

SCHEPERS & VAN NUNEN

Netwerk Notarissen Uden-Veghel

**Het ondernemingsrecht op de schop;
Het ontstaan van de nieuwe personenvennootschappen en
flexibilisering van het BV-recht.**

*Wijzigingen in boek 2 en 7 van het BW. Wat zijn de veranderingen en
gevolgen voor de cliënten van Schepers & Van Nunen Netwerk
Notarissen?*



Afstudeerscriptie HBO-rechten - Sanne de Kleijne - mei 2011



Titelpagina

Titel:	Het ondernemingsrecht op de schop; Het ontstaan van de nieuwe personenvennootschappen en flexibilisering van het BV-recht. <i>Wijzigingen in boek 2 en 7 van het Burgerlijk Wetboek. Wat zijn de veranderingen en gevolgen voor de cliënten van Schepers & Van Nunen Netwerk Notarissen</i>
Opdrachtgever:	Schepers & Van Nunen Netwerk Notarissen te Uden Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Afstudeerster:	Sanne de Kleijne
Functie auteur:	afstudeer opdracht
Studentennummer:	2009918
Hogeschool:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Opleiding:	HBO-rechten
Locatie:	s-Hertogenbosch
Stageperiode:	februari - mei 2011
Stageverlener:	Schepers & Van Nunen Netwerk Notarissen
Bedrijfsmentor:	mr. E.J.W.M. van Egeraat
Stagedocent 1:	mr. drs. A.M.M (Sandra) van Breugel
Stagedocent 2:	mr. P.J.D. (Pascal) Jacobs
Verschijning:	30 mei 2011 te Tilburg

Voorwoord

Beste lezer,

In het kader van mijn afstuderen aan de opleiding HBO-rechten aan de Juridische Hogeschool te 's-Hertogenbosch heb ik mijn afstudeerstage gevolgd bij Schepers & Van Nunen Netwerk Notarissen

In opdracht van Schepers & Van Nunen Netwerk Notarissen heb ik onderzoek verricht naar de wetsvoorstellen Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht en de vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek. Hierna genoemd wetsvoorstel Flex-BV en Titel 7.13 BW.

De wetsvoorstellen Flex-BV en Titel 7.13 BW liggen al jaren bij de Tweede Kamer, inmiddels bij de Eerste Kamer en niemand heeft enig idee wanneer de voorstellen aangenomen worden. Toch heb ik gekozen om deze wetsvoorstellen uit te werken. Dat heb ik gedaan omdat deze wetsvoorstellen grote invloed hebben op het ondernemingsrecht. Ik wil graag gaan werken in het rechtsgebied ondernemingsrecht en door het maken van deze scriptie ben ik meer te weten gekomen over de structuur van de besloten vennootschap en de personenvennootschappen.

Deze scriptie is geschreven in de periode februari - mei 2011. Het is dus mogelijk dat de werkelijke wetswijziging afwijkt van wat in deze scriptie genoemd wordt. Momenteel is er geen datum bekend van inwerkingtreding. Beide wetsvoorstellen liggen te wachten op de plenaire gezamenlijke behandeling. Bekend is dat tot 9 juni 2011 geen plenaire behandeling geagendeerd staat.

Ik wil graag mijn mentor de heer mr. Erik J.W.M. van Egeraat bedanken voor zijn begeleiding en het beschikbaar stellen van een werkplek tijdens het schrijven van deze scriptie.

Ook wil ik graag mijn docent mevrouw S. van Breugel bedanken voor haar begeleiding vanuit school en haar goede adviezen.

