



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het ondernemingsrecht als katalysator voor de economie?

Zaman, D.F.M.M.

Citation

Zaman, D. F. M. M. (2015). *Het ondernemingsrecht als katalysator voor de economie?*. Leiden: Universiteit Leiden. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/34911>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/34911>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Prof.mr.drs. D.F.M.M. Zaman

Het ondernemingsrecht als katalysator voor de economie?



Universiteit
Leiden

Bij ons leer je de wereld kennen

Het ondernemingsrecht als katalysator voor de economie?

Oratie uitgesproken door

Prof.mr.drs. D.F.M.M. Zaman

bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar op het gebied van

Notarieel Ondernemingsrecht

aan de Universiteit Leiden

op vrijdag 20 maart 2015



Universiteit
Leiden

© 2015 D.F.M.M. Zaman | Een commerciële versie van deze uitgave zal worden verzorgd door Uitgeverij Paris, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet 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.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 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 (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6251-071-5

PROF.MR.DRS. D.F.M.M. ZAMAN

Inhoud

1. Inleiding	5
2. Wat is ondernemingsrecht	5
3. Wat is de functie van het ondernemingsrecht?	7
4. De ontwikkeling van het ondernemingsrecht	9
5. De rol van het ondernemingsrecht ter bevordering van het concurrentievermogen	12
6. Hoe kunnen we Nederland aantrekkelijker maken als vestigingsland door het nemen van ondernemingsrechtelijke maatregelen?	13
7. De rol van de notaris	19
8. Het katalyserende grensvlak tussen notariaat en ondernemingsrecht	21
9. Enkele bespiegelingen over de toekomst van het notariaat	22
10. Slot	23

Mijnheer de Rector Magnificus, zeer gewaardeerde toehoorders,

1. Inleiding

Sedert 2012 kan een ondernemer een BV oprichten met een kapitaal van € 0,01, zonder externe goedkeuringen en administratieve vereisten, behalve een notariële akte, en met online registratie bij het Handelsregister. En dat alles binnen één dag. Als het aan ABN AMRO ligt gaat zij dit jaar naar de beurs, voorzien van een beschermingsconstructie¹, opdat in de toekomst voorkomen wordt dat de Staat, net als in 2008, wederom € 21 miljard moet betalen om “De Prooi” uit handen van korte termijn denkende aandeelhouders te redden. Volgens Sergio Marchionne, CEO van Fiat Chrysler wordt Ferrari mogelijk een Nederlandse Holding.² Het voordeel van een Nederlandse holding zit hem volgens Marchionne in het feit dat Nederland, anders dan Italië, een mechanisme kent dat stabiele aandeelhouders een dubbel stemrecht geeft. Dit zijn drie voorbeelden, waarbij het Nederlandse ondernemingsrecht de ondernemer faciliteert, het ondernemerschap bevordert. De snelle en eenvoudige oprichting van een BV is gebaseerd op wetgeving. De aanvaardbaarheid van beschermingsconstructies en loyaliteitsaandelen is gebaseerd op uitspraken van de Hoge Raad.

De vraag die ik vandaag met u aan de orde wil stellen betreft de invloed van het ondernemingsrecht op onze economie en in het bijzonder of het ondernemingsrecht een katalyserende rol vervult of zou moeten vervullen bij het bevorderen van het concurrentievermogen van Nederland als vestigingsland.

Mijn vraag naar het effect van het ondernemingsrecht op de economie heeft mede ten doel de keerzijde te belichten van de relatie tussen de economie en het ondernemingsrecht, en met name de rol van de wetgever daarbij. In de afgelopen jaren is er immers in rechtspraak en literatuur in toenemende mate aandacht besteed aan de invloed van de economie en de zogenoemde ‘economische realiteit’ op het ondernemingsrecht in het bijzonder als gevolg van de vele voor de rechter uitgevoch-

ten ondernemingsrechtelijke geschillen waardoor het bereik van het enquêterecht enorm is uitgebreid.³

Van de gelegenheid maak ik gebruik, waar dit zinvol is, voort te borduren op mijn in 2007 in Utrecht uitgesproken gedachten over de modernisering van de infrastructuur van rechtsvormen binnen het ondernemingsrecht. Het tweede deel van dit openbaar college zal, gezien mijn leeropdracht, Notarieel Ondernemingsrecht, specifiek gaan over de rol van de notaris nu en in de toekomst, in het bijzonder binnen het ondernemingsrecht. Ik hoop mijn gedachten enigszins bij u over te kunnen brengen Zoals Confucius immers al zei: de hele kunst van het spreken is begrepen te worden.

2. Wat is ondernemingsrecht?

2.1. Wat verstaan wij onder het ondernemingsrecht en wat is de functie ervan? Het begrip ondernemingsrecht is betrekkelijk nieuw. Een wettelijke definitie van het rechtsgebied is er niet. Wij zullen derhalve moeten zoeken naar een in de literatuur en jurisprudentie algemeen aanvaarde beschrijving.⁴ Daaruit kun je opmaken dat het (Nederlandse) ondernemingsrecht zich in eerste instantie richt op de structuur en inrichting van de ondernemer en de onderneming en van daaruit op de daarbij direct betrokken stakeholders. Als ondernemer zien we dan de eenmanszaak, ook al kent die in de Nederlandse wetgeving geen specifieke wettelijke basis, de privaatrechtelijke rechtspersonen uit Boek 2 BW, de personenvennootschappen en de Europese of buitenlandse rechtsvormen, die als zodanig actief zijn in Nederland. Wat rechtsvormen betreft is er in Nederland een gesloten systeem, waarvan de wettelijke omschrijving de afgelopen 60 jaar, op de Flex-BV na, vrijwel niet is veranderd.⁵ Het begrip onderneming is lastiger in te kaderen. Er zijn vele definities van het begrip onderneming. Volgens het Handelsregisterbesluit 2008 is er sprake van een onderneming “indien een voldoende zelfstandig optredende organisatorische eenheid van één of meer personen bestaat waarin door voldoende inbreng van arbeid of middelen ten behoeve van derden diensten of goederen worden geleverd of werken tot stand gebracht

met het oogmerk daarmee materieel voordeel te behalen”⁶ Ik vertaal deze mooie volzin even voor u. Het eenmalig organiseren van een Dance festival, al dan niet met levering van een bijbehorend XTC-pilletje, door enkele studenten, kan reeds worden aangemerkt als het drijven van een onderneming.

Daarnaast zijn er andere juridische definities, er zijn economische definities⁷ en ook fiscale definities. Volgens het Europees Hof van Justitie is een onderneming elke eenheid die een economische activiteit verricht, ongeacht haar rechtsvorm en wijze van financiering.⁸ Ook kennen we bijvoorbeeld het weer iets beperkter begrip ‘onderneming’ in de Wet op de Ondernemingsraden, waaronder wordt verstaan “elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend verband, mits daar krachtens arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht”.⁹ Bepalend voor de begripsvorming is derhalve niet of er sprake is van een winstoogmerk, een privaat belang of een publiek belang. Het ondernemingsrecht gaat in deze gedachtegang dan ook niet alleen over het vennootschapsrecht, maar ook over het rechtspersonenrecht inzake rechtsvormen - veelal stichtingen en verenigingen - die geen onderneming (in de zin van commerciële activiteiten) drijven, maar wel een organisatie (of instelling), hoe klein die misschien ook is. Ik reken derhalve in mijn brede definitie tot het ondernemingsrecht de eenmanszaak (tegenwoordig is dit vaak een ZZP’er), maar ook semi-publiekrechtelijke instellingen als de woningcorporatie, een school, de Universiteit of het ziekenhuis. Wat voor het begrip onderneming geldt, kan men ook loslaten op het vrije beroep. Wat is bovendien eigenlijk nog een vrij beroep nu de persoonlijke kwaliteiten van de beroepsbeoefenaren binnen een organisatie steeds meer naar de achtergrond verdwijnen, en is er derhalve nog wel een wezenlijk verschil met het begrip onderneming of bedrijf?¹⁰ Ook in het (ingetrokken) Wetsvoorstel titel 7.13 BW voor personenvennootschappen was het verschil tussen beroep en bedrijf komen te vervallen. Nu goede, eenduidige definities niet te geven zijn, scharen we maar zoveel mogelijk onder het begrip onderne-

mingsrecht. Dus ook openbare maatschappen, waarin een beroep wordt beoefend, fondsen voor gemene rekening en zelfs kerkgenootschappen, voor zover niet vallend onder kerkelijk recht, vallen daarmee onder het begrip ondernemingsrecht.

2.2. Krachtens het in 2014 gepubliceerde Voorontwerp bestuur en toezicht rechtspersonen¹¹ zal de gedragsnorm waarnaar bestuurders en toezichthouders zich bij de vervulling van hun taak moeten richten worden uitgebreid. Nu is dit nog “het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming”. Dit zal conform het Voorontwerp worden: “het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie”. De voorgestelde formulering beoogt uit te drukken dat ook wanneer een rechtspersoon geen onderneming drijft - onduidelijk is welk ‘ondernemingsbegrip’ de wetgever hier hanteert - toch sprake kan zijn van een “samenstel van belangen, die samen het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie vormen”, zoals de belangen van oprichters, leden, donateurs, schuldeisers en werknemers. De wetgever wenst door deze uitbreiding van het begrip ‘onderneming’ naar ‘organisatie’ kennelijk de algemene normen van Boek 2 BW (bijvoorbeeld de artikelen 8 en 9) toe te passen op alle in Boek 2 geregelde rechtsvormen. Bovendien lijkt hij hiermee het rechtspersonen- en vennootschapsrecht uit te willen breiden tot ‘organisatierecht’. Zouden we het ‘ondernemingsrecht’ dan nu ook moeten omdopen in ‘organisatierecht’? Laten we dat maar niet doen, het is al verwarrend genoeg, en ook bestuurs- en organisatiedeskundigen moeten hun boterham verdienen.

2.3. Het ondernemingsrecht is de afgelopen decennia als rechtsgebied sterk uitgebreid. Naast het rechtspersonenrecht uit Boek 2 BW en het personenvennootschapsrecht¹² is er veel Europese regelgeving gekomen door middel van Verordeningen en Richtlijnen. Het ondernemingsrecht wordt daarnaast sterk beïnvloed door aanpalende rechtsgebieden, zoals het financieel recht (denk alleen maar al aan het steeds verder uiteenlopende begrippenkader)¹³, het effectenrecht

(kapitaalmarkt), het jaarrekeningenrecht, het medezeggenschapsrecht, het fiscaal recht, het internationaal privaatrecht, het faillissementsrecht, het mededingingsrecht, het OD aansprakelijkheidsrecht voor bestuurders, toezichthouders en aandeelhouders (denk aan afgeleide schade en afgeleide acties), de vele beschikkingen van de Ondernemingskamer inzake het enquêterecht, alsmede andere rechterlijke uitspraken inzake ondernemingsrechtelijke geschillen, in de Amerikaanse literatuur ook wel “agency” problemen genoemd. Ook corporate social responsibility (CSR) en social entrepreneurship, ofwel ‘maatschappelijk verantwoord ondernemen’, worden in toenemende mate tot de grensgebieden van het ondernemingsrecht gerekend. Daarnaast speelt ‘soft law’ een steeds belangrijker rol binnen het ondernemingsrecht, bijv. in de vorm van zelfregulering via diverse Governance Codes, maar ook via Best Practices en aanbevelingen vanuit de Europese Commissie (denk aan het bonusbeleid voor banken).

Een belangrijk onderdeel van het ondernemingsrecht in de praktijk bestaat ten slotte uit de zogenoemde ‘M&A’-praktijk, dat wil zeggen een combinatie van vennootschapsrecht, vermogensrecht, effectenrecht, financieel recht, mededingingsrecht, medezeggenschapsrecht, contractenrecht en fiscaliteit, daar waar het beursnoteringen, openbare biedingen, beschermingsconstructies, fusies, overnames, bedrijfsopvolging, herstructureringen, joint ventures en afspraken tussen aandeelhouders betreft. Kortom, het als zodanig al sterk uitgebreide ondernemingsrecht, wordt op haar beurt weer geflankeerd door een groot aantal andere rechtsgebieden rondom ondernemingen en instellingen. Dit betekent ook dat de gespecialiseerde ondernemingsrechtjurist voldoende zicht moet hebben op deze flankerende terreinen. De goede ondernemingsrechtsspecialist denkt steeds universeler in plaats van dat hij of zij steeds meer weet over steeds minder. De echte specialist moet immers overzicht hebben op de totale materie van het recht tot het economische effect daarvan en vice versa. De relatie tussen economie en ondernemingsrecht speelt daarbij een belangrijke rol.

