzondering is ook hier de ondernemende vereniging. Voor de gewenste kenmerken van deze vorm verwijs ik naar mijn opmerkingen over de ondernemende stichting (zie 6.1.4).

6.2.1. De Coöperatie en de Onderlinge waarborgmaatschappij

Het aantal ingeschreven coöperaties bedraagt thans ongeveer 5.200, terwijl er van de onderlinge waarborgmaatschappij nog amper 600 bestaan. Typerend voor deze verenigingsvormen is dat zij overeenkomsten sluiten met hun leden en dat zij winst mogen uitkeren aan de leden. Zij zijn gericht op ondernemingsactiviteiten. Over de owm kan ik kort zijn. Deze rechtsvorm is immers specifiek geënt op het verzekeringsbedrijf dat zij ten behoeve van haar leden uitoefent,[109] terwijl de owm bovendien de naam "onderling" of "wederkerig" moet bevatten. De owm is daarmede volstrekt herkenbaar in het maatschappelijk verkeer. Zodoende voldoet zij aan mijn uitgangspunt. Het aantal owm's is gedurende de afgelopen decennia fors afgenomen, onder meer onder invloed van de consolidatie en schaalvergroting in de verzekeringsbranche. De verzekerdenleden identificeren zich niet of amper meer met de gedachte van de onderlinge verzekering. Vele owm's zijn omgezet in NV's. Als zodanig is dat echter nog geen reden tot afschaffing van de rechtsvorm. De wettelijke definitie kan mijns inziens wel een stofdoekje gebruiken, mede naar aanleiding van de invoering van de Zorgverzekeringswet per 1 januari 2006.

---

105 Zie artikel 5: 124 en volgende BW.
106 Artikel 2:26 lid 1 BW.
107 Artikel 2:2 lid 3 BW.
108 Zie Hoofdstuk 1 van de Almanak voor de Stichting en de Vereniging onder redactie van J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz en D.F.M.M. Zaman, Uitgeverij Paris, 2003.
109 Artikel 2:53 lid 2 BW.

De coöperatie daarentegen is toe aan een volledige make–over. De coöperatie moet zich volgens de wet: "blijkens de statuten ten doel stellen in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien krachtens overeenkomsten, anders dan van verzekering, met hen gesloten in het bedrijf dat zij te dien einde te hunnen behoeve uitoefent of doet uitoefenen."[110] Ik geef u te doen dit aan een Amerikaanse cliënt uit te leggen. Ondanks verwoede pogingen van Dortmond en Galle in hun vele geschriften over dit onderwerp,[111] tot modernisering van het coöperatierecht is de wetgever vooralsnog stil blijven zitten. De materiële kenmerken die de wet voor de coöperatie stelt zijn vrij stringent en in vele opzichten niet duidelijk. Zoals we hebben gezien tast het niet voldoen hieraan het bestaan van de coöperatie niet aan, maar zij is wel ontbindbaar. Bovendien wordt de rol van de notaris er niet eenvoudiger op. In de praktijk laten zich vele vragen stellen waar geen duidelijk antwoord op is te geven, zoals de vraag of onder "uitoefenen of doen uitoefenen van een bedrijf" ook een holding- of financieringsactiviteit mag worden verstaan[112] – holdingcoöperaties zijn vanuit fiscale structureringsoptiek heden ten dage geliefd –, of in het kader van een dergelijke bedrijfsuitoefening ledenovereenkomsten dienen te worden gesloten en of een coöperatie met slechts één overgebleven lid in een concern opgenomen kan worden. Ook al zou een antwoord op deze vragen door de wetgever uiterst relevant zijn, daarmede is nog niet beantwoord of er voor de coöperatie nog behoefte is aan een bijzondere variant en dat is in mijn visie wel het geval. Anders dan bij de owm[113] voorziet de wet immers niet in een regeling dat een coöperatie een in aandelen verdeeld kapitaal kan hebben. In de praktijk blijkt er behoefte te zijn aan een dergelijke rechtsvorm. Ook de Europese coöperatieve vennootschap kan aandelen uitgeven, zoals ook bij coöperatieve vennootschappen in een aantal andere landen het geval is. Nu Nederland deze vorm niet kent, belemmert dit bijvoorbeeld ook de mogelijkheden van grensoverschrijdende fusie, zoals blijkt uit de memorie van toelichting op het wetsvoorstel daartoe.[114] Nader onderzoek naar de mogelijkheid tot invoering van een coöperatie, die als subvorm van de vereniging (eventueel als subvorm van de kapitaalvennootschap, maar dat zou niet mijn voorkeur hebben) aandelen kan uitgeven, is naar mijn oordeel gewenst.