Veghel, 09 mei 2011

Sanne de Kleijne



Inhoudsopgave

	Paginanummers
Samenvatting	
Inleiding.....	3
Hoofdstuk 1: Het nieuwe personenvennootschapsrecht Titel 7.13 BW.....	7
1.1 Nieuwe rechtsvormen.....	7
1.2 Bestuur, vertegenwoordiging & aansprakelijkheid.....	10
1.3 Rechtspersoonlijkheid.....	11
1.4 Goederen en vennoten.....	12
1.5 Vermogen	14
1.6 Schuldeisers, vermogen en aansprakelijkheid.....	15
1.7 Verschil OVR en OVZ.....	17
1.8 Einde en voortgang.....	18
1.9 Samenvatting – conclusie.....	20
Hoofdstuk 2: Van dwingende naar flexibele wetgeving: de Flex-BV.....	21
2.1 Orgaanstructuur en bevoegdheden.....	21
2.2 Interne verhoudingen.....	22
2.3 Vermogensbescherming	23
2.4 Bijeenbrengen van vermogen.....	26
2.5 Samenvatting – conclusie.....	29
Hoofdstuk 3: Nieuwe stijl: de Flex-BV versus de personenvennootschappen.....	31
3.1 Afzetting van de verschillen tussen de BV en PV.....	31
3.2 Fiscaal oogpunt.....	32
Hoofdstuk 4: Veranderingen voor de notaris en toezicht.....	33
4.1 De notaris en Titel 7.13 BW.....	33
4.2 De notaris en de Flex-BV.....	33
4.3 Onderzoeksplicht van de notaris	34
4.4 Algemeen toezicht.....	35
Hoofdstuk 5: Conclusies en aanbevelingen	37
5.1 Personenvennootschappen.....	37
5.2 De Flex-BV.....	38
5.3 Keuze rechtsvorm.....	40
5.4 Toezicht.....	40
5.5 Slot.....	40
Evaluatie.....	42
Bronnenlijst.....	43
Bijlagenboek: informatie brief voor de cliënten.	

Samenvatting

De huidige wetgeving is sterk verouderd en de praktijk geeft aan dat onderdelen niet altijd hun doel bereiken. De wetgeving is dus toe aan modernisering. Ook staan de bepalingen omtrent de personenvennootschap momenteel verspreid over boek 7A BW en het Wetboek van Koophandel. Bovendien bestaat het BV-recht teveel uit dwingend recht. De grote aanleiding voor de aanpassing van de wetten is de ontwikkeling op Europees gebied. Omliggende landen maken gebruik van andere constructies welke veel flexibeler zijn dan het Nederlandse dwingend recht omtrent de rechtsvormen en veel landen zijn daarnaast ook bezig met een herziening. Ook de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie omtrent artikel 43 en 48 EU-verdrag geeft aan dat er steeds meer concurrentie plaats vindt tussen rechtsvormen. Om beter te concurreren met buitenlandse rechtsvormen heeft het Ministerie van Justitie en van Economische Zaken aangegeven dat ze de genoemde ondernemingsvormen willen aanpassen.

Doordat de wetsvoorstellen al zo lang bij de Kamers liggen is het een warboel aan documenten en wetswijzigingen geworden. Het doel is dat Schepers & Van Nunen een goed beeld krijgt van de wetsvoorstellen en zodra de wetten in werking treden ze hun cliënten goed en snel kunnen adviseren.

Omtrent de personenvennootschap wordt de wet veel overzichtelijker en wordt de nadruk gelegd op de openbare vennootschap. Ook heeft de mogelijkheid om voor rechtspersoonlijkheid te kiezen voordelen omdat de rechtspersoon-vennootschap contract-partij wordt. Daarnaast kan de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid (hierna: OVR) omgezet worden in de BV. Doordat de onderzoeker geen nadelen ziet aan de OVR in vergelijking met de openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid (hierna: OVZ) is de aanbeveling gegeven om bij de omzetting van de huidige wetgeving naar de openbare vennootschap, meteen te kiezen voor een OVR of commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid (hierna: CVR).