3. Wat is de functie van het ondernemingsrecht?^{14,15}

Een volgende vraag die men zich kan stellen is, wat de functie is van het ondernemingsrecht. Wat zijn de doelstellingen? Vanuit de algemene gedachte dat het ondernemingsrecht er toe dient het ondernemerschap te faciliteren en te bevorderen, kan een aantal specifieke doelstellingen van het ondernemingsrecht worden onderscheiden. Ik noem:

(I) **Juridische infrastructuur:**

het bieden van een doelmatige, juridische infrastructuur voor ondernemingen en instellingen. Kortom, het faciliteren en, waar nodig, reguleren van rechtsvormen en rechtsfiguren (bijvoorbeeld omzetting, fusie en splitsing). Deze infrastructuur biedt, bij voorkeur via regeland recht, een wettelijk vangnet voor ondernemingen en instellingen, of ik moet nu eigenlijk zeggen: organisaties. Dwingend recht komt pas aan de orde waar dit vereist is om specifieke belangen van stakeholders te beschermen. Goede recente voorbeelden hiervan zijn de flexibilisering en vereenvoudiging van het BV-recht en de regeling voor een toezichthoudend orgaan bij de stichting en de vereniging, waarin het Voorontwerp van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen voorziet.

(II) **Rechtszekerheid:**

het bieden van rechtszekerheid, betrouwbaarheid en integriteit bij gebruik van een bepaalde rechtsvorm of bepaalde rechtsfiguren (bijv. rechtspersoonlijkheid, beperking aansprakelijkheid voor leden van een vereniging of aandeelhouders van een NV of BV, beperkte vernietigingsgronden bij fusie en splitsing). Een ondernemer wil immers weten waar hij aan toe is. Ook zekerheid over de fiscale gevolgen van ondernemen horen hier naar mijn smaak bij, maar wetgever en politiek blijken op dit onderdeel niet altijd even betrouwbaar te zijn.

(III) **Rechtsbescherming:**

het stellen van (rand)voorwaarden ter bescherming van specifieke belangen, zoals die van schuldeisers (kapitaal- en vermogensbescherming, verzetsrecht, publicatie

jaarrekening), werknemers (medezeggenschap op grond van de WOR en de SER-Fusiegedragsregels) en minderheidsaandeelhouders (vetorechten, geschillenregeling), en meer in het algemeen, tegen misbruik ten behoeve van persoonlijke belangen (tegenstrijdig belangsituaties, corporate opportuniteiten). Voor een deel beogen Governance Codes in deze rechtsbescherming te voorzien.

(IV) Misbruikbestrijding:

het stellen van (rand)voorwaarden en sancties ter voorkoming van algemeen misbruik van rechtspersoonlijkheid en beperking van aansprakelijkheid (notariële akte als vereiste bij levering en uitgifte van aandelen, persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders, commissarissen en beleidsbepalers bij ernstig verwijtbaar gedrag, de invoering van een wettelijke regeling voor het civielrechtelijk bestuursverbod en de invoering van een centraal aandeelhoudersregister).

(V) Belang van de rechtspersoon:

het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden organisatie, ook wel het vennootschappelijk belang genoemd. Deze normstelling voor het gedrag van bestuurders en toezichthouders bij de uitoefening van hun taken wordt naar huidig recht wel als de kern van het ondernemingsrecht beschouwd.¹⁶ Volgens Timmerman¹⁷ houdt deze normstelling in het bevorderen van het succes van de door de vennootschap gedreven onderneming, en dat succes dan als lange termijn doelstelling en niet als korte termijn winstbejag. Anders gezegd: "Het vennootschappelijk belang is in een gezond functionerende vennootschap uit twee elementen opgebouwd: het bevorderen van het succes van de onderneming, waarbij tegelijkertijd rekening wordt gehouden met de op de vennootschap en onderneming betrokken belangen. Een vennootschappelijk belang is daarmee ook een compromis van doelmatigheid en rechtvaardigheid". Naar mijn mening geldt deze visie, ook nu al, naar analogie, voor andere rechtsvormen en organisatievormen.¹⁸ Een belangrijke doelstelling van het ondernemingsrecht is

derhalve het (kunnen) bijdragen aan de ondersteuning van een maatschappij-politieke visie op de normstelling voor bestuurders en toezichthouders (en misschien ook wel aandeelhouders): gaat het om het belang van de oprichter, het (eigen) belang van de onderneming op winstmaximalisatie, het belang van de leden of aandeelhouders (het aandeelhoudersbelang), ook als deze voor slechts één dag aandeelhouder zijn, de continuïteit, dat wil zeggen het lange termijn belang bij de groei van de onderneming, het veel meer omvattende maatschappelijk belang, het belang van de klant of afnemer of om een combinatie van al deze belangen (het belangenpluralisme)?

Denk bijvoorbeeld aan de recente discussie over wie er over de liquiditeiten van KLM mag beschikken¹⁹, KLM zelf of Air France KLM als moedermaatschappij, de bescherming van KPN tegen een eventuele overname door America Movil in 2013, de sluiting van Organon in Oss eind 2010 en de rol van private equity investeerders bij PCM, Hema en V&D. De geschiedenis leert dat wij nog steeds zoekende zijn naar het juiste machtsverwicht binnen een onderneming. Deze zoektocht zal voorlopig niet eindigen. De normstelling hangt bovendien direct samen met de, steeds wisselende, aard en inhoud van de vennootschap - is het een concern dochter, een joint venture²⁰, een beursvennootschap, een bank, een familiebedrijf of een éénmans-BV'tje - en de specifieke omstandigheden binnen de organisatie. Daarnaast wordt zij vorm gegeven door de politiek-economische cultuur binnen een land, waarbij bovendien als gevolg van de internationalisering van ondernemingen verschillende normstellingen door elkaar heen gaan lopen. Een aardig voorbeeld daarvan is de recente Hobby Lobby uitspraak van de Amerikaanse Supreme Court, waarin bepaald werd dat de geloofsovertuiging van de aandeelhouders van een besloten aandeelhoudersverband direct doorwerkt in de rechtspersoon.²¹

(VI) Rechtsordening:

Het nationaal en Europees, ordentelijk laten verlopen van openbare biedingen, overname- en fusieprocessen, herstructureringen en reorganisaties. Het gaat dan veelal om een mix van faciliteren en reguleren, en last but not least,

(VII) Innovatie:

het bijdragen aan een innovatieve, concurrerende en ondernemende economie, zowel in nationale als in internationale context.

Een doeltreffend ondernemingsrecht biedt dan ook niet alleen rechtszekerheid, betrouwbaarheid en bescherming voor en binnen ondernemingen, maar is vooral ook facilitair, flexibel, dynamisch en innovatief, daarbij geïnspireerd door een proactieve wetgever en een commercieel meedenkende rechter, welke worden gevoed door wetenschap en praktijk.

Hierna zal ik bespreken waar het Nederlands ondernemingsrecht, wil Nederland als vestigingsland aantrekkelijk blijven, als het gaat om het bijdragen aan een innovatieve, concurrerende en ondernemende economie, letterlijk een wereld te winnen heeft.

4. De ontwikkeling van het ondernemingsrecht.

4.1. Waar in de begintijd van het Nederlandse vennootschapsrecht - de tijd van de VOC en de West-Indische Compagnie aan het begin van de 17^e eeuw - het vennootschapsrecht het ondernemerschap met name faciliteerde door rechtsvormen te creëren die bevorderen dat kapitaal kon worden aangetrokken, heeft het ondernemingsrecht zich gedurende de laatste 30 jaar van de vorige eeuw en het begin van de 21^e eeuw met name van zijn regulerende zijde laten zien.²² Daarvóór stond het Nederlandse vennootschapsrecht bekend om zijn soepele karakter.²³ Ter regulering werd echter vanaf de jaren '70 van de vorige eeuw het ondernemingsrecht als middel gebruikt om invloed te bewerkstelligen van werknemers op de samenstelling van de raad van commissarissen in het kader van het struc-

tuurregiem, als onderdeel van de invoering van het nieuw BW, in het kader van de verplichte implementatie van Europese richtlijnen met veel dwingendrechtelijke bepalingen en administratieve voorschriften, waardoor onder andere vanuit het bedrijfsleven de wens ontstond tot invoering van een besloten NV (dit werd in 1971, de BV)²⁴, van direct werkende Europese Verordeningen, die hebben geleid tot amper gebruikte Europese rechtsvormen (SE, SCE en EESV) en misbruikbestrijding (denk aan strenger antecedentenonderzoek in het kader van de tot 2011 vereiste verklaring van geen bezwaar bij oprichting en statutenwijziging van NV's en BV's, de uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht bij faillissement na de Eerste, Tweede en Derde anti-misbruikwet, het enquêterecht, de Wet formeel buitenlandse vennootschappen en de notariële akte als vereiste voor overdracht en uitgifte van aandelen op naam).

4.2. Onder invloed van Lissabon 2000²⁵ ontstond er aan het begin van de 21^e eeuw een streven bij de wetgever (Donner, Hirsch Ballin) om het ondernemingsrecht te moderniseren, mede ter bevordering van de aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsland (destijds ook een pijler van het Coalitieakkoord). Illustratief is de Nota "Modernisering van het Ondernemingsrecht"²⁶ uit 2004, waaruit een profileringsdrang bleek om, in een streven naar een aantrekkelijk en concurrerend ondernemingsrecht, Nederland als vestigings- en ondernemingsland verder op de kaart te zetten. Ik citeer:

"Aandacht voor de structuur van Nederlandse rechtsvormen en het ondernemingsrecht in brede zin is noodzakelijk om Nederland te profileren als vestigings- en ondernemingsland. Als beleggingen in Nederland goed worden beschermd en onze rechtsvormen bruikbaar zijn, wordt kapitaal aangetrokken en vestigen zich meer ondernemingen in ons land. Die ondernemingen hebben weer behoefte aan hoogwaardige diensten, zoals advocatuur, banken en informatietechnologie".

Het ging de minister daarbij niet alleen om beursvennootschappen. Werkgelegenheid en economische bedrijvigheid

vonden immers in zijn visie voor een belangrijk deel plaats in kleine bedrijven. De achterliggende gedachte was dat de aantrekkingskracht van Nederland onder meer zou kunnen worden versterkt door het bewaken van de betrouwbaarheid/integriteit van Nederlandse rechtsvormen, de herinrichting daarvan door herstel van het machts evenwicht binnen kapitaalvennootschappen en door flexibilisering.

Samenvattend was het streven volgens genoemde Nota een concurrerend ondernemingsrecht door een juridische infrastructuur die:

1. flexibele rechtsvormen biedt die beantwoorden aan de behoeften van gebruikers, belanghebbenden en derden;
2. binnen die rechtsvormen een evenwichtige bevoegdheids- en verantwoordingsstructuur heeft;
3. tot betrouwbare financiële informatie en verantwoording prikkelt;
4. misbruik tegengaat en waar nodig effectief toezicht kent;
5. snelle en efficiënte toegang tot de rechter verzekert.

De moderniseringsdrift van het eerste decennium heeft uiteindelijk pas recent - wetgevingsprocessen duren in Nederland lang, naar mijn smaak veel te lang - geleid tot onder andere de invoering van de Flex-BV (per 1 oktober 2012, het proces duurde bijna 9 jaar), de invoering van het monistisch bestuursmodel en de (beperkte) aanpassing van het enquêterecht (beide per 1 januari 2013). Ook vanuit legislatief oogpunt was de herziening van het BV-recht innovatief te noemen, nu het wetgevingstraject eind 2003 door het ministerie van Justitie in samenwerking met het ministerie van Economische Zaken was gestart.²⁷

4.3. Onder het huidige Kabinet is het streven naar verdere facilitering en innovatie van het ondernemingsrecht vrijwel volledig tot stilstand gekomen.²⁸ Zo is het wetsvoorstel tot herziening van het personenvennootschapsrecht, dat in de genoemde Nota uit 2004 nog als een modern complement van de versoepte BV werd beschouwd, door geringe politieke dadendrang

in 2011 op de valreep gesneuveld. Het wetsvoorstel van het Kabinet Balkenende om te komen tot specifieke regelgeving voor de Maatschappelijke Onderneming had kennelijk politiek op dat moment eveneens te weinig draagvlak en is door het Kabinet Rutte I ingetrokken en ook een door Europese rechtspraak geïnspireerd ambtelijk voorontwerp tot regeling van de grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen van 31 januari 2014 heeft nog niet geleid tot een wetsvoorstel.

De gedachte van modernisering van het ondernemingsrecht vanuit een proactieve, faciliterende invalshoek, heeft weer terug plaatsgemaakt voor een reactieve en regulatoire benadering van het ondernemingsrecht, waarbij bestrijding van misstanden, misbruik, georganiseerde criminaliteit en fraude²⁹ voortopstaan. De politiek (lees: de Tweede Kamer) draagt hier overigens zeker ook haar steentje bij³⁰, bijvoorbeeld door de druk op het Kabinet tot invoering van stringente, sectorspecifieke regels voor instellingen in de semi-publieke sector en door de roep om “uitwassen” van private equity tegen gaan door onder meer het uitkeren van superdividend met vreemd vermogen moeilijk te maken en aandeelhoudersaansprakelijkheid te vergroten. Falend toezicht, falende politiek, fundamentele problemen in het stelsel en gebrekkige governance, waren de harde bewoordingen in het Rapport van de Parlementaire Enquêtecommissie Woningcorporaties. Ik geef toe dat er inderdaad behoorlijk wat mis is met een investering door Woningcorporatie Woonbron van Euro 257 mio voor de aankoop en verbouwing van het cruiseschip de SS Rotterdam met een congrescentrum, hotel, restaurant en opleidingscentrum en met de aankoop van een kasteeltje voor veganistische ouderen bij zorginstelling Philadelphia. Deze “incidenten” zorgen in ieder geval voor veel nieuwe regelgeving, waarmee de politiek en de wetgever dan overigens denken dat het probleem is opgelost. Quod Non!