6.3. De kapitaalvennootschap

De NV en de BV, de laatste naar huidig recht nog als kloon van de NV, ook wel quasi-NV genoemd, zijn de in Boek 2 BW geregelde vormen van de kapitaalvennootschap. Nederland heeft[115] ruim 4.600 NV's en 680.000 BV's. Het aantal wettelijke varianten of subvormen is beperkt. Daaronder vallen de

---

110 Artikel 2:53 lid 1 BW.

111 Zie voor deze en andere literatuur Asser–Maeijer 2 II, De Rechtspersoon.

112 De parlementaire geschiedenis bij titel 7.13 gaat er wel van uit dat een dergelijke activiteit als een bedrijfsactiviteit is te beschouwen.

113 Zie Artikel 2:62 onder c.

114 Zie Kamerstukken II, 2006/2007, 30 929, nr. 3, p. ¾ (MvT).

115 Volgens opgave van het handelsregister.

beleggingsmaatschappij met veranderlijk kapitaal[116] en, zo men wil, de structuurvennootschap.[117] Ik zou de eenpersoonsvennootschap niet als een aparte subvorm willen betitelen, gezien de wel zeer beperkte verschillen met de gewone NV of BV.[118] De NV die de status heeft van beleggingsmaatschappij met veranderlijk kapitaal, is niet onderworpen aan bepaalde wettelijke bepalingen betreffende kapitaalbescherming en kapitaalverhoging. Niet alleen uit de statuten van een dergelijke NV moet blijken dat zij een beleggingsmaatschappij met veranderlijk kapitaal is, maar ook uit de inschrijving in het handelsregister en al haar externe uitingen.[119] Indien een NV niet meer aan deze vereisten voldoet, geldt een andere sanctie dan voor het niet voldoen aan de eerder besproken materiële kenmerken voor de onderscheiden rechtsvormen. In dat geval zijn de bijzondere uitzonderingen niet meer van toepassing.[120] De structuur en inrichting van de structuur- NV of BV wijkt sterk af van die van de gewone NV of BV. De Expertgroep tot flexibilisering van het BV-recht heeft gepleit voor afschaffing van de structuurregeling. Ik zou daar ook een voorstander van zijn, maar zou kunnen leven met afschaffing van de dwingendrechtelijk opgelegde benoemings- en ontslagregeling voor de leden van de raad van commissarissen en de aan de rvc wettelijk toegekende bevoegdheden. Wat overblijft is dan een verplichte instelling van een rvc[121] met overigens een ruime wettelijke en statutaire vrijheid.

6.3.1. De familievennootschap

Nederland kent een groot aantal familiebedrijven, die zowel in de vorm van een kapitaalvennootschap (BV) als in de vorm van een personenvennootschap gedreven worden. Familiebedrijven hebben bijzondere kenmerken die vaak tot uitdrukking komen in de vennootschapsrechtelijke structuur. De Kluiver heeft zich voor de kapitaalvennootschap afgevraagd wat de specifieke kenmerken zijn van een familievennootschap.[122] Hij komt tot de conclusie dat familievennootschappen een grote mate van flexibiliteit in regelgeving vragen. De voorgenomen flexibilisering van het BV-recht kan een belangrijk deel van de knelpunten naar huidig recht oplossen. Een separate rechtsvorm voor het familiebedrijf ligt dan ook vanuit die optiek niet voor de hand. Wel is eerder geopperd om een volledige vrijstelling in de structuurregeling op te nemen voor de familievennootschap. Sedert 1 oktober 2004 is alleen het verzwakt structuurregime van toepassing op vennootschappen met een natuurlijk persoon als aandeelhouder of twee of meer natuurlijke personen met een onderlinge regeling tot samenwerking.[123]

---

116 Artikel 2:76a BW.
117 Afdelingen 6 van de titels 4 en 5.
118 Zie Asser-Maeijer, 2 III, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, Tweede druk, nr. 23.
119 Artikel 2:76a lid 1 sub d en lid 2.
120 Zie Asser-Maeijer, 2 III, Vertegenwoordiging en Rechtspersoon, Tweede druk, nr. 91.
121 In de toekomst mogelijk ook een one-tier board.
122 Zie H.J. de Kluiver, 'Familievennootschappen en (nieuw) vennootschapsrecht', *WPNR*, 2005-6647, p. 985-993.
123 Artikel 2:265a BW.