De Flex-BV wordt veel flexibeler door middel van meer regelend recht. Zo kunnen er extra verbintenissen opgenomen worden in de statuten, in plaats van in aandeelhoudersovereenkomsten. Ook vervalt de verplichting van een blokkeringsregeling waardoor deze regeling ook naar eigen behoefte kan worden ingevuld. Tevens wordt het mogelijk om stemrechtloze aandelen uit te geven. Een voordeel hiervan is dat men kapitaal kan aantrekken zonder dat de kapitaalverstrekker zeggenschap krijgt. Het winstuitkering systeem wordt aangepast, plannen zijn er om een uitkeringstoets te doen waarbij de bestuurder aansprakelijk is wanneer hij wist of behoorde te weten dat de uitkering niet kon plaatsvinden. Daarnaast vervalt de verplichting van het minimumkapitaal en de stortingsplicht. Deze verplichtingen behaalde hun doel niet en zouden overbodig zijn volgens de wetgever. Of het vervallen van deze verplichtingen alleen voordelen met zich meebrengt, daar is de onderzoeker niet zeker van. Jurisprudentie zal dit moeten uitwijzen. Ook is de onderzoeker benieuwd hoe het in de praktijk gaat lopen met de verzwarende aansprakelijkheid die de bestuurder heeft bij het verrichten van een winstuitkering.

Inleiding



Een ondernemer neemt graag initiatief en durft risico's te nemen. Enkele andere eigenschappen die genoemd kunnen worden zijn doorzettingsvermogen, commercieel inzicht, zelfstandig en zakelijk werken. Welke eigenschap minder bij een ondernemer past is

het bijhouden van de wettelijke vereisen en regels die gevolgd moeten worden. De ondernemer richt zich liever op het behalen van resultaten. Hij wil ook zelf bepalen hoe hij de onderneming wil inrichten en dat gaat moeilijker bij de BV omdat er sprake is van dwingend recht. Ook de regels omtrent de personenvennootschappen zijn sterk verouderd waardoor men ook hiermee niet veel kan. Tijd dus om alles te moderniseren en de ondernemer meer keuze vrijheid te geven waardoor hij ook bij de inrichting van de onderneming meer initiatief kan nemen, zelfstandig besluiten kan maken en bepalen wat voor hem zakelijk goed is.

In Nederland kan men een onderneming beginnen met verschillende rechtsvormen. De rechtsvormen die besproken worden in deze scriptie zijn de huidige Besloten Vennootschap (hierna BV), Vennootschap onder Firma (hierna Vof), Commanditaire vennootschap (hierna CV) en Maatschap. De BV bestaat voornamelijk uit dwingende bepalingen waardoor men vaak verplicht is om de formele eisen te volgen terwijl deze eisen niet altijd aansluiten op de praktijk. Daarnaast is de wetgeving over de Vof, Cv en Maatschap sterk verouderd. Zelfs bij de invoering van Boek 2 nieuw BW en invoering van Boeken 3, 5 en 6 zijn er geen wijzigingen aangebracht aan de personenvennootschappen. De wetgever wil daarom de wetgeving moderniseren en integreren in het BW.

De BV heeft daarnaast te kampen met concurrentie van buitenlandse rechtsvormen. Deze zijn vaak flexibeler waardoor ze aantrekkelijker zijn. Zo bestaan er veel soortgelijke rechtsvormen welke geen oprichtingskosten hebben of geen verplichting van een minimumkapitaal hebben (zie de Engelse 'Limited'). Ook Europese ontwikkelingen dwingen de wetgever tot het flexibeler maken van de wetgeving.