Het lopend wetgevingsprogramma 2014/2015 van het ministerie van Veiligheid en Justitie kent 54 beleidspunten ten aanzien van veiligheid, politie en de versterking van de rechtsstaat. Natuurlijk, nationale veiligheid is belangrijk, maar we hebben ook

nog justitie. Op het gebied van het ondernemingsrecht beperken de voornemens zich tot verplichte implementatie van Europese regelgeving, een Voorontwerp voor de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen en de ambtelijke voorbereiding - maar deze staat op een laag pitje - van een mogelijke modernisering van het NV-recht.³¹ De recent afgetreden minister constateert zelfs dat met de invoering van het keuzestelsel voor bestuur en toezicht, de flexibele BV en de herziening van het enquête-recht het programma modernisering en monitoring van het ondernemingsrecht in 2013 is voltooid! Een masterplan van het Kabinet voor de verdere modernisering en monitoring van het ondernemingsrecht als geheel ter bevordering van Nederland als vestigingsland ontbreekt. Er is, kortom, weinig ambitie meer op dit terrein. De (nationale) wetgever fungeert wat betreft het ondernemingsrecht op dit moment beslist niet meer als katalysator voor de economie.³² In ieder geval kunnen we de vraag stellen of het gecodificeerde ondernemingsrecht op dit moment wel “fit for purpose is”.

4.4. Waar de ondernemingsrechtstrein bij de wetgever op een dood spoor lijkt te zijn aangeland, is dit geenszins het geval met de ontwikkeling van het ondernemingsrecht in rechtspraak en literatuur. Naast de vele ondernemingsrechtelijke geschillen waar de Ondernemingskamer zich in het kader van het enquêterecht over buigt, neemt het aantal - veelal door curatoren ingestelde - aansprakelijkheidszaken van bestuurders, toezichthouders en aandeelhouders de afgelopen jaren fors toe.³³ Men kan zich de vraag stellen of dit een wenselijke ontwikkeling is. Kroeze is van mening dat de negatieve bijwerkingen van het aansprakelijkheidsrecht een averechts effect hebben op de concurrentiekracht van het Nederlandse bedrijfsleven.³⁴ Je moet dan denken aan bijwerkingen als risicomijdend gedrag, indekgedrag door compliance regels, een toenemende vraag naar dure legal opinions of verklaringen van accountants, hogere dekkingen en dus ook hogere premies voor D&O-polissen. Daarnaast zien we een trend naar het sluiten van Warranty & Indemnity verzekeringen bij fusies en overnames. De tendens lijkt echter ook te zijn dat goede kandidaten van posities

als bestuurder of commissaris aangeboden functies weigeren.³⁵ De maximering van hoogte van de beloningen van bestuurders en toezichthouders bij maatschappelijke ondernemingen en de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen dragen naar mijn mening bij aan de toenemende aarzeling bij (potentiële) bestuurders en met name ook toezichthouders. Op een toename van de claimcultuur - ook wel “Amerikaanse toestanden” genoemd - zit misschien wel de advocatuur, maar het bedrijfsleven zeker niet te wachten. Anderzijds is zeker verdedigbaar dat de toename van het aantal aansprakelijkheidszaken leidt tot verdere disciplinerende en betere governance binnen bestuurs- en toezichthoudende organen, waardoor de reputatie van het Nederlandse bedrijfsleven, en daarmee de concurrentiekracht, alleen maar toeneemt. Of je dit genuanceerde standpunt ook inneemt indien een curator beslag laat leggen op je huis en inboedel is natuurlijk de vraag! Verder merk ik op dat, onder aanvoering van de Hoge Raad - of moet ik zeggen de pro-actieve en oplossingsgerichte Advocaat-Generaal Timmerman - de rechterlijke macht, en in het bijzonder de Ondernemingskamer, de afgelopen jaren duidelijkheid, althans richting heeft gegeven en blijft geven op een aantal weerbarstige terreinen, zoals de eerder genoemde normstelling voor bestuurders en toezichthouders (het vennootschappelijk belang), de grenzen voor toelaatbaarheid van beschermingsconstructies, de mogelijkheid statutair af te wijken van het gelijkheidsbeginsel, waardoor bijv. loyaliteitsaandelen mogelijk zijn, de doorwerking van aandeelhouders - en joint ventureovereenkomsten in de vennootschappelijke structuur en daarmee de contractualisering van het vennootschapsrecht vorm gevend, de vaststelling dat een openbare maatschap een afgescheiden vermogen heeft, de beperkte mogelijkheid tot vernietiging van juridische fusies en splitsingen, de verbodenverklaring en ontbinding van de Vereniging Martijn, de herroeping van een besluit tot ontbinding en uiteraard de invulling van open normen als redelijkheid en billijkheid.³⁶

4.5. Ik ga hier niet diep in op de belangrijke impact die de literatuur heeft op de ontwikkeling van het ondernemings-

recht. Uit recente literatuur noem ik slechts het boeiende debat over de maatschappelijke verantwoordelijkheid en de relevantie van de behartiging van het maatschappelijk belang en de maatschappelijke rol als leidraad voor ondernemingen (onder meer in het kader van fusies en overnames)³⁷, de discussie over de invloed van de economische realiteit op het ondernemingsrecht³⁸, de plotseling opgelaaide polemiek over het ledenverbod en het uitkeringsverbod bij de stichting³⁹ en de aandacht voor de inrichting van een beroepsvennootschap met beperkte aansprakelijkheid.⁴⁰ Ook de praktijk draagt overigens haar steentje bij aan deze ontwikkeling. Zonder inventieve advocaten en notarissen hadden wij geen beschermingsconstructies. Wat zou er gebeurd zijn met ABN AMRO, indien het in 2004 haar beschermingsconstructie niet had afgebroken, waardoor zij een makkelijker prooi werd voor overnames? Zonder invloed vanuit de praktijk hadden wij bovendien geen bijzondere statutaire oligarchische clausules, geen loyaliteitsaandelen, geen 'tracking stock', geen grensoverschrijdende omzettingen van vennootschappen, fondsen voor gemene rekening, certificering van aandelen, vastgoed en kunstcollecties, legal opinions, notary letters, escrows en vele andere bijzondere in de praktijk ontwikkelde (veelal ondernemingsrechtelijke) rechtsfiguren.

5. De rol van het ondernemingsrecht ter bevordering van het concurrentievermogen

5.1. Davos: prima skioord, mooie en dure hotels, maar ook eens per jaar 'The place to be' voor de groten der aarde tijdens de jaarvergadering van het World Economic Forum. Het World Economic Forum, een economische onderzoeksinstituting, waarbij 144 landen zijn aangesloten, publiceert jaarlijks een rapport inzake Global Competitiveness⁴¹, waarin op basis van een 100-tal indicatoren een vergelijking wordt opgemaakt van de economie van de aangesloten landen. Het rapport definieert concurrentievermogen op basis van 12 basiscomponenten. Een groter concurrentievermogen zorgt voor een hogere productiviteit en hogere rendementen zorgen voor investeerders, meer welvaart en hogere groeicijfers. De 12 componenten bestaan uit 4 (basis) parameters (institutions, infrastructure, ma-

croeconomic environment en health and primary education), 6 stimulatoren van efficiency (higher education and training, goods market efficiency, labor market efficiency, financial market development, technological readiness en market size) en tenslotte uit 2 innovation en sophistication factors, te weten business sophistication en innovation.

Nederland doet het goed in de algemene index voor concurrentiekracht en stond in 2014 op de achtste plaats.⁴² De echte concurrentie voor Nederland vindt echter plaats tussen de 37 meest ontwikkelde economieën, waar het met name gaat om business sophistication en innovatiekracht. Ook in die categorie doet Nederland het vrij goed, met echter een paar uitzonderingen. Als het gaat om stimulering door de overheid van innovatie komt Nederland bijvoorbeeld pas op de 28^e plaats. Ook op het onderdeel waar overregulering als ballast gezien wordt voor ondernemers scoort Nederland niet goed (inefficiënt government bureaucracy), hetgeen ook geldt voor de beperkingen ten aanzien van de toegang tot de geld- en kapitaalmarkt (access to financing) en innovatievermogen (insufficient capacity to innovate). Belangrijke indicatoren voor groei bij de economisch ontwikkelde landen zijn, aldus de rapportage structurele hervormingen, het introduceren van nieuwe diensten en producten met toegevoegde waarde en goede samenwerkingsmodellen tussen overheid en de private markt. Meer innovatie, minder regulering en betere toegang tot de geldmarkten kunnen er derhalve aan bijdragen om een betere positie voor Nederland te krijgen als vestigingsland. Innovatie is een belangrijke motor voor economische groei en werkgelegenheid.⁴³

5.2. Het faciliteren en bevorderen van grensoverschrijdend ondernemen is een van de kerndoelstellingen van de Europese Commissie.⁴⁴ De afgelopen decennia is Nederland aantrekkelijk geweest als vestigingsland mede gezien haar fiscale regelgeving (o.a. deelnemingsvrijstelling, veel en aantrekkelijke fiscale verdragen, regelingen ter voorkoming van dubbele belasting, de mogelijkheid vóór een ruling te treffen, waardoor zekerheid ontstaat voor de onderneming over de te verwachten belastingheffing). De huidige internationale discussie binnen

G-20/G-8 en OESO verband (ook wel genoemd het “Base Erosion and Profit Shifting Project”, afgekort BEPS)⁴⁵ maakt dat de fiscale positie van Nederland niet alleen grotendeels is achterhaald door andere landen⁴⁶, maar ook dat iedere innovatie op fiscaal gebied in Nederland met argusogen zal worden bekeken.⁴⁷ Nederland promoten als aantrekkelijk vestigingsland ligt nu alleen voor de hand in combinatie van adequate fiscale regelgeving met een aantal andere elementen, waaronder begrepen - naast een goede infrastructuur, capabele werknemers, een politiek stabiel klimaat, het aantrekken en stimuleren van kennis en talent en het behoud van een netwerk van Bilateral Investment Treaties (BITs)⁴⁸ - een innovatief, flexibel, concurrerend en rechtszeker ondernemingsrecht. De neutraliteit van Nederland en haar rechtssysteem speelt daarbij een niet onbelangrijke rol, bijvoorbeeld voor internationale joint ventures en houdstermaatschappijen. Zo zijn in Nederland grote ondernemingen gevestigd als Airbus NV, Mittal Steel Company NV, South Stream, recent FiatChrysler NV en mogelijk binnenkort Ferrari. Bovendien zijn er in Nederland nu al een vijftigtal NV's gevestigd, die een beursnotering hebben in het buitenland en is, vooralsnog, een aantal Nederlandse multinationals voor Nederland behouden gebleven.⁴⁹

Het Nederlandse ondernemingsrecht zou in mijn visie meer ingezet kunnen en moeten worden om, door te faciliteren, te innoveren, te dereguleren en de toegang tot de geld- en kapitaalmarkt te verbeteren, als katalysator te dienen voor de economie. De vraag is nu nog: hoe kan dit het beste gebeuren?

6 Hoe kunnen we Nederland aantrekkelijker maken als vestigingsland door het nemen van ondernemingsrechtelijke maatregelen?

6.1. Indien wij op nationaal vlak constateren dat Nederland op dit moment betrekkelijk weinig innovatieve stappen zet op het gebied van het ondernemingsrecht en aan de andere kant zien dat Nederland met innovatie, verbetering van efficiency (onder andere door beperking van regulatoire lasten) en verbetering van de toegang tot de geld- en kapitaalmarkt, haar concurrentievermogen zou kunnen bevorderen, zouden wij de mogelijke

maatregelen eens op een rijtje kunnen zetten. Daarbij neem ik in ieder geval tot uitgangspunt de hiervoor besproken door de betrokken minister in de Nota uit 2004 gestelde voorwaarden voor een concurrerend ondernemingsrecht. Daarnaast lijkt het mij zinvol na te gaan waarom de Amerikaanse staat Delaware zo succesvol is bij (grote) Amerikaanse ondernemingen. Meer dan 65% van de Fortune 500 ondernemingen is immers in Delaware opgericht.

Waarom wordt er door deze ondernemingen voor Delaware gekozen? Volgens Black⁵⁰ gaat het om een samenstel van factoren:

“It includes the Delaware General Corporation Law which is one of the most advanced and flexible corporation statutes in the nation. It includes the Delaware courts, and in particular, Delaware's highly respected corporations court, the Court of Chancery. It includes the state legislature which takes seriously its role in keeping the corporation statute and other business laws current. It includes the Secretary of State's Office which thinks and acts more like one of the corporations it administers than as a government bureaucracy”.