In de praktijk stuit men veelal bij grotere familievennootschappen niet op bezwaren waar het betreft de instelling van een raad van commissarissen, daar waar het de functie van advies en klankbord betreft. Bij een familie/structuur BV ligt echter, gezien de wettelijke bevoegdheden, een belangrijk deel van de macht bij de raad van commissarissen. Ik vraag mij af of voor deze, op een politiek compromis gebaseerde machtstoedeling, in het huidige tijdsgewricht waarbij ondernemerschap en aandeelhoudersbelangen zo op de voorgrond staan, nog wel een maatschappelijke verantwoording is te vinden.

6.3.2. De Beursvennootschap

In 2001 heeft Winter zich tijdens het Gronings Congres afgevraagd of de bijzondere positie van de beursvennootschap zou moeten leiden tot en specifieke wettelijke regeling van de beursvennootschap.[124] Hij kwam toen uiteindelijk tot de conclusie dat het niet goed mogelijk is de verschillende invalshoeken van het effectenrecht en het vennootschapsrecht samen te brengen. Eerlijk gezegd twijfel ik eveneens of dit wenselijk zou zijn. Wel is duidelijk dat sinds 2001 het belang van de kapitaalmarkt nog verder is toegenomen. Er is inmiddels een Wet op het financieel toezicht en een Wet toezicht financiële verslaggeving met daarin een groot aantal verplichtingen die alleen gelden voor open vennootschappen. Ook wordt inmiddels door de meeste beursvennootschappen de Code Tabaksblat nageleefd. De Stork en ABN-AMRO zaken geven aan dat het beursrecht,en de daarmee samenhangende problematiek van druk van hedgefunds en een verdere verschuiving van ons vennootschappelijk belang naar het belang van de aandeelhouders,een grotere kloof aanbrengen tussen de gewone NV of BV en de beursgenoteerde onderneming. Het gevaar dreigt naar mijn mening dat het zo stoer ontwikkelde recht van de Ondernemingskamer voor de bijzondere beursgevallen ook leidend wordt voor alle andere 685.000 kapitaalvennootschappen. Mijn suggestie zou zijn dat de betrokken ministeries, de AFM en EuroNext gezamenlijk een grondig onderzoek instellen naar de in 2001 door Winter opgeworpen vraag.

6.3.3. Commanditaire vennootschap op aandelen

In het kader van de invoering van de Eerste EG Richtlijn heeft de wetgever bepaald dat de commanditaire vennootschap op aandelen in Nederland onbestaanbaar is.[125] De Richtlijn stelde de rechtsvorm niet verplicht, doch geeft voorschriften waaraan moet worden voldaan, indien het recht deze rechtsvorm kent. Aangezien de minister destijds tot de conclusie kwam dat van een maatschappelijke behoefte aan de rechtsvorm niet was gebleken, is besloten de commanditaire vennootschap op aandelen civielrechtelijk niet langer te erkennen. Ook in het kader van de totstandkoming van titel 7.13

---

124 Zie De beursvennootschap, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, Deel 36, p.1-18.

125 Zie de wet van 28 mei 1975, Stb. 277.

BW heeft de wetgever dit standpunt nogmaals bevestigd.[126] De vraag blijft echter of de behoefte er vandaag de dag inderdaad niet is. Vermeulen heeft eind jaren negentig betoogd dat deze rechtsfiguur voor het MKB nuttig zou kunnen zijn en dus opnieuw zou moeten worden ingevoerd, maar de Raad voor het Midden- en Kleinbedrijf heeft destijds laten weten dat deze behoefte er niet of nauwelijks bestaat.[127]
In Duitsland waar de Kommanditgesellschaft auf Aktien wel als subvorm van de kapitaalvennootschap in de wet is geregeld, en de KGaA zelfs aan de beurs genoteerd kan worden, wordt zij kennelijk toch wel met enige regelmaat toegepast.De KGaA heeft kenmerken van de personenvennootschap en de kapitaalvennootschap, al ligt de nadruk meer op de laatste door de koppeling met de wetgeving van de NV/AG. Het zou mijns inziens geen kwaad kunnen deze rechtsvorm toch eens tegen het licht te houden,zeker als zij beperking van aansprakelijkheid van de commanditaire vennoten (de kapitaalverschaffers) zou kunnen verbinden met een zekere contractsvrijheid(zie hierna ook de Limited Liability Partnership). In fiscale zin wordt de open commanditaire vennootschap op aandelen in Nederland overigens wel beschouwd als een aan de vennootschapsbelasting onderworpen lichaam.