De praktijk wil meer vrijheid van inrichting. Er bestaan te veel administratieve lasten welke verminderd moeten kunnen worden. De crediteuren worden nu beschermd middels een verplichting van minimumkapitaal, stortingsplicht en uitkering regels. Maar deze regels bereiken hun doel niet altijd. Daarom is er gekeken naar alternatieven. Daarnaast is gekeken naar het toezicht wat nu plaats vind en hoe men dit kan verbeteren. Ook is er onderzocht of de organisatiestructuur aangepast kan worden of dat er zelfs een nieuwe rechtsvorm nodig is in plaats van de BV. De wetgever heeft ook gekeken naar vermogens- en kapitaalbescherming, de regels die nu gelden, worden bijna allemaal geheel veranderd. Voor de alternatieven is ook gekeken naar buitenlandse rechtsvormen. Ook zijn er rapporten geschreven waarin aanbevelingen zijn gegeven aan de wetgever. Zo is de Expertgroep ingesteld onder voorzitterschap van prof. mr. H.J. de Kluiver. Zij hebben knelpunten en aanbevelingen gegeven in hun verslag 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht' in 2004. Ook het Instituut voor Ondernemingsrecht Groningen heeft twee onderzoeken verricht omtrent de kapitaalbescherming, zie hiervoor rapport 'Versoepeling van het bv-kapitaalbeschermingsrecht' van M.L. Lennarts en J.N. Schutte-Veenstra van 31 maart 2004 en het rapport 'Alternatieve systemen voor kapitaalbescherming' door H.E. Boschma, M.L. Lennarts en J.N. Schutte-Veenstra van 18 augustus 2005. Genoemde rapporten zijn gebaseerd op rechtsvergelijkend onderzoek naar regelingen uit andere landen. Hiermee hoopt men ook te bereiken dat de Nederlandse wetgeving aansluit op



de wetgeving en ontwikkelingen in omliggende landen en de Europese Unie, maar natuurlijk ook de Nederlandse praktijk.

Wat wel gewijzigd wordt, wordt onderzocht en in kaart gebracht voor Schepers & Van Nunen Netwerk Notarissen. Er bestaan veel rapporten en literatuur met aanbevelingen en alternatieven. Maar welke aanbevelingen/alternatieven worden wel aangenomen door de wetgever en welke niet? En welke gevolgen hebben deze wijzigingen voor de cliënten/ondernemers? Het minimumkapitaal laten vervallen uit concurrerend oogpunt voor grotere ondernemingen kan een voordeel zijn. Maar heeft deze aanbeveling ook voordelen voor het MKB? De nieuwe personenvennootschappen krijgen als keuze mogelijkheid rechtspersoonlijkheid. Maar deze blijkt anders te zijn dan de rechtspersoonlijkheid die we kennen uit Boek 2 BW. Wat zijn de verschillen en wat zijn de voor- en nadelen?

Het doel van deze scriptie is het in kaart brengen van de belangrijkste wijzigingen voor de cliënten door deze twee wetsvoorstellen.

De centrale vraag luidt dan ook:

Wat zijn de belangrijkste veranderingen voor de cliënten van Schepers & Van Nunen Netwerk Notarissen als de wetsvoorstellen Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht en Vaststelling Titel 7.13 personenvennootschappen van kracht worden?

Deze twee wetsvoorstellen worden samen uitgewerkt omdat beide veel wijzigingen aanbrengen aan het ondernemingsrecht en door middel van het uitwerken van beide wetsvoorstellen wordt duidelijk in kaart gebracht hoe de rechtsvormen in Nederland er in de toekomst uit komen te zien.

De centrale vraag is beantwoord door middel van een *beschrijvend onderzoek* waarbij de wetsvoorstellen vergeleken wordt met de huidige wetgeving. Er is daarnaast sprake van een *deskresearch* omdat er gebruik wordt gemaakt van bestaande gegevens zoals de wet, rapporten en literatuur.

Uit informatie van de Eerste en Tweede Kamer blijkt dat de Eerste Kamer de behandeling van de wetsvoorstellen tot en met 7 juni 2011 nog niet heeft geagendeerd. De plenaire behandeling van het wetsvoorstel Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht (32.426) staat geagendeerd in de week van 16 mei 2011. De overige wetsvoorstellen worden aangehouden voor behandeling in de Eerste Kamer tot dat ook dit laatste wetsvoorstel is aangeboden. Misschien worden de wetsvoorstellen toch nog in 2012-2013 ingevoerd!

Er is gebruik gemaakt van verschillende rapporten die terug zijn te vinden in de literatuurlijst. Daarnaast is er informatie gehaald uit documenten van de Eerste en Tweede kamer en uit vaktijdschriften en studieboeken. Elke bron is vermeld in de voetnoot en literatuurlijst. Doordat de bron altijd te achterhalen is kan de informatie altijd verantwoord worden. Ook is er zoveel mogelijk gebruik gemaakt van recente en objectieve informatie.