Er zijn ook nog andere factoren, die Delaware aantrekkelijk maken. Ik noem daarvan onder meer de hoogwaardige juridische en fiscale dienstverlening. Vast staat dat, mede door de traditie en herkenbaarheid van Delaware Corporation Law, een zekere voorspelbaarheid en rechtszekerheid daarvan het gevolg is voor de betrokken ondernemingen, welke niet door andere rechtssystemen in de Verenigde Staten kan worden geëvenaard.⁵¹ Delaware zorgt voor een constante invloed op de ontwikkeling van het vennootschapsrecht.⁵² Adviserende advocaten in deals in de Verenigde Staten hebben dan ook vaak een basiskennis van Delaware recht en kiezen derhalve in een transactie liever voor de toepasselijkheid van dat hen (ook) bekende recht van Delaware, als derde Staat in plaats van het recht van een van de twee betrokken Staten, aangezien zij meestal het recht van de betrokken ‘andere staat’ niet dan wel onvoldoende kennen.

6.2. Graag doe ik hier, met mijn genoemde uitgangspunten en het voorbeeld van Delaware in mijn achterhoofd, enkele voorstellen voor maatregelen, die zonder heel veel kosten en inspanning genomen zouden kunnen worden.

(i) Wetgeving

Wij moeten van het huidige interbellum van legislatieve luiheid op het gebied van het ondernemingsrecht naar een nieuw tijdperk van legislatieve innovatie en efficiency: Nederland als trendsetter wat betreft rechtsvormen, rechtsvormgeving en rechtsfiguren, good governance, rechtszekerheid en grensoverschrijdende mobiliteit, ondersteund door een stabiele, integere, objectieve en besluitvaardige rechterlijke macht met daarnaast een deskundig en betrouwbaar notariaat en hoogwaardige andere juridische en fiscale dienstverlening. Dit betekent een zoektocht naar een nog meer uitgebalanceerd en modern ondernemingsrecht, waarin geen plaats meer is voor inefficiënte regelgeving met wetgeving die voldoet aan beginselen als flexibiliteit, eenvoud, helderheid, kenbaarheid, doelmatigheid, doeltreffendheid en praktijkgerichtheid en dat alles tegen aanvaardbare kosten. Het is geen schande bij die zoektocht aandacht te hebben voor andere moderniseringsprogramma's, zoals het Brits vennootschapsrecht of dat in Delaware, Italië, Spanje of Luxemburg.

Uitgangspunten daarbij zouden moeten zijn meer regelend dan dwingend recht, diversiteit, transparantie en verdere deregulering, ook in het kader van de binnen Europa overeengekomen vrijheid van vestiging.

Laten wij beginnen met innovatie van de juridische infrastructuur voor rechtsvormen.⁵³ Het is immers de primaire functie van het vennootschapsrecht rechtsvormen te ontwikkelen, waarmee ondernemingen efficiënt gedreven kunnen worden.⁵⁴ Ondernemingen, maatschappelijke organisaties en instellingen moeten de ruimte krijgen om zich te ontplooiën met daarnaast

stimulering van ondernemerschap en een betere toegang tot de geld- en kapitaalmarkt. De aandacht zou daarbij niet alleen moeten uitgaan naar beursgenoteerde ondernemingen en internationale holdings en joint ventures, maar met name ook naar familiebedrijven, het MKB, start-ups, semi-publiekrechtelijke instellingen en andere niet commerciële organisaties. Vanuit de gedachte van vrijheid van vestiging die geldt voor rechtspersonen en vennootschappen binnen de EU op basis van het Werkingsverdrag van de EU trachten vele lidstaten de meest aantrekkelijke rechtsvorm te bieden en dit niet alleen voor de eigen ingezetenen. Nederland zal bij uitstek haar best moeten doen haar ondernemingsrecht, zoals zij dat enkele jaren geleden op voortreffelijke wijze heeft gedaan met de invoering van de Flex-BV, aantrekkelijk te houden.

Een goed voorbeeld is het uitgebreide palet aan rechtsvormen dat in Luxemburg wordt geboden en dat snel en doeltreffend wordt aangepast op basis van wensen van ondernemers en beleggers in functie van het ondernemingsrecht, de fiscaliteit en onder meer het effectenrecht.

De eerste stap die de wetgever zou moeten zetten - de intimi zouden van mij niet anders verwachten - is het opnieuw voorbereiden van een wetsvoorstel tot invoering van titel 7.13 BW voor de personenvennootschap. Het is de afgelopen jaren al vaker verzocht door wetenschappers⁵⁵ en praktijkjuristen. De beoogde modernisering van de huidige wetgeving uit 1838 is in 2011 ten onrechte stopgezet. Het personenvennootschapsrecht zal weer concurrerend moeten worden. De rechtsontwikkeling ligt hier ver achter op andere landen. Dit betekent overigens niet dat ik pleit voor veel dwingend recht, maar wel voor een moderne, faciliterende structuur van deze bijzondere contractuele samenwerkingsvorm, waarvan er in Nederland toch ruim 200.000 zijn. De invoering van een nieu-

we regeling heeft ook geen 10 jaar te duren. De minister zou immers dankbaar gebruik kunnen maken van het initiatief van een aantal juristen uit wetenschap, praktijk en bedrijfsleven (Werkgroep personenvennootschappen), die in de periode 2012-2015 heeft gewerkt aan een wel doordacht nieuw voorstel voor de personenvennootschap, waarin de eerdere kritiek is meegewogen. Zoals eerder door onder meer Bob Wessels en Iris Wuisman van deze Universiteit, maar ook door vele anderen gesuggereerd, zouden een limited liability partnership, een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid voor de vrije beroepsbeoefenaar⁵⁶ dan wel een andere vorm van beperking van aansprakelijkheid voor vrije beroepsbeoefenaars daar onderdeel van moeten uitmaken. Een dergelijke regeling kan mogelijk een tegenwicht bieden tegen een verdere uitbreiding van de claimcultuur jegens vrije beroepsbeoefenaren en daarmee “Amerikaanse toestanden” trachten in te perken. Bovendien voorkomen vormen van aansprakelijkheidsbeperking het huidige oneigenlijk gebruik van de NV, BV of zelfs buitenlandse rechtsvormen⁵⁷ voor organisaties van advocaten, notarissen, fiscalisten of accountants. Wij lopen hier ver achter de Verenigde Staten (LLC, LLP) en het Verenigd Koninkrijk (LLP). In Duitsland waar men al zeer frequent gebruik maakt van de GmbH & Co KG, een rechtsvorm waarin fiscale transparantie, aansprakelijkheidsbeperking en vrijheid van inrichting worden gecombineerd, is de Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung⁵⁸ ingevoerd om een adequaat alternatief te bieden voor vrije beroepsbeoefenaren tegen de LLP (met name advocaten, fiscalisten en accountants).

Belangrijke elementen in nieuwe personenvennootschapswetgeving zijn verder de rechtspersoonlijkheid van de openbare vennootschap, het creëren van eenvoudige herstructureringsmogelijkheden tot omzetting, fusie en splitsing en rechtszekerheid ten aanzien van de mogelijke aansprakelijkheid van commanditaire vennoten.

Een tweede belangrijk thema voor innovatie van de juridische infrastructuur voor rechtsvormen betreft de modernisering van het stichtingenrecht. De eerste stap wordt, hopelijk op korte termijn, gezet door invoering van het Voorontwerp van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen. Ik zou dit Voorontwerp overigens geen innovatie willen noemen, maar meer achterstallig onderhoud. Het voorstel beoogt de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen te verbeteren. Het voorziet onder meer in de wettelijke grondslag voor de instelling van een toezichthoudend orgaan bij deze rechtspersonen en uitbreiding van de gronden voor ontslag van bestuurders en toezichthouders bij stichtingen. Daarnaast introduceert de voorgestelde wettelijke regeling de uniformering van de norm, waarnaar bestuurders en toezichthouders zich moeten richten, de uniformering van de tegenstrijdig belangregeling en de uniformering van de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders voor alle in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen. Door de uniformering van bepaalde rechtsregels binnen Boek 2 BW en de introductie van een toezichthoudend orgaan bij de stichting en de vereniging, wordt duidelijkheid gecreëerd voor deze rechtsvormen die er al veel eerder had moeten zijn, maar helaas lijkt de bestrijding van misstanden ook hier weer voorop te staan. Regulering en uniformering van de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van commerciële rechtspersonen is prima - daardoor wordt immers de rechtszekerheid vergroot en de wetssystematiek verbeterd - maar waarom moeten ook bestuurders en toezichthouders van niet-commerciële stichtingen en verenigingen onder de zware externe aansprakelijkheidsregeling komen te vallen? Juist bij niet-commerciële (kleine) verenigingen en stichtingen, waarvan de bestuurders (en toezichthouders) veelal vrijwilligers zijn en bovendien meestal onbezoldigd, moet voor een te grote uitbreiding van het aansprakelijkheidsrisico worden gewaakt. De regels voor

commerciële rechtspersonen worden nu onverkort van toepassing verklaard op niet-commerciële stichtingen en verenigingen.⁵⁹ Door de bewijsvermoedens in de wet (bijv. ten aanzien van de administratieplicht en de publicatieplicht) zal bijvoorbeeld een gepensioneerde penningmeester van een vereniging die wat achter is met zijn administratie in geval van faillissement moeten gaan aantonen dat andere feiten of omstandigheden het faillissement hebben veroorzaakt, hetgeen niet eenvoudig zal zijn. Bovendien gaat het in casu dan om het gehele boedeltekort in plaats van schade die aantoonbaar het gevolg is van zijn onbehoorlijke taakvervulling. Kortom, naar mijn mening, te veel regulering en een 'overkill', die prohibitief zal werken of leiden tot 'bange' bestuurders en toezichthouders als dit bij het brede publiek bekend wordt.

16

Bij innovatie hoort ook het verder nadenken over een wettelijke basisregeling voor de maatschappelijke onderneming in Boek 2 BW. Eerder pogingen daartoe zijn gestrand in 2010.⁶⁰ Naar mijn mening ontkomen wij er, gezien het toenemend belang van de maatschappelijke ondernemingen en de bijbehorende incidenten⁶¹, niet aan enkele specifieke wettelijke basisregelingen op te nemen in Boek 2 BW. Een kaderregeling derhalve waaruit de herkenbaarheid van de semi-publieke instelling voortvloeit, inclusief een verplichte raad van toezicht of one-tier board, waarbij het publieke belang als gedragsnorm voor bestuurders en raad van toezicht voorop staat. Ook de politiek heeft hier nog wel wat stapjes te zetten. Ik wijs onder meer op de discussie over het voorstel voor de "Wet vergroten investeringsmogelijkheden in de medisch-specialistische zorg", dat wel aangenomen is door de Tweede Kamer, maar niet door de Eerste Kamer.⁶² De mogelijkheden tot winstuitkering in de zorg hangen volledig samen met de behoefte aan investeringen in de zorg. Privaat kapitaal kan immers bijdragen aan versterking van het eigen vermogen van onder meer

ziekenhuizen en zorginstellingen en daarmee op korte termijn een oplossing bieding voor de financieringsproblemen die een deel van de ziekenhuizen op dit moment ondervindt doordat banken terughoudender zijn geworden in het verstrekken van krediet.⁶³ Ook zou men zich bij semi-publieke instellingen kunnen voorstellen dat als de overheid niet zelf de eigendom of zeggenschap van deze maatschappelijke ondernemingen naar zich toe trekt, hetgeen gezien de vele incidenten politiek uiteraard wel zeer denkbaar is, er aan andere wettelijk toegestane rechtsvormen dan die van een stichting wordt gedacht, zoals bijvoorbeeld de vereniging, de coöperatie of de BV. Het gevolg is immers dat er niet alleen een andere vorm van toezicht ontstaat (via de ledenvergadering of de aandeelhoudersvergadering), maar ook dat er daadwerkelijk, ook in financiële zin, rechthebbenden en/of eigenaren zullen zijn van de woningcorporatie, de onderwijsinstelling of de zorginstelling.⁶⁴ Voor mij maakt het derhalve niet uit of de eigenaar de overheid is, een private investeerder of een combinatie van stakeholders, zo lang er maar vanuit een "eigenaarsrol" duidelijk en verantwoord toezicht wordt gehouden op de besteding van de overheids- en andere financiële middelen.