6.3.4. Conclusie

Na flexibilisering van het BV-recht is er naar mijn mening geen behoefte aan een derde vrije rechtsvorm naast de NV en de BV, zoals de in 1990 in de Verenigde Staten geïntroduceerde LLC.[128] Uit onderzoek zou wel kunnen blijken dat het wenselijk is aan de beursvennootschap, als subvorm van de NV, een bijzondere status te geven. De gewone NV blijft dan de – veelal besloten – rechtsvorm voor banken, verzekeraars, beleggingsfondsen, accountants, advocatenkantoren en dergelijke. Ook de commanditaire vennootschap op aandelen verdient een nader onderzoek.

6.4. Personenvennootschappen

Personenvennootschappen – de maatschap, vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap – zijn er traditioneel voor het MKB. Volgens het handelsregister zijn er ongeveer 155.000 vennootschappen onder firma – van bouwcombinaties tot schilderbedrijven – en 10.500 commanditaire vennootschappen – van joint ventures tot beleggingsvehikels – ingeschreven. Het aantal maatschappen (stille vennootschappen) – in de agrarische sfeer, voor vrije beroepen en als onroerendgoed maatschap – is onbekend, omdat deze thans nog niet inschrijvingsplichtig zijn, hetgeen naar nieuw recht overigens wel het geval zal zijn. Het

---

126 Zie Kamerstukken 28 746, nr. 3, p. 73 en het daarop gebaseerde artikel 836 lid 4 dat een commanditaire vennootschap geen in aandelen verdeeld kapitaal heeft.

127 Zie E.P Vermeulen, De commanditaire vennootschap op aandelen, In Personenvennootschap en onderneming, Over persoonsgebonden ondernemingen en titel 7 ONBW, Uitgave Center for Company Law, 1999, p. 77 en volgende.

128 Vgl L. Timmerman, Column Ondernemingsrecht, 2007/2, p. 33.

personenvennootschapsrecht wordt binnenkort grondig herzien met als gevolg een moderne, compacte en geïntegreerde regeling.[129] Na invoering van de nieuwe titel 7.13 BW kennen wij als moedervorm de vennootschap, die zich als stille en als openbare vennootschap(OV) zal kunnen voordoen. De maatschap en de vennootschap onder firma zullen uit het recht en het straatbeeld verdwijnen. Een bijzondere, gekwalificeerde vorm van de openbare vennootschap is de commanditaire vennootschap. Zowel een openbare vennootschap als een commanditaire vennootschap kan optioneel kiezen voor rechtspersoonlijkheid (de OVR en CVR) en deze ook weer opgeven. Daarnaast kent de nieuwe wetgeving nog een aantal noviteiten, zoals continuïteit bij wijzigingen in het vennotenbestand en de mogelijkheid tot omzetting van een OVR of CVR in een BV en vice versa.
Valt er met al deze ons door Maeijer voorgetoverde juridische lekkernijen in het vooruitzicht nog wel wat te wensen over? Ik moet bekennen dat Rupsje-nooit-genoeg nog een aantal verlangens heeft waaraan de wetgever in het wetsvoorstel nog niet tegemoet is gekomen. Ik noem de belangrijkste:

(i) Rechtspersoonlijkheid voor iedere openbare vennootschap, dat wil zeggen zonder dat hiervoor door middel van een notariële akte gekozen dient te worden, zoals nu het uitgangspunt wordt.[130] De wetgever heeft voor de huidige optionele mogelijkheid gekozen onder druk vanuit de praktijk, maar het blijft een compromismodel. Indien voor iedere OV een notariële akte zou worden voorgeschreven kan daar ook altijd rechtspersoonlijkheid aan worden toegekend. Dit bevordert de rechtszekerheid. Bovendien wordt voorkomen dat er onduidelijkheid zal zijn of wel of niet sprake is van een openbare vennootschap, zoals op grond van de huidige tekst van artikel 801 lid 2 zeer wel denkbaar is. Daarnaast kan de wetgeving aanzienlijk worden vereenvoudigd, omdat er geen onderscheid meer vereist is tussen vennootschappen die wel en die geen rechtspersoonlijkheid hebben.[131]