Deze scriptie is opgebouwd uit vijf hoofdstukken. Allereerst komen de hoofdstukken aan bod waarbij veel onderzoek is verricht en waarin de wijzigingen uitgebreid behandeld worden: in hoofdstuk 1 staat informatie over het wetsvoorstel Vaststelling van titel 7.13 BW en in hoofdstuk 2 komt de Flex-BV aan bod. In het volgende hoofdstuk vindt u een afzetting van de verschillen tussen de BV en de openbare vennootschap omdat deze dichterbij elkaar zijn komen te liggen. In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op de werkzaamheden van de notaris en het toezicht dat wordt gehouden op



de rechtsvormen in Nederland. Aan dit laatste is aandacht besteed omdat de wetgeving veel meer flexibel is geworden en omdat vanaf 1 juli 2011 de Verklaring van Geen Bezwaar wordt afgeschaft. Als laatste hoofdstuk komen de conclusies aan bod waarin ook de centrale vraag wordt beantwoord. In de bijlage vindt u twee brieven voor de cliënten van Schepers & Van Nunen Netwerk Notarissen welke gebruikt kunnen worden als informatiebrief wanneer de wetsvoorstellen aangenomen worden.

Hoofdstuk 1: Het nieuwe personenvennootschapsrecht Titel 7.13 BW



Er is een nieuw wetsvoorstel dat grote veranderingen te weeg brengt in de structuur van de personenvennootschap. De Vennootschap onder firma (hierna: Vof), Commanditaire vennootschap (hierna: CV) en maatschap vervallen, hiervoor in de plaats komen vennootschappen al dan niet met

rechtspersoonlijkheid.

Deze op stapel staande veranderingen staan centraal in dit hoofdstuk. Uitgangspunt hierbij is het wetsvoorstel dat op dit moment bij de Eerste Kamer ligt.

Wanneer in dit hoofdstuk wordt gesproken over vennootschap, wordt hiermee de personenvennootschap bedoeld.

1.1 Nieuwe rechtsvormen

Artikel 7:800 BW geeft de definitie en eisen van de vennootschap. Indien er niet wordt voldaan aan alle eisen, is er geen sprake van een vennootschap.

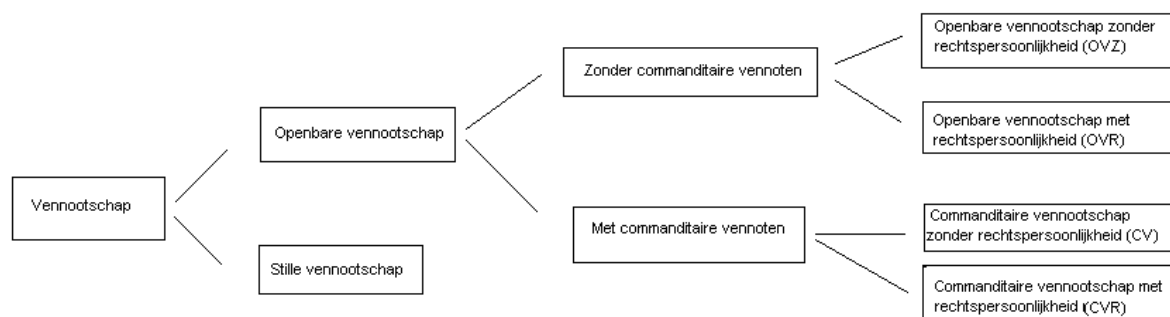
Artikel 7:800 BW

1. Vennootschap is de overeenkomst tot samenwerking voor gemeenschappelijke rekening van twee of meer personen, de vennoten, welke samenwerking is gericht op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel ten behoeve van alle vennoten door middel van inbreng door ieder van de vennoten.

2. De vennoten moeten zich tegenover elkaar gedragen zoals een goed vennoot betaamt.

In de nieuwe wetgeving is er sprake van twee varianten van de personenvennootschap: de openbare vennootschap (hierna: OV) en de stille vennootschap (hierna: SV).