Wat rechtsvormen betreft noem ik hier tenslotte - in 2007 deed ik dat overigens ook al - de behoefte aan trustachtige rechtsvormen, zoals de familiestichting (waar de Werkgroep Moltmaker in 2000 al een aanzet toe heeft gegeven) of de Stichting Particulier Fonds (zoals die bestaat in Curaçao). Naar mijn mening is er behoefte aan een adequate Nederlandse rechtsfiguur, die (vermogende) particulieren de mogelijkheid biedt, met de nodige randvoorwaarden vanuit privacy, vermogen op fiscaal transparante en rechtszekere wijze af te zonderen ten behoeve van particuliere doelstellingen, bijvoorbeeld de partner, de kinderen of ten behoeve van charitatieve doelstellingen.⁶⁵ Naar de familiestichting, de Stichting Particulier Fonds en andere voor Nederlandse

en buitenlandse vermogende families relevante trustachtige rechtsfiguren zou door de ministeries van Financiën en Veiligheid en Justitie (in samenwerking) het eerder aangekondigde onderzoek voortgezet moeten worden om te zien of binnen de genoemde kaders van innovatie van het ondernemingsrecht voorstellen gedaan zouden kunnen worden.

Wat wetgeving betreft noem ik hier korthedshalve ook nog enkele capita selecta voor innovatie van het ondernemingsrecht. Soms komt overigens de politiek ook zelf al met innovatieve voorstellen, zoals de ‘Startup-BV’, een nieuwe rechtsvorm voor innovatieve jonge bedrijven. Deze Startup-BV, zal, als het aan D66 ligt, tijdelijk speciale faciliteiten moeten krijgen, teneinde de groei van innovatieve en potentieel succesvolle jonge bedrijven te bevorderen.⁶⁶ Ik denk verder aan bijvoorbeeld de mogelijkheid dat statuten van rechtspersonen ook in het Engels, Frans of Duits kunnen worden opgesteld. Indien de ambitie is Nederland een internationale jurisdictie te laten worden, dan moeten niet alleen de statuten en relevante contracten in het Engels opgesteld worden, maar zal ook het ondernemingsrecht in het Engels beschikbaar moeten zijn - via een Engelstalige website van de betrokken ministeries - en beheerst moeten worden op internationale schaal. Wat innovatie betreft denk ik ook nog aan de (technische) aanpassing van de NV-regeling, aan een wettelijke basis voor loyaliteits aandelen, een regeling voor de one-tier board voor stichtingen en verenigingen, aan een harmonisering van het begrippenkader in Boek 2 BW, de Wft en andere aanpalende wetgeving, aan de uniformering van het ondernemingsbegrip in diverse wetgeving⁶⁷ en aan de invoering van een regeling, waarbij het vennootschapsrecht op de zogenoemde BES-eilanden⁶⁸ gelinkt of geïncorporeerd wordt in het Nederlandse vennootschapsrecht.

- (ii) Monitoringcommissie ondernemingsrecht
Eerder heb ik voorgesteld een breed samengestelde monitoringcommissie in te stellen voor het ondernemingsrecht. Deze commissie, die, wat taakopdracht betreft, tot op zekere hoogte vergelijkbaar zou kunnen zijn met de Monitoring Commissie Corporate Governance, zou de vinger aan de pols van de ontwikkelingen binnen het ondernemingsrecht kunnen houden door middel van een jaarlijkse of tweejaarlijkse rapportage. Omdat juridische, fiscale en regulatoire elementen door elkaar heen lopen, zal betrokkenheid bij deze Commissie van in het bijzonder de Departementen van Veiligheid en Justitie, Financiën en Economische Zaken een voorwaarde zijn. Deze drie ministeries zouden in feite de Monitoring Commissie moeten ondersteunen. Op ad hoc basis kunnen eventueel, bijvoorbeeld op het gebied van zorg of woningcorporaties, andere ministeries erbij worden betrokken. De Monitoring Commissie Ondernemingsrecht die samengesteld zou moeten zijn uit bedrijfsleven (bijvoorbeeld VNO-NCW, MKB), wetgevingsambtenaren, praktijk en wetenschap, toetst in mijn visie aan de hand van nationale en internationale ontwikkelingen de behoefte uit de praktijk en wetenschap. Denk alleen maar aan de vele nuttige aanbevelingen die jaarlijks uit juridische dissertaties, preadviezen en andere publicaties, congressen en symposia kunnen worden gedestilleerd. De Commissie toetst ook ontwikkelingen in de rechtspraak en de effectiviteit van ingevoerde regelgeving en komt vervolgens periodiek, bijvoorbeeld één keer per twee jaar, met voorstellen teneinde een innovatief, concurrerend en ondernemend ondernemingsrecht te behouden dat voldoet aan de wensen van flexibiliteit, dynamiek, efficiency en rechtszekerheid.⁶⁹ Het op deze wijze actueel houden van de wetgeving is een methode die ook in Delaware wordt gevolgd. Via de Commissie kunnen ook politiek-gevoelige onderwerpen worden voorbereid (bijvoorbeeld ten behoeve van de SER) en “getoetst”, zoals bijvoorbeeld het wel of niet behouden

van het structuurregime voor dochters van buitenlandse ondernemingen. Ook kan door empirisch onderzoek, consultatie en andere vormen van toetsing de effectiviteit van ingevoerde regelgeving, zoals de Flex-BV en de one-tier board, worden geëvalueerd. Evaluaties die door ministers worden toegezegd in het kader van een parlementaire behandeling, maar in de praktijk ook nog wel weer eens in de vergetelheid geraken. Verdere regulering door de wetgever en verzwarende van de belasting van de rechterlijke macht zou mogelijk door het vaststellen van standpunten door deze Commissie, die als common practice (soft law) worden gezien, vergelijkbaar met de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving, kunnen worden voorkomen.

(iii) Fiscaliteit

Minister Dijsselbloem merkte recent in het kader van de eerder genoemde discussie over belastingontwijking op dat waar niet-substantiële activiteiten een onbedoeld bijproduct waren van ons aantrekkelijke klimaat voor echte activiteiten, het verlies van echte activiteiten een onbedoeld neveneffect kan zijn van de jacht op ontwijkers.⁷⁰ Anders gezegd: je moet niet het kind met het badwater weggooien. Daar krijg je al heel snel spijt van!

Het beter laten aansluiten van de fiscale regelgeving op het ondernemingsrecht bijvoorbeeld door de invoering van een ondernemingswinstbelasting of een andere vorm van neutralisering van de fiscaliteit op de keuze van de rechtsvorm, waar reeds door vele fiscalisten voor is gepleit⁷¹, zou in het kader van de geplande hervorming van ons belastingstelsel mogelijk ook een indirecte bijdrage kunnen leveren aan de economie. Flexibiliteit en keuzevrijheid in het ondernemingsrecht worden dan immers niet meer belemmerd door fiscale beperkingen, hetgeen nu wel het geval is. Ik laat het hierbij wat betreft de fiscaliteit en ga over naar de behoefte vanuit de praktijk aan goede wettelijke regelingen voor grens-

overschrijdende zetelverplaatsing en andere vormen van grensoverschrijdende mobiliteit.

(iv) Grensoverschrijdende mobiliteit

Naast een palet aan flexibele rechtsvormen en rechtsfiguren, alsmede een adequaat belastingstelsel, is het voor internationaal opererende ondernemingen van belang dat zij hun juridische structuur ook grensoverschrijdend kunnen aanpassen aan hun organisatie. Daarbij moeten onder meer denken aan grensoverschrijdende splitsingen en zetelverplaatsingen van nationale kapitaalvenootschappen. Weliswaar geeft de Europese Commissie in haar Actieplan 2012⁷², en inmiddels iets concreter, door middel van de consultatie over grensoverschrijdende fusies en splitsingen in 2014⁷³, aan dergelijke faciliteiten binnen het kader van de vrijheid van vestiging binnen Europa te zullen bevorderen, maar tot (ontwerp-) Richtlijnen is het tot nu toe niet gekomen. Nederland zou dus naar mijn mening nu niet langer moeten wachten met de invoering van nationale wetgeving die grensoverschrijdende omzetting of zetelverplaatsing mogelijk maakt op basis van het eerder opgestelde Ambtelijk Voorontwerp.⁷⁴ Ik meen zelfs dat de wetgever iets verder zou moeten gaan en bijvoorbeeld ook een omzetting van en naar landen buiten de EU, denk aan Zwitserland, maar ook Delaware en andere Amerikaanse staten, op grond van reciprociteit zouden moeten faciliteren. Ook de grensoverschrijdende splitsing⁷⁵ past in het beeld dat Nederland aan nationale en internationale ondernemingen aan zou kunnen bieden. Onder meer België, Denemarken, Luxemburg, Spanje en Finland, en voor wat de EER betreft ook Zwitserland, gingen Nederland al voor in het opnemen van nationale regelingen voor deze rechtsfiguur.⁷⁶

(v) Rechterlijke macht

Een laatste thema waarmee Nederland haar positie als aantrekkelijk vestigingsland nog verder zou kunnen

verbeteren, in navolging van Delaware, betreft de mogelijke uitbouw van de rol van de Ondernemingskamer als een vergelijkbare rechterlijke instantie als de Court of Chancery.⁷⁷ Nederland heeft in de wereld een bijzondere reputatie opgebouwd als het gaat om de beslechting van publiekrechtelijke geschillen tussen staten via het Internationaal Hof van Justitie, Daarnaast zijn in Den Haag, de zelfbenoemde ‘International legal capital of the world’, onder meer gevestigd het Internationaal Strafhof, diverse Ad Hoc tribunaal (ICTY, ICTR) en het Permanente Hof voor Internationale Arbitrage. Minister Ploumen heeft recent gepleit voor een permanent gerechtshof in Nederland voor geschillen tussen staten en ondernemingen bij vrijhandelsverdragen⁷⁸ Waarom zou Nederland haar onafhankelijke en deskundige rol op dit terrein ook niet uitbouwen tot beslechting van internationale en nationale privaatrechtelijke geschillen (agency problemen) tussen ondernemingen en haar aandeelhouders via de Ondernemingskamer? Ook daar is een parallel te treffen met Delaware, waar rechters als uiterst deskundig worden gepercipieerd. Daarbij verdient opmerking dat de Ondernemingskamer haar internationale rechtsmacht al enigszins lijkt uit te breiden, al zijn de meningen daarover verdeeld.⁷⁹ Kortom, zou niet overwogen moeten worden de bevoegdheid van de Ondernemingskamer te exporteren?

Hiervoor heb ik enige gedachten ontvouwd, welke er aan bij kunnen dragen, om Nederland als vestigingsland aantrekkelijk te houden. Innovatie, facilitering en actueel houden van het ondernemingsrecht enerzijds en minder regulering door de wetgever anderzijds, als het moet schaaft de rechter de scherpe kantjes er immers wel vanaf, kunnen daarbij als stoffes dienen die de snelheid van de economie verhogen zonder zelf te worden verbruikt. Kortom, het op gang brengen van katalyseprocessen voor de economie. Innovatie door middel van wetgeving heeft een belangrijk voordeel. Het kost vrijwel

niets, hooguit enkele wetgevingsambtenaren. Indien wij dat vergelijken met het bedrag van Euro 6 miljard dat de overheid in 2015 verwacht aan onderzoek en innovatie uit te geven zijn die kosten verwaarloosbaar.

7. De rol van de notaris.

7.1. Na het verkennen van de katalyserende rol van het ondernemingsrecht op de economie ga ik nu naar de huidige en toekomstige rol van de notaris in het algemeen en binnen het ondernemingsrecht in het bijzonder.

Wil Nederland aantrekkelijk blijven als vestigingsland dan is onder meer vereist dat zij aan ondernemers hoogwaardige juridische en fiscale diensten kan verlenen. Goed functionerende advocaten, notarissen en belastingadviseurs zijn onontbeerlijk voor een aantrekkelijk vennootschapsrechtelijk klimaat. Ook in Delaware wordt de hoge kwaliteit van gespecialiseerde juristen als een belangrijke asset gezien om complexe fusies, overnames, structureringen, reorganisaties en geschillen van ondernemingen te kunnen begeleiden.

Nederland beschikt volgens mij momenteel over deze zeer hoogwaardige juridische dienstverlening als gevolg van uitstekende universitaire opleidingen gecombineerd met (veelal grote internationale) gespecialiseerde kantoren, waar advocaten, notarissen en belastingadviseurs samenwerken.

7.2. Een van de belangrijke actoren bij deze dienstverlening op het gebied van het ondernemingsrecht is de notaris. Dat is hij traditioneel als gevolg van zijn ambtelijke monopolies, maar in toenemende mate ook als gespecialiseerd adviseur en deskundige op het ondernemingsrechtelijk terrein. Hier heeft Nederland duidelijk een andere ontwikkeling ondergaan dan andere EU-landen met een Latijns notariaat. Van de 28 EU-landen kennen thans 22 landen een dergelijk notariaat. Van deze 22 landen heeft in 18 landen het notariaat zekere monopolies op het gebied van het vennootschaps- en rechtspersonenrecht.⁸⁰ In een aantal van deze landen zie je dat de rol van de notaris zich beperkt tot het verlenen van authenticiteit aan de akte en

zich niet uitstrekt tot verdere dienstverlening, zoals advisering omtrent de gewenste juridische inhoud van statuten en contracten. Deze rol is in die landen dan veelal overgenomen door advocaten en andere juridische adviseurs. Een oorzaak voor dit verschil in ontwikkeling met Nederland is mijns inziens de al vroege samenwerking geweest - vanaf de jaren '60 van de vorige eeuw - tussen advocaten en notarissen, waardoor notarissen, zonder in concurrentie te treden met advocaten, hun kennis en ervaring binnen het ondernemingsrecht hebben kunnen uitbouwen.⁸¹

Een belangrijke hiervoor besproken functie van het ondernemingsrecht is het bevorderen van rechtszekerheid. Het ondernemingsrecht moet voor ondernemingen een grote mate van voorspelbaarheid hebben. Je kunt nu eenmaal niet alles overlaten aan de redelijkheid en billijkheid en de omstandigheden van het geval. Heldere wetteksten en zorgvuldige, creatieve toepassing daarvan door een deskundige jurist, de notaris, zijn belangrijke elementen van deze rechtszekerheid.