(ii) De mogelijkheid tot omzetting in andere rechtsvormen dan de BV of om juridisch te splitsen dan wel te fuseren met andere personen of kapitaalvennootschappen, zodat niet de – complexe en kostbare – omweg via de BV gevolgd behoeft te worden. Ook hiervoor is regelmatig gepleit vanuit wetenschap en praktijk.[132]

(iii) De personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid, ook wel de Limited Liability Partnership (LLP) genoemd, dat wil zeggen een rechtsvorm die de contractuele inrichtingsvrijheid koppelt aan

---

129 Kamerstukken I 28 746.

130 Een aantal dogmatici meent overigens dat iedere vennootschap thans al als rechtssubject te beschouwen is, zie recent J.M. Blanco Fernández, Vennootschap met en zonder rechtspersoonlijkheid: eerste barsten in de wetgeving, WPNR 2006/6682, p. 679-680.

131 Zie Mohr, Personenvennootschappen, Preadvies van de Vereeniging Handelsrecht 2003, p. 5 en volgende.

132 Met name door Raaijmakers, Zie M.J.G.C. Raaijmakers, Reorganisaties van vennootschappen en rechtspersonen: omzetting, fusie en (af)splitsing, WPNR 1997/6276.

beperkte aansprakelijkheid van vennoten. Deze rechtsvorm, waarbij vennoten veelal overigens wel voor eigen fouten aansprakelijk zijn, bestaat inmiddels in een aantal landen, waaronder de Verenigde Staten en Engeland. Juist ook voor startende ondernemers zal de introductie van deze rechtsvorm – de openbare vennootschap met beperkte aansprakelijkheid(OVBA) – een welkome aanvulling zijn. Inmiddels lijkt de wetgever, die eerst nogal afwijzend stond tegenover de LLP[133] mogelijk toch door de bocht te willen gaan, nu er, via het WOCD, een nader onderzoek zal worden verricht naar deze nieuwe rechtsvorm.[134] Zoals ikzelf eerder heb bepleit[135] kan de OV of OVR met beperkte aansprakelijkheid op vrij eenvoudige wijze worden uitgewerkt in het nieuwe stelsel door aanpassing van artikel 813 lid 2. Indien het uitgangspunt wordt dat alleen beroepsbeoefenaren (of hun praktijk-BV's) kwalificeren voor deze rechtsvorm en dat alleen de vennoot die de beroepsfout heeft gemaakt aansprakelijk is – dus een omkering van de bewijsregel – hebben we in feite de LLP geïntroduceerd. Uiteraard zou ook aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad onder de aansprakelijkheidsbeperking moeten worden gebracht, zoals thans niet het geval is. Voor de goede orde wijs ik nog op het Duitse alternatief voor de commanditaire vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, de GmbH & Co KG. Ook een Nederland komt de CV met een BV als beherend vennoot regelmatig voor, mede vanuit dezelfde behoefte aan fiscale transparantie gekoppeld aan beperking van aansprakelijkheid.

(iv) De vrije overdraagbaarheid van commanditaire deelnemingen. Noch in de huidige wetgeving noch in titel 7.13 BW wordt de maatschap/vennootschap op aandelen geregeld. Reeds uit oude jurisprudentie blijkt dat het uitreiken van aandelen aan vennoten/participanten niet in strijd is met het rechtskarakter van de maatschap.[136] Een aandeel is dan in feite de belicharning van de participatie die een vennoot heeft in een vennootschap, zoals een certificaat van een aandeel in een BV de belicharning is van een contractuele positie jegens een Stichting Administratiekantoor. De overdracht van een dergelijke participatie (op naam) bewerkstelligt de overdracht van de contractuele, en zo mogelijk ook de goederenrechtelijke positie van een vennoot. Aan het begin van mijn rede sprak ik over de overdracht van ambachtsporties in de Ambachtsheerlijkheid Cromstrijen. De overdracht van een

---

133 Vgl. Kamerstukken 28 746, nota, nr. 5, p. 8.

134 Zie ook F.R. Salomons, De flexibele BV en de personenvennootschap, Ondernemingsrecht 2006-14, p. 509-513.

135 Zie D.F.M.M. Zaman, De vennootschap (titel 7.13 BW): een hybridisch schepsel dat uitstekend past in de flexibilisering van het ondernemingsrecht, WPNR 04/6583, p. 503-504.