Zoals in de afbeelding hieronder te zien is zijn er vier varianten van de openbare vennootschap.



De openbare vennootschap

Een openbare vennootschap dient te voldoen aan drie eisen, genoemd in artikel 7:801 BW:

1. De openbare vennootschap is de vennootschap tot het uitoefenen van een (1) beroep of bedrijf dan wel tot het verrichten van beroeps- of bedrijfshandelingen, die op een (2) voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten optreedt (3) onder een door haar als zodanig gevoerde naam.

2. De stille vennootschap is de vennootschap die niet een openbare vennootschap is.

In het wetsvoorstel is het onderscheid tussen de twee begrippen 'beroep' en 'bedrijf' uit eis één niet meer van belang. In de huidige wetgeving wordt hier wel naar gekeken.^{1 2}

De beroeps- of bedrijfshandelingen worden verricht door twee of meer vennoten. In beginsel hebben alle vennoten evenveel vertegenwoordigings- en beslissingsbevoegdheid. Deze bevoegdheid kan in de overeenkomst beperkt worden (artikel 7:811 lid 1 BW) deze beperkingen dienen wel vermeld te worden in het handelsregister zodat derden op de hoogte kunnen zijn van de beperking. Bij een openbare vennootschap zijn alle vennoten hoofdelijk aansprakelijk, in lid 2 van artikel 7:813 lid 2 BW wordt aangegeven dat indien een openbare vennootschap een opdracht heeft ontvangen, iedere vennoot ook geheel aansprakelijk is voor de tekortkoming in de nakoming. Tenzij de tekortkoming niet aan hem valt toe te rekenen. Dit betekent dat wanneer een vennoot niets te verwijten valt, hij ook niet aansprakelijk is voor de wanprestatie. In artikel 7:407 BW staat opgenomen dat wanneer twee of meer personen een opdracht geven, zij beide hoofdelijk verbonden zijn tegenover de aannemer. Artikel 6:75 BW bepaalt wanneer een tekortkoming iemand niet kan worden toegerekend. Indien een vennoot zich kan beroepen op één van de gronden in artikel 6:75 BW, betekent nog niet dat er geen negatieve gevolgen zijn voor de vennoot. Een betaling van een schadevergoeding wordt in beginsel betaald uit het vennootschapsvermogen. Indien de tekortkoming van grote aard is waardoor er een faillissement plaats vindt, heeft dit ook consequenties voor de betrokken vennoot.³

Stille vennootschap

Als een vennootschap niet voldoet aan *alle* criteria uit art. 7:801 BW, is er sprake van een stille vennootschap.⁴ Een voorbeeld van een stille vennootschap is het samenwerkingsverband tussen specialisten in een ziekenhuis. Middels dit samenwerkingsverband drukken ze de kosten. De stille vennootschap dient te voldoen aan artikel 7:800 BW. Een stille vennootschap kan geen rechtspersoonlijkheid hebben omdat artikel 7:801 lid 2 aan geeft dat een stille vennootschap een vennootschap is welke niet openbaar is. Artikel 7:802 BW heeft betrekking op rechtspersoonlijkheid van een vennootschap, welke openbaar dient te zijn. De stille vennootschap is vergelijkbaar met de stille maatschap. Bij een stille vennootschap dient een vennoot volmacht te hebben van de andere vennoten om vertegenwoordigingsbevoegdheid te hebben en zijn de vennoten in beginsel ieder voor een gelijk deel verbonden.⁵ De vennoten zijn ook voor een gelijk deel verbonden voor handelingen die tot de normale werkzaamheden behoren en/of binnen het doel van de vennootschap passen. Een vennoot handelt dus 'in naam van de gezamenlijke vennoten als zodanig'. Indien niet alle medevennoten volmacht hebben gegeven, kan de vennootschappelijke gemeenschap niet dienen als verhaalsmogelijkheid.⁶ Ook bij de stille