7.3. De notaris vervult een belangrijke rol bij de totstandkoming en vastlegging van een groot aantal rechtshandelingen in het ondernemingsrecht. De notariële akte is vereist voor oprichtingen en wijziging van de statuten van de meeste privaatrechtelijke nationale en Europese rechtsvormen, overdracht en uitgifte van aandelen op naam, alsmede vestiging van pandrecht en vruchtgebruik hierop. Daarnaast is betrokkenheid voorgeschreven bij omzetting van rechtspersonen, juridische fusie (ook de grensoverschrijdende) en juridische splitsing. In de praktijk speelt de notaris echter ook een rol bij een aantal niet op de wet gebaseerde gerelateerde werkzaamheden, zoals legalisaties, bevoegdheidsverklaringen, certificates of incorporation en legal opinions. Het vereiste van een notariële akte bij oprichting en statutenwijziging van een NV, later ook de BV, is een gevolg van de invoering van het Wetboek van Koophandel in 1838. De verplicht voorgeschreven notariële akte voor andere rechtshandelingen dateert van 1957 (voor de stichting), 1976 (voor de vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij), 1984 en 1987 (voor de fusie), 1998 (voor de splitsing),

en 1993 voor de overdracht en uitgifte van aandelen en de vestiging van beperkte rechten daarop en tenslotte 2008 voor de grensoverschrijdende fusie.^{82,83}

7.4. Bij de genoemde rechtshandelingen wordt de notaris door de wetgever beschouwd als hoeder van rechtszekerheid. In het kader van de invoering van een van de recentere notariële monopolies - de overdracht en uitgifte van aandelen op naam per 1 januari 1993 - werden als motieven genoemd de waarborging van de wettelijke en statutaire formaliteiten, waarmee onder meer aantastbare aandeelhoudersbesluiten zo veel mogelijk worden voorkomen, de verplichte titelrecherche en de onpartijdigheid. Daarnaast gelden de traditionele argumenten: authenticiteit, identificatie partijen, mede in het kader van de Wvft, vaststelling handtekeningen en dagtekening en de akte als executoriale titel. Naast zijn adviserende taak, is van belang dat de notaris zijn ambt in onafhankelijkheid uitoefent. Hij heeft de verplichting op onpartijdige wijze de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen te behartigen, alle partijen te informeren (te beleren) over de rechtsgevolgen van de transactie en dit alles te doen met de grootst mogelijke zorgvuldigheid.

7.5. In 2011 kondigde de toenmalige minister van Economische zaken een “aanzienlijke lastenverlichting aan door de notariële tussenkomst niet meer verplicht voor te schrijven wanneer er gekozen wordt voor oprichting van een BV met standaardstatuten”.⁸⁴ Het standpunt van de minister was mede gebaseerd op de in Nederland en Europa gewenste vermindering van regeldruk. Op zich een volstrekt gerechtvaardigd streven. Ondernemers moeten snel en goedkoop een onderneming kunnen starten. Anders dan in vele andere landen is dit in Nederland echter al realiteit. De meeste beginnende ondernemers beginnen als eenmanszaak, maatschap, vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap, al was het maar vanwege bepaalde fiscale startersfaciliteiten. Deze rechtsvormen zijn, zelfs mondeling, aan te gaan en kunnen door middel van inschrijving bij de Kamer de Koophandel binnen een dag

starten. Aan inschrijving in het Handelsregister zijn geen kosten (meer) verbonden. Ook de lasten verbonden aan de oprichting van een eenvoudige BV zijn beperkt. Er zijn notarissen te vinden die bereid zijn voor Euro 250 een BV op te richten (dat lijkt overigens onder kostprijs, maar dat terzijde).⁸⁵ Bovendien is de “start up time” voor de oprichting van een BV binnen een dag nu deze plaats kan vinden zonder storting, zonder verklaring van geen bezwaar en met digitale inschrijving bij de Kamer van Koophandel. De meeste tijd kost nog het openen van een bankrekening. Rechtszekerheid is ook voor kleine startende ondernemers belangrijk. Die rechtszekerheid wordt naar mijn mening niet bevorderd indien de BV zonder notariële tussenkomst kan worden opgericht. In 2012 merkte overigens de recent afgetreden staatssecretaris van Veiligheid en Justitie op dat waar economische onzekerheid heerst, rechtszekerheid van nog groter belang is.⁸⁶ Ik onderschrijf deze stelling graag.

8. Het katalyserende grensvlak tussen notariaat en ondernemingsrecht.

8.1. De notariële tussenkomst is er, zoals gezegd, niet voor niets. Zij beoogt rechtszekerheid, misbruikbestrijding, rechtsbescherming, rechtsordening, rechtspreventie en deskundig advies. Zo behoeven de verlening van rechtspersoonlijkheid en de beperking van aansprakelijkheid bij de oprichting van een BV in het belang van een geordend rechtsverkeer een extra toets in de vorm van een notariële tussenkomst. Door de notariële toets blijft ook de uiteindelijke maatschappelijke kost beperkt, omdat het rechtssysteem, en in het bijzonder de rechterlijke macht, niet verder wordt belast. Het aantal procedures en gevallen van insolventie vanwege ondoordachte beslissingen zou naar mijn mening niet verder moeten toenemen. De internationale reputatie van Nederland als stabiele jurisdictie voor ondernemingen is in het geding indien ervoor gekozen zou worden dat ondernemingsrechtelijke transacties plaats zouden kunnen vinden zonder notariële tussenkomst. Bovendien is het maar zeer de vraag of de uiteindelijke kosten voor de ondernemer lager worden indien de notariële akte niet meer voorgeschreven wordt. De ondernemer zal toch juridisch advies

moeten hebben en bij de notaris krijgt hij naast het advies de akte er gratis, nou ja, voor een aanvaardbaar tarief, bij.

Een vergelijkbare opmerking heb ik laatst gemaakt in het kader van de mogelijke invoering van de SUP, de Societas Unius Personae, een soort Europese eenmans-BV, waarvoor thans een ontwerprichtlijn is voorbereid door de Europese Commissie. De gedachte is dat de SUP online, op basis van model statuten, kan worden opgericht vanuit iedere lidstaat zonder dat verdere formele voorschriften, zoals een notariële akte, vereist mogen worden. Leuke gedachte en misschien moet Nederland ook niet trachten de Richtlijn tegen te houden (voor zover al mogelijk), maar naar mijn mening zullen de uiteindelijke lasten van de oprichting van een SUP niet lager worden, indien er afgeweken wordt van de model statuten, er aandelen moeten worden overgedragen of gesplitst of de rechtsvorm wordt omgezet in een andere rechtsvorm.⁸⁷

8.2. De notaris heeft, neem maar bij de oprichting van een BV, ook zijn ‘belehringstaak’. Hij moet partijen informeren over de gevolgen van de akte. Wat zijn bijvoorbeeld de juridische en fiscale gevolgen van de oprichting, wat zijn de gevolgen indien de ondernemer niet overgaat tot storting, wat zijn de gevolgen van het aangaan van rechtshandelingen vóór opgave in het Handelsregister, wat zijn de gevolgen van winstuitkeringen indien de BV daarna niet meer aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen, wat gebeurt er bij onbevoegde vertegenwoordiging? Wat gebeurt er bij doeloverschrijding? Wat zijn de gevolgen indien de bank voor de financiering toch een persoonlijke borgstelling wenst? En hoe staat het met mogelijke persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen?

Ook moet men de rol van de notaris bij uitleg van statuten en andere vennootschappelijke organisatieregels, veelal in feite governance vragen, niet onderschatten, in het bijzonder in samenhang met aandeelhouders en joint-venture overeenkomsten.⁸⁸ Kortom, conform de Duitse opvatting, de notaris is

te beschouwen als “der Richter im Vorfeld”. De notaris is, ook binnen het ondernemingsrecht, enerzijds hoeder van de directe belangen van de overheid en anderzijds is hij de onafhankelijke, en waar aan de orde onpartijdige, adviseur van de ondernemer, die bovendien zorgt voor een ordelijk betalingsverkeer bij transacties.

8.3. Daarnaast vervult de notaris een rol vanuit zijn positie als vertrouwenspersoon en adviseur van ondernemers. Nu ik toch vandaag al enige tijd voor eigen parochie aan het preken ben kan de notaris als vermogensrechtelijke biechtvader er ook nog wel bij. Wat dacht u van de vele ondernemers die een gesprek hebben met hun notaris over de vraag hoe en op welke wijze en aan wie de onderneming zou moeten worden overgedragen, wat te doen met kinderen die wel en niet in het bedrijf werkzaam zijn, of het wel zinvol is de aandelen in het familiebedrijf te certificeren of onder bewind te stellen of later op andere wijze het familievermogen in beheer te geven, al was het maar om te voorkomen dat de jongste zoon iets te vroeg in een rode Ferrari gaat rijden. Maar ook hoe omgegaan zou moeten worden met “het wat terugdoen voor de maatschappij”, kortom met het doneren aan goede doelen zoals (ANBI)stichtingen binnen de familie. Zonder limitatief te zijn noem ik ten slotte nog een aantal andere niet-wettelijke werkzaamheden van de notaris binnen het ondernemingsrecht, zoals het door de notaris optreden als adviseur in het kader van corporate governance, het reguleren en notuleren van aandeelhoudersvergaderingen en ledenvergaderingen, het vastleggen van reglementen van commissarissen en bestuurders en het als onafhankelijk lid zitting nemen in raden van toezicht of commissarissen, besturen van goede doelenstichtingen en stichtingen administratiekantoor.

Kortom, de notaris vervult binnen Nederland als rechtsstaat een stabiele factor die een aantal belangrijke (gedelegeerde) staatstaken uitoefent tegen een tarief dat gedicteerd wordt door de markt. De notaris kost de overheid niets, binnenkort moet hij zelfs zijn eigen tuchtrecht gaan betalen, terwijl zij of hij wel bijdraagt aan de eerder genoemde rechtszekerheid, misbruik-

bestrijding, rechtsbescherming, rechtsordening, rechtspreven- tie en deskundig advies.

Is er dan na deze ‘Ster-reclame’, geen kritiek mogelijk? Jazeker, en daar moet voor de toekomst ook wat aan gedaan worden. Monopolies, vaste tarieven en een closed shop hebben immers in het verleden geleid tot luiheid en een grote discrepantie tussen inzet en verdiensten. Ook een monopolie moet immers verdiend worden, dat wil zeggen de reputatie van en het vertrouwen in het notariaat moeten hoog blijven en de vraag is hoe dit met name voor het ondernemingsrecht gerealiseerd kan worden. Ik kom aan mijn laatste onderdeel.

9. Enkele bespiegelingen over de toekomst van het notariaat.

Laat ik voorop stellen dat in mijn visie het notariaat moet ophouden met ‘zeuren’. Natuurlijk, de markt is opengesteld, er is geen numeris fixus meer en de tarieven zijn vrij en het zou mooi zijn en ook volstrekt terecht indien de regering het belang van het notariaat voor de rechtsstaat zou uitspreken, maar niettemin zijn de monopolies voor het notariaat talrijk, in ieder geval vergeleken met een aantal andere Europese landen met een Latijns notariaat. De notariële markt is nu nog erg onrustig, zij is nog op zoek naar de juiste balans. Er zijn immers te veel notarissen en er zal dus nog wel enige sanering, al dan niet gedwongen, moeten plaatshebben. Ook deeltijdnotarissen, toegevoegd notarissen en notarissen in loondienst zullen bijdragen aan het vinden van de nieuwe balans. De tarieven voor notariële diensten zijn zeer uiteenlopend, van ergens onder kostprijs tot soms hoge uurtarieven. Over enkele jaren zal de markt zich wel settelen. Een fatsoenlijk (cost-plus) tarief voor een louter ambtelijke dienst (de commodity) en een markttarief voor advisering. Daar zal het notariaat in de nota voor cliënten ook transparant in moeten zijn. Volgens mij is er binnen deze randvoorwaarden ruimte voor zowel de “huisarts-notaris”, die zorgt voor tijdige doorverwijzing als de gespecialiseerde notaris, die samenwerkt met anderen, al dan niet in multidisciplinair verband. Op deze wijze kan men binnen het notariaat ook een-

heid in verscheidenheid handhaven, want laat ons wel zijn er is allang niet meer een uniform notariaat. Het varieert van de éénpitter met een freelance secretaresse, de franchisenemer en de Hema-notaris tot kantoren die aangesloten zijn bij Netwerk notarissen en de grote multidisciplinaire kantoren. Binnen dit scala zoekt eenieder zijn weg naar de toekomst, althans dat mag ik hopen!.