136 Zie HR 6 februari 1935, B. 5795, NJ 1935, 1513, met nt. Meijers, waarin de Hoge Raad overwoog: 'dat geenerlei wetsbepaling zich verzet tegen een wisseling in de personen der maatschap, noch in het bij voorbaat treffen van regelingen dienaangaande (...) dat uiteindelijke het uitreiken van aandeelbewijzen- (...) – ook bij een maatschap mogelijk is.'.

ambachtsportie is niets anders dan de overdracht van een aandeel of participatie.
Voor de overdracht van een commanditaire deelneming heeft de wetgever met zoveel woorden gezegd dat deze mogelijk is. Bedoeld is dan de overdracht door middel van cessie in het kader van een opvolging, dat wil zeggen een uittreding die op hetzelfde moment gevolgd wordt door een toetreding.[137] Ik zou er voor willen pleiten dat in titel 7.13 uitdrukkelijk bepaald wordt dat van een commanditaire vennootschap overdraagbare participaties kunnen worden toegekend. Daarmee zou dan tevens vaststaan dat een commanditaire deelneming, als een overdraagbaar goed, ook verpand kan worden. In de huidige praktijk bestaat hier onzekerheid over. Afhankelijk van het besloten karakter van de commanditaire vennootschap zal het fiscale regime – fiscaal transparant of niet – kunnen worden vastgesteld.[138]

6.5. Nieuwe juridische infrastructuur

Hoe zit het verlanglijstje voor de juridische infrastructuur voor rechtsvormen er dan uit?

1. De stichting, met als subvormen:
   - de familiestichting;
   - de maatschappelijke onderneming;
   - de overheidsstichting;
   - de ondernemende stichting; en
   - de fiduciaire stichting.

2. De vereniging, met als subvormen:
   - de ondernemende vereniging;
   - de coöperatie, die optioneel ook aandelen kan uitgeven;
   - de onderlinge waarborgmaatschappij; en volledigheidshalve
   - de vereniging van appartementseigenaars.

3. De kapitaalvennootschap[139] met als subvormen:
   - de naamloze vennootschap, en eventueel;
   - de beursgenoteerde vennootschap;
   - de beleggingsmaatschappij met veranderlijk kapitaal;
   - de (flexibele) BV, en eventueel
   - de commanditaire vennootschap op aandelen.[140]

---

137 Vgl. artikel 823.

138 Zie ook J.A. Mc Cahery en E.P.M. Vermeulen, De herziening van de commanditaire vennootschap vanuit een rechtseconomisch perspectief, Herziening persoonsgebonden ondernemingsvormen, Uitgave van het Center for Company Law, 2003, p. 131-145.

139 Ik beschouw het structuurregime in dit kader gemakshalve niet als een subvorm.

140 Deze rechtsvorm zou eventueel ook in de categorie personenvennootschappen zijn onder te brengen.

4. De personenvennootschap, die bestaat uit:
   - de stille vennootschap; en
   - de openbare vennootschap, die bij voorkeur altijd rechtspersoonlijkheid heeft (OVR) of zonder rechtspersoonlijkheid (OV), met als subvormen:

     (i) De commanditaire vennootschap, al dan niet met rechtspersoonlijkheid (CVR of CV); en
     (ii) De openbare vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (OVBA).