Ik beperk mij hier, en dat als afsluiting, tot mijn visie op het notariaat binnen het ondernemingsrecht. Een belangrijk deel van het ondernemingsrecht is voor ondernemers meer dan een commodity. Op dat gebied willen zij deskundig, juridisch advies en daar willen zij ook voor betalen, mits op basis van transparante en duidelijke afspraken. De gespecialiseerde ondernemingsrechtadvocaat verleent deze adviesdiensten eveneens, maar hij is aan andere deontologische regels onderworpen en hij heeft nu eenmaal niet de wettelijke bevoegdheden van de notaris. De notaris voegt, anders gezegd, de akte met alle bijbehorende gevolgen als kers op de taart van het advies toe, maar de advocaat kan de door hem voorbereide klus niet zelf afmaken.

Wat betekent dit nu voor de toekomst van de notaris? Dat wij in mijn opvatting toe moeten naar een combinatie van beide professies, de advocaat en de notaris, ofwel het Anwaltsnotariat⁸⁹, zoals dat al sinds de 19^e eeuw in een aantal Duitse deelstaten bestaat. In 2014 had Duitsland ongeveer 6400 Anwalts-notare en 1600 Nur-Notare.⁹⁰ Deze beroepscombinatie functioneert uitstekend. Na zijn Universitaire juridische opleiding, die leidt tot de “Befähigung zum Richteramt” (in de BRD duurt deze inclusief Referendarzeit maar liefst 7 jaar), kan de jurist in de bedoelde deelstaten als advocaat beginnen. Vervolgens kan hij na 5 jaren van beroepservaring en aanvullende strenge bekwaamheidseisen tevens notaris worden. Er gelden uiteraard strikte regels voor zijn optreden als advocaat enerzijds en als notaris anderzijds ter voorkoming van belangenconflicten. Door de mogelijkheid beide beroepen uit te oefenen ontstaat er ook een betere economische en commerciële basis, hetgeen

de onafhankelijkheid ten goede komt. Bovendien wordt de onderlinge concurrentie binnen het ondernemingsrecht gemitigeerd en wordt daarmee ook de druk op de wettelijke notariële monopolies minder. Kortom, ik zie wel wat in de advocaat-notaris, de advocaris, als optie naast de jurist die alleen advocaat of alleen notaris is. We zijn dan bovendien, zo gewenst, af van de titel kandidaat-notaris, terwijl ook voor de Universitaire studie nieuwe mogelijkheden gloren naast de bestaande notariële studie. Je wordt hetzij opgeleid conform het huidige stramien dan wel als privaatrechtelijk jurist die na een bepaalde periode kiest voor de combinatie van advocatuur en notariaat. Een en ander heeft ook impact op de KNB; er zal een Orde van Advocarissen moeten komen!

Gewaardeerde toehoorders. Ik sluit nu echt af. Ik heb getracht mijn passie voor de verdere ontwikkeling van het ondernemingsrecht en de toekomst van het notariaat over te brengen. De bal ligt nu aan de voet van politiek en wetgever. Hoe snel deze bal gespeeld wordt weet ik niet. Gelukkig ben ik ook realist: “passie en geduld zijn immers twee kanten van een medaille”.

10. Slot

Dames en Heren, er is eigenlijk niet nieuws onder de zon. Ruim 51 jaar geleden, op 21 februari 1964, werd op deze plaats bij de aanvaarding van het ambt van buitengewoon hoogleraar in de heterogene katalyse de oratie uitgesproken door Prof. Dr. W.M.H. Sachtler. Zijn rede was getiteld: Het katalyserende grensvlak tussen chemie en fysica.

Prof. Sachtler is mijn schoonvader. Hij is inmiddels 90 en woont in de Verenigde Staten. Ik draag hier met zijn volledige instemming zijn toga.

Tot slot een kort woord van dank.⁹¹

Allereerst aan deze Universiteit, mijn Alma Mater, die mij de kans geeft mijn passie voor het ondernemingsrecht en het

notariaat aan studenten over te dragen. Dank ook aan Pim Huijgen, die mij inspireerde de blik van “achter Woerden” weer terug te draaien richting Leiden. Ik kijk uit naar de samenwerking, die in feite al aardig op gang is gekomen met Pim Huijgen, Iris Wuisman en vele andere collegae aan deze prachtige Universiteit, maar ook, waar het zinvol is, krachten en kennis te bundelen naar samenwerking tussen de Universiteiten te Leiden en Utrecht, aan welke ik beide immers vooralsnog verbonden ben. Ik zou hier niet hebben gestaan, indien Loyens & Loeff mij niet de kans had gegeven de brug te slaan van praktijk naar wetenschap. Ik hoop, en verwacht eigenlijk, dat meerderen van mijn kantoor mij de komende jaren over deze brug zullen volgen.

Dames en Heren studenten. Ik zeg het wel een vaker: Wenn wir es alleine nicht schaffen, dan schaffen wir es zusammen!

24 Geachte toehoorders, Dank voor uw geduld om naar mijn passie te willen komen luisteren.

Heike, Patrique en Paul: Katalyse is belangrijk, maar onze chemie mag nooit komen te ontbreken.

Ik geloof in vrijheid als het grootste goed voor onze mensheid.

Praesidium Libertatis.

Ik heb gezegd!

Noten

- 1 Er is ten tijde van het schrijven van deze oratie nog enige discussie tussen de minister van Financiën en de Raad van Bestuur van ABN AMRO over de toepassing van een beschermingsconstructie waarbij een onafhankelijke stichting in specifieke situaties preferente aandelen kan verwerven. De minister is bevreesd voor een lagere openingskoers van de aandelen en daarmee een lagere opbrengst door de Nederlandse Staat (zie FD.nl van 19 februari 2015).
- 2 FCA-topman Marchionne: 'Ferrari wordt mogelijk Nederlandse Holding', FD van 5 maart 2015.
- 3 Zie onder meer B.F. Assink, De 'economische werkelijkheid in het Nederlandse ondernemingsrecht, WPNR 2014/7037, p. 1031-1043. Assink constateert dat de enquête-rechtspraak van de Hoge Raad vanaf 2003 een stroomversnellende, katalyserende rol heeft gespeeld. Buiten het enquêterecht zouden er volgens Assink nog vier terreinen zijn waarop de invloed van de economische werkelijkheid wellicht ook zichtbaar gaat worden: de redelijkheid en billijkheid ex artikel 2:8 lid 1 BW, bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW, aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder ex artikel 2:11 BW en de doctrine over afgeleide schade; zie verder H. Koster, Bespiegelingen over de economische werkelijkheid in het ondernemingsrecht, WPNR 2014/7036, p. 992-998.
- 4 Uitgebreid over de fundamenteën van het ondernemingsrecht in economisch perspectief: Assink/Slagter 2013 (Deel I), § 1-5 en de oratie van B.F. Assink, De Januskop van het ondernemingsrecht, over facilitering en regulering van ondernemerschap, Kluwer 2010.
- 5 Vgl. D.F.M.M. Zaman, Een Nieuwe rechtsvormgeving, Oratie SDU 2007.
- 6 Vgl. Artikel 2 lid 1 Handelsregisterbesluit 2008. Voorwaarde is dat er naar het oordeel van de Kamer van Koophandel, voldoende omvang van de activiteiten of omzet is. Zie verder de toetsingscriteria voor de omzet (BTW) en de Beleidsregel "Ondernemingsbegrip in het handelsregister".
- 7 Bijvoorbeeld een organisatie van kapitaal en arbeid.
- 8 Het ging in casu om een 'staatssteun' aangelegenheid. Vgl. HvJ EG 23 april 1991, zaaknr. C.41/90 (Höfner & Elser), Onder het begrip 'economische activiteit' valt het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt (vgl. HvJ EG 16 juni 1987, zaaknr. C. 118/85 (Commissie/ Italië). Zie ook art. 7:662 en volgende BW.
- 9 Vgl. Artikel 1 sub c van de Wet op de Ondernemingsraden.
- 10 Vgl. B. Wessels, Beroep, bedrijf en onderneming, Oratie Tjeenk Willink 1989; zie ook het begrip bedrijf in het Wetboek van Koophandel, Boek 1 BW (artt. 1:88 en 97) en Boek 7 (art. 7: 662 e.v.)
- 11 Vgl. Internetconsultatie.nl en de bijbehorende Ontwerp Memorie van Toelichting (publicatiedatum 6 februari 2014).
- 12 Boek 7a BW en Wetboek van Koophandel.
- 13 Vgl. de Wet op het financieel toezicht (Wft).
- 14 Volgens de brief van de minister van Veiligheid en Justitie van 15 december 2011, is het doel van wetgeving op het terrein van het vennootschapsrecht enerzijds om ondernemers een juridische infrastructuur te bieden waaronder zij in staat worden gesteld hun activiteiten ten volle te ontplooien en anderzijds om de bij de vennootschap betrokken en vennoten respectievelijk aandeelhouders, crediteuren - voldoende bescherming te bieden tegen (machts)misbruik. Tussen beide doelstellingen dient een zeker evenwicht te bestaan (Kamerstukken I 2011/2012, 28 746 en 31 065, nr. 7 in het kader van de intrekking van wetsvoorstel inzake titel 7.13 BW over personenvennootschappen).
- 15 Enkele onderdelen van deze oratie zijn afkomstig uit het door mij samen met Ger van der Sangen geschreven artikel over de toekomst van het Ondernemingsrecht; vgl. G.J.H. van der Sangen en D.F.M.M. Zaman, Ondernemingsrecht, Quo Vadis?, Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2012-6, p. 157-158.

- 16 Zie uitgebreid over dit thema, met name ook in historisch perspectief het fraaie proefschrift van: J.M. de Jongh, *Tussen societas en universitas*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Deel 94, Kluwer 2014.
- 17 Vgl. L. Timmerman, *The happy lawyer en de toekomst van het ondernemingsrecht*, *Ondernemingsrecht* 2014/5 en L. Timmerman, *Aan alles komt geen eind*, *Ondernemingsrecht*, 2013/8.
- 18 Vgl. artikel 9 lid 1 van het Ambtelijk voorontwerp bestuur en toezicht rechtspersonen (www.internetconsultatie.nl).
- 19 Vgl. Menno Tamminga, *KLM is geen dochter die je zo maar even naar hand zet*, *NRC* 28 januari 2015 en Pieter Klaas Jagersma, *Air France-KLM moet snel weer gesplitst worden*, *FD* 24 februari 2015.
- 20 Vgl. HR 4 april 2014, NJ 2014/286 (Cancun).
- 21 Vgl. *Burwell versus Hobby Lobby Stores, Inc.* 2014, WL 29 21709 (US Supr. CE 2014) en M. Olaerts, *De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband*, *TvOB* 2015/2.
- 22 Vgl. J.M. de Jongh, *Tussen societas en universitas*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Deel 94, p. 553-554.
- 23 Zie onder meer L. Timmerman: *De stand van het vennootschapsrecht*, Oratie, Kluwer 1990.
- 24 Als gevolg van de publicatieplicht die aan NV's werd opgelegd door de Eerste EG-Richtlijn is de BV als rechtsvorm in 1971 geïntroduceerd.
- 25 De strategische doelstelling van de EU was ambitieus: in 2010 moest de EU zijn veranderd in de meest concurrerende en dynamische markt ter wereld (zie www.europa-nu.nl). Deze doelen zijn niet behaald. De opvolger is de Europa 2020 strategie.
- 26 Nota van 7 september 2004, Kamerstukken II 2003/04, 29 752, nr. 2.
- 27 Zie het op 6 mei 2004 aan beide ministeries aangeboden rapport van de Expertgroep BV-recht onder leiding van H.J. de Kluiver (www.rijksoverheid.nl/rapporten/vereinvoedingenflexibiliseringvanhetbvrecht).
- 28 Zie ook M.J. Kroeze, *Repressief ondernemingsrecht*, *Ondernemingsrecht*, 2014/93, p. 467-468
- 29 Zie bijvoorbeeld het wetsvoorstel tot invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod; Kamerstukken II 34 011 nr. 3, en de overige voorgestelde wijzigingen van de Faillissementswet (Wet Continuïteit Ondernemingen I en II), Zie www.internetconsultatie.nl (gesloten consultaties).
- 30 Zie o.a. de Parlementaire Enquête Woningcorporaties en de brief over Goed Bestuur In de zorg aan de Tweede Kamer van de minister en Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport d.d. 22 januari 2015, *FD* van 26 januari 2015 (PvdA Kamerlid Henk Nijboer, inzake private equity uitwassen), alsmede door indiening van wetsvoorstellen en amendementen inzake het centraal aandeelhoudersregister door Kamerleden in de strijd tegen het witwassen.
- 31 Vgl. Overzicht resultaten Minister Opstelten de dato 3 november 2014 (www.Rijksoverheid.nl-Media teksten). Ik reken de voorgestelde wijzigingen in de faillissementswet in dit kader niet tot het ondernemingsrecht.
- 32 De begroting van het ministerie van Economische Zaken 2015 geeft als speerpunt wel aan een excellent ondernemingsklimaat. Ook wordt onderschreven dat er een noodzaak is van goede financieringsmogelijkheden voor ondernemers, blijvende investeringen in onderwijs en onderzoek, vermindering van regeldruk en stimulering van innovatie. Op geen enkele wijze blijkt echter van innovatie via het ondernemingsrecht of enig andere vorm van samenwerking met de minister van Veiligheid en Justitie ter bevordering van het ondernemingsklimaat.
- 33 Zie voor de oorzaken daarvan o.a. M.J. Kroeze, *Bange Bestuurders*, Oratie, Kluwer 2005 en het overzicht in Assink/Slagter 2013, § 13-15 en § 51-53.
- 34 Zie Kroeze t.a.p., p. 23.
- 35 Vgl. voor enig onderzoek hiernaar door D. Veltrop en J. van Maanen, *Bezint eer gij begint*, www.nationaal-register.nl/product/onderzoek-naar-benoeming-van-commissarissen#VP4sOPyG98E.
- 36 Vgl. onder meer HR 14 december 2007, NJ 2008, 105 (DSM), HR 13 juli 2007, *JOR* 2007, 178 (ABN AMRO), HR 9 juli 2010, NJ 2010, 544 (ASMI) en Hof Amster-