5. De Europese rechtsvormen.

7. Een plan van aanpak

Zoals ook in het bedrijfsleven gebruikelijk is bij een omvangrijke herstructurering, zal de wetgever, indien hij de bovenbesproken herziening van het rechtspersonen- en vennootschapsrecht binnen een redelijke termijn tot een goed einde wil brengen, daartoe een plan van aanpak moeten voorbereiden. De randvoorwaarden – effectief, flexibel, geen detailwetgeving, rechtszekerheid – moeten worden vastgesteld en er moeten prioriteiten worden gesteld. Het recente verleden belooft immers in dat opzicht niet veel goeds. Het Rapport van de Commissie Moltmaker over de Familiestichting dateert uit 2000. Er is nog geen wetsvoorstel. Het wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 BW[141] is op 24 december 2002 bij de Tweede Kamer ingediend en tot op heden nog steeds niet in werking getreden. De wijziging van het toezicht op rechtspersonen is op 18 maart 2005 aangekondigd, maar een wetsvoorstel is – ook al is er thans een voorontwerp – nog niet bij de Tweede Kamer aangeboden en ook de flexibilisering van het BV-recht, waar dan toch kennelijk wel de vereiste hoge politieke druk op zou moeten zitten, heeft tot nu toe nog niet geleid tot een wijziging van Boek 2 BW. De Nota Modernisering Ondernemingsrecht uit 2004[142] belooft veel, maar hier is nog betrekkelijk weinig van uitgekomen. Het wetgevingsproces zal in ieder geval veel korter moeten duren dan gebruikelijk, indien wij tot een concurrerender en slagvaardiger vennootschapsrecht willen komen. Omdat juridische, fiscale en regulatoire elementen door elkaar heen lopen zal daarnaast een goede samenwerking tussen in het bijzonder de Departementen van Justitie, Financiën en Economische Zaken een voorwaarde zijn. Gezien het tekort aan wetgevingsambtenaren zou men zich kunnen voorstellen dat bepaalde instituten van Universiteiten bij het voorbereiden van wetgeving betrokken worden, zoals ook in andere landen niet ongebruikelijk is. Vanuit financieringsoptiek van het onderwijs snijdt het mes dan immers aan twee kanten. Nadat het omvangrijke herzieningsproces is afgerond zou een – breed samengestelde – Monitoring Commissie (à la de Commissie Frijns

---

141 Kamerstukken 28 746.
142 Kamerstukken 29 752, nr. 3.

voor Corporate Governance of het Innovatieplatform) de vinger aan de pols kunnen houden door middel van een jaarlijkse rapportage. Deze commissie zou naar aanleiding van nationale en internationale ontwikkelingen, de behoeften uit de praktijk en de effectiviteit van ingevoerde regelgeving – door empirisch onderzoek en consultatie – jaarlijks moeten toetsen.[143] Kortom, ik zou ervoor willen pleiten dat de wetgevingstechniek voor het rechtspersonen- en vennootschapsrecht eveneens grondig wordt herzien.

8. Afsluitende conclusie

De eerste 100 dagen van het nieuwe kabinet zijn sinds vorige week voorbij. Ik heb aangegeven dat de tijd er rijp voor is om een frisse wind door Boek 2 BW te laten gaan. Uitgaande van de huidige rechtsvormen moet er meer variëteit en flexibiliteit komen in het menu van rechtsvormen. De voorwaarde is wel dat deze rechtsvormen in het handels- en rechtsverkeer herkenbaar en identificeerbaar zijn door vereenvoudigde kwalificatie en dat er toetsing plaatsvindt op naleving van de wettelijke voorschriften. Ik heb met mijn rede een bijdrage willen leveren aan de verbetering van de infrastructuur voor rechtsvormen en de daarvoor benodigde wetgeving op het gebied van het rechtspersonen- en vennootschapsrecht. Dergelijke wetgeving faciliteert in mijn visie niet alleen een innovatieve, concurrerende en ondernemende economie – de tweede pijler van het Coalitieakkoord – maar beantwoordt ook aan de wensen van flexibiliteit, dynamiek en rechtszekerheid. Dit streven sluit naadloos aan bij de rol van de moderne notaris.

9. Slotwoord

Ik ben bijna aan het eind van mijn rede gekomen in een stad, die voor mij – als Leijenaar – tot voor kort 'Achter Woerden' lag. Ik voel mij dan ook – meervoudig – als een ontdekkingsreiziger op zoek naar nieuw land, naar nieuwe grenzen. Het Utrechts Universiteitsfonds en het College van Bestuur van deze Universiteit hebben mij het schip bezorgd om op deze ontdekkingsreis verder te gaan. Onderzoek gaat echter gepaard met onderwijs. De kennis opgedaan in de wetenschap en, in mijn geval, met name in de praktijk moet immers worden overgedragen. Men noemt mij wel eens gedreven. Dat is zeker het geval als mijn passie voor het ondernemingsrecht samenkomt met mijn passie voor het notariaat. En om met Louise Fresco te spreken: 'Het doel van onderwijs aan een universiteit is in studenten een levenslange passie te laten ontbranden voor wetenschappelijke methoden en objectieve feiten, dus voor kritisch en kwantitatief denken, ook als dat tegen de intuïtie ingaat'.[144] Als ontdekkingsreiziger laat men zich niet door de toch wel erg grote kloof tussen de wetenschap en de praktijk uit het veld slaan. Ik zie het als mijn opdracht om op het snijvlak van het notarieel recht en het

---

143 Zie ook de recente toets door de AFM van haar aandachtsgebieden en speerpunten in het meerjarenplan: "Beleid en Prioriteiten AFM", periode 2007-2009.