- dam (OK) 17 januari 2007, JOR 2007, 42 (Stork), HR 18 april 2014, JOR 2014, 227 (Vereniging Martijn), HR 15 maart 2013, LJN BY 7840 (opdracht advocatenmaatschap), HR 4 april 2014, JOR 2014/11, HR 20 december 2013, JOR 2014/66 (Cancun) en HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3677.
- 37 Zie het Themanummer Overname en algemeen belang, WPNR 2015/7048.
- 38 Zie bijvoorbeeld B.F. Assink, De economische werkelijkheid in het Nederlandse Ondernemingsrecht, WPNR 2014/7037, p. 1031-1043 en H. Koster, tap.
- 39 Zie onder meer C.A. Schwarz en B. Kemp, Het ledenverbod, de governance van stichtingen en het wetsvoorstel 'Herzieningswet toegelaten instellingen Volkshuisvesting, Ondernemingsrecht 2013/120, p. 609-618.
- 40 Zie o.a. J.S. Wuisman, Een Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid?, Prf, Kluwer 2011.
- 41 The Global Competitiveness Report 2014-2015. www.weforum.org.
- 42 Gelijk aan 2013, maar achteruitgang t.o.v. het jaar 2012 toen Nederland op de 5e plaats kwam.
- 43 Waarom komt facilitering van de economie door het ondernemingsrecht niet voor in de Begroting van het ministerie van Economische zaken, bijvoorbeeld in samenwerking met Justitie? Vgl. ook Kees Verhoeven in het FD van 14 oktober 2014 onder de titel: "Zo kan Nederland weer innovatieland worden. Laat het kabinet niet passief op de winkel passen, maar actief werk maken van nieuw ondernemerschap".
- 44 Zie ook Actieplan 2012 van de Europese Commissie, Ondernemingsrecht 2013/9, p. 345-349.
- 45 Zie de 2014 Deliverables van de OESO de dato 16 september 2014.
- 46 Bijvoorbeeld Luxemburg, Engeland en Ierland.
- 47 Nederland wil het zich niet veroorloven schadelijke belastingconcurrentie aan te doen. Zie ook L. Stevens, Concurrentie op fiscaal gebied vergt EU-toetsing, FD 2 december 2014.
- 48 Nederland heeft een omvangrijk netwerk van bilaterale investeringsverdragen, die de verdragspartijen bescherming bieden tegen directe en indirecte onteigening door overheden. Deze bilaterale verdragen zullen verdwijnen op grond van binnen de EU gemaakte afspraken.
- 49 Vgl. A.A. Bootsma en J.B.G. Hijink, De beurs-NV in den vreemde, Ondernemingsrecht 2014/15, afl. 2.
- 50 Vgl. Lewis S. Black Jr., Why Corporations Choose Delaware, 2007, Printed and Distributed by Delaware Department of State Division of Corporations.
- 51 Zie ook Frank Gevurtz, Why Delaware LLC's, Oregon Law Review, Volume 91, Number 1, p. 57-127 en J.A. McCahery en E.P.M. Vermeulen, Is de nieuwe BV voldoende aantrekkelijk in Internationaal verband, TOP 2007, p. 263-271.
- 52 Zie "Delaware's top Judge warns over activism", Financial Times, 25 March 2014.
- 53 Vgl. D.F.M.M. Zaman, Een Nieuwe rechtsvormgeving, Oratie 2007 en Hylda Boschma, de rechtsvorm van de onderneming in beweging, Oratie, Kluwer 2014.
- 54 Vgl. L. Timmerman, De stand van het vennootschapsrecht, Kluwer, p. 13-14.
- 55 Vgl. Hylda E. Boschma, De rechtsvorm van de onderneming in beweging, Oratie, Kluwer 2014, p. 16-23.
- 56 Zie I.S. Wuisman, diss. 2011, tap, S.A. Kruisinga en S.E. van der Waals, tap en J.A. McCahery en E.P.M. Vermeulen, De behoefte aan een Nederlandse vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, Ondernemingsrecht 2005/137.
- 57 Bij de keuze voor buitenlandse rechtsvormen spelen overigens ook (gunstige) fiscale voorwaarden die dan gelden voor de Nederlandse partners een belangrijke rol.
- 58 Vgl. S.A. Kruisinga en S.E. van der Waals, Een nieuwe loot aan de stem van personenvennootschappen naar Duits recht, de Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Haftung, WPNR 2014/7031, p. 828-835.
- 59 Vgl. de artt. 2:138/248, 2:149/259 en 2:139 BW worden integraal van toepassing, zowel binnen als buiten faillissement. Ik verwijs in casu naar het Voorontwerp en de reacties daarop (www.internetconsultatie.nl).

- 60 Wetsvoorstel 32 003 ingediend bij de TK in 2009; de intrekking is overigens pas geformaliseerd in 2013. Zie uitgebreid over de maatschappelijke onderneming: E.R. Helder, *De juridische infrastructuur van de maatschappelijke onderneming* (diss. Utrecht), SDU 2013.
- 61 Zie bijvoorbeeld Rapport 'Een lastig gesprek' van de Commissie Behoorlijk Bestuur (Commissie Halsema), een bijlage bij de Brief van 11 september van Minister Kamp aan de Tweede Kamer (AFP/1315 2328, Parlementaire enquête woningcorporaties.
- 62 Kamerstukken II 33 168.
- 63 Zie E. Plomp, *Kanttekeningen bij het wetsvoorstel vergroten in investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg*, *Ondernemingsrecht* 2014/146, p. 743 e.v.
- 64 Zie hierover o.a. L. Timmerman, J.M. de Jongh en A.L. P. Schild 'Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW?', *Handelingen Nederlandse Juristenvereniging* 2010 en M. Tamminga, *NRC* 17 september 2013.
- 65 Zie het rapport van de Werkgroep Moltmaker over de modernisering van de successiewetgeving uit 2000, 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.
- 66 Vgl. D66.nl, waar de specifieke kenmerken worden toege-licht.
- 67 Vgl. D.F.M.M. Zaman, *De ondernemende stichting, kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtspersoon*, onder redactie van M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman, *SDU Uitgevers* 2011, p. 99-107.
- 68 BES is de afkorting voor de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba.
- 69 Vgl. D.F.M.M. Zaman, *Een nieuwe rechtsvormgeving*, *Oratie* 2007, p. 42-43.
- 70 Zie Brief Financiën, p. 10.
- 71 Zie onder andere S.J. Mol-Verver, *De ondernemingswinstbelasting. Een zoektocht naar een rechtsvormneutrale wijze van winstbelasting*, diss. Amsterdam 2008, *Fiscaal Wetenschappelijke reeks* nr. 10.
- 72 Zie Action Plan on European company law and corporate governance of 12 December 2012 (www.ec.europa.eu).
- 73 Zie H. Koster, *Consultatie over grensoverschrijdende fusies en splitsingen*, *Ondernemingsrecht* 2014/148, p. 755.
- 74 Op 31 januari 2014 werd het Voorontwerp grensoverschrijdende omzetting kapitaalvennootschappen ter consultatie gepubliceerd. Sedert de einddatum van de consultatie (8 april 2014) is over de voortgang niets meer vernomen.
- 75 Vgl. E.R. Roelofs, *Grensoverschrijdende juridische splitsing van kapitaalvennootschappen*, *Kluwer* 2014, Deel 122.
- 76 Ook Roemenië, Tsjechië en Frankrijk voor wat betreft de EU, en IJsland en Noorwegen wat betreft de EER hebben een regeling op basis waarvan een grensoverschrijdende splitsing kan worden uitgevoerd.
- 77 Zie Lewis S. Black, Jr. *Why Corporations Choose Delaware*, 2007, p. 5-7.
- 78 Zie *NRC* 3 maart 2015 (Ploumen: 'Niet shoppen bij geschillen').
- 79 Vgl. HR 29 maart 2013, *NJ* 2013, 304 (*Chinese Workers*) en D.A.M.H.W. Strik 'Internationale aspecten van de ondernemingskamer', *WPNR* 2014/7037, p. 1018-1024.
- 80 Zie de website van het ENN - European Notarial Network (www.enn-rne-online.eu).
- 81 Zie H.W. Heyman, *Interdisciplinaire samenwerking een notarieel dilemma?*, *Oratie*, *Kluwer* 1992.
- 82 Zie voor info en aantallen B.C.M. Waaijer, *Notariële bijdragen aan de ontwikkeling van het vennootschapsrecht in de twintigste eeuw*, *Ars Notariatus* 131, p.85-102.
- 83 Onderdeel van het in 2011 ingetrokken wetsvoorstel voor een nieuwe titel 7.13 BW inzake personenvennootschappen was dat een openbare vennootschap alleen rechtspersoonlijkheid zou kunnen verkrijgen door middel van een notariële akte. Bij de juridische fusie en splitsing legt de notaris nog een additionele voetverklaring waarin hij verklaart dat hem is gebleken dat de vormvoorschriften in

acht zijn genomen en ook alle overige wettelijke en statutaire voorschriften zijn nageleefd.

- 84 Zie Kamerbrief 13 september 2011 van EL&I, Financiën, OCW op www.rijksoverheid.nl (bijlage 1) en D.F.M.M. Zaman, Het is onnodig en onwenselijk dat de notariële tussenkomst voor de oprichting van een standaard BV wordt afgeschaft, TvOB, 2012-2, p. 31-33.
- 85 Zie bijvoorbeeld www.degoedkoopstenotariss.nl.
- 86 Zie Notariaat Magazine, januari 2012, p. 8.
- 87 Vgl. D.F.M.M. Zaman, SUP-optimaal?, Ondernemingsrecht 2015/1, p. 1-2.
- 88 Vgl. D.F.M.M. Zaman en S.A. Kruisinga, Uitleg van statuten, TvOB, 2014-6, p. 182-191.
- 89 Zie ook J.C.H. Melis, bewerkt door B.C.M. Waaijer, De notariswet, Deventer, Kluwer 2012, p. 480.
- 90 Zie www.bnotk.de/notar/statistik/index.php.
- 91 Een bijzonder dankwoord bij de totstandkoming van deze oratie spreek ik graag uit voor mijn loyale secretaresse Esther ten Braak en voor mijn goede vriend en toppleier Winfried van den Muijsenbergh, als kritische lezer van het manuscript.



Het Nederlandse ondernemingsrecht stond altijd bekend om zijn soepele karakter. Gedurende de afgelopen jaren is - op de invoering van de Flex-BV na - de focus van de wetgever komen te liggen op bestrijding van misstanden, misbruik, criminaliteit en fraude. De proactieve, faciliterende invalshoek heeft plaats gemaakt voor een reactieve en regulatoire benadering van het ondernemingsrecht.

Wil Nederland aantrekkelijk blijven als vestigingsland dan zal zij haar ondernemingsrecht op structurele wijze moeten innoveren en het ondernemerschap moeten faciliteren en bevorderen, ondersteund door een commercieel meedenkende rechter en hoogwaardige juridische dienstverlening met Delaware als goed voorbeeld. De notaris of de 'advocaris' (Anwaltsnotar) is bij uitstek de persoon die bij kan dragen aan een efficiënt ondernemingsrecht dat rechtszekerheid, betrouwbaarheid en bescherming biedt voor en binnen ondernemingen, maar dat vooral ook facilitair, dynamisch, flexibel en innovatief is.