144 Zie Diesrede op www.uva.nl/lustrum.

ondernemingsrecht een brug te slaan, zodat studenten die eenmaal het notariële traject aan deze Universiteit met succes hebben afgerond in staat zullen zijn hun privaatrechtelijke bagage op rechtskundige en sociaal vaardige wijze te vertalen in akten en adviezen. Om terug te keren naar de Habsburgers: de Utrechtse notariële praktizijn moet geen modellenridder zijn. Zijn kennis en juridische creativiteit moeten hem in staat stellen aan de zware eisen van overheid en burger te voldoen door het leveren van kwalitatief hoogwaardige diensten en producten die aan de eisen van rechtszekerheid en zorgvuldigheid tegemoet komen. Nederland kent, als ik het vergelijk met een aantal andere landen, een goed notariaat. Maar het moet nog beter. De notariële bevoegdheid is meer dan een door de overheid verleende vergunning. Het notariaat moet daar wel wat voor doen: 'Noblesse Oblige'. Daar staat tegenover dat het een Heerlijk Ambacht is.

10. Dankwoord[145]

Ik sluit nu echt af. Allereerst dank ik het Utrechts Universiteitsfonds, dat deze bijzondere leerstoel heeft ingesteld, en het College van Bestuur dat deze instelling heeft bekrachtigd.

Mijn belangstelling voor het notariaat werd gewekt in het huis in Hulst, waar ik opgroeide en waar een oudoom van mij, Notaris van Dalsum, in de jaren twintig en dertig zijn praktijk had. Van Dalsum was een bijzonder man die opkwam voor het volk – één middag per week gaf hij gratis advies – en zich, ondanks het feit dat hij katholiek was, verzette tegen de macht van de kerk. De inspiratie voor het notariaat kwam pas aan het eind van mijn studie in Leiden door de komst van Martin Jan van Mourik, die zijn studenten op Bourgondische en spirituele wijze met het vennootschapsrecht in aanraking bracht. Mijn voorganger als notaris, Henk Maas, bracht mij de liefde voor de ondernemingsrechtelijke praktijk bij. Via Geert Lekkerkerker en Wilco Oostwouder werd ik aan het denken gezet om mijn belangstelling voor onderwijs en onderzoek in daden om te zetten. Ik dank hen allen daarvoor.

Ik zou hier niet hebben gestaan, indien Loyens & Loeff mij niet de kans had gegeven de brug te slaan van praktijk naar wetenschap. Ik dank al mijn partners daarvoor zeer.

Ik kijk uit naar de verdere samenwerking met Steven Bartels, Loes Lennaerts, Wilco Oostwouder, Steven Schuit en alle anderen die aan het zo prachtige Molengraaff Instituut zijn verbonden.

Tegen alle studenten, waaraan ik mijn enthousiasme voor het notariële ondernemingsrecht hoop over te kunnen dragen, zou ik willen zeggen: Wenn Wir es alleine nicht schaffen, dann schaffen Wir es zusammen.

---

145 Een bijzonder dankwoord bij de totstandkoming van deze oratie spreek ik graag uit voor mijn trouwe secretaresses, Thea Jongman-Rijsdijk en Esther ten Braak, en voor Huub Dijstelbloem, als kritische lezer van het manuscript.

Ik ben ontzettend verheugd dat hier zowel mijn ouders als mijn schoonouders in toch nog betrekkelijk goede gezondheid aanwezig kunnen zijn. Ik prijs mijzelf een uiterst gelukkig mens dat zij dit mogen meemaken.

Patrique: Blijf ondernemen, maar ken je grenzen!

Paul: Het komt allemaal goed. Ook Leonardo da Vinci was de zoon van een notaris!

Heike: Ik geloof in het Notarieel Ondernemingsrecht, maar veel meer nog geloof ik in jou en mij!

Ik heb gezegd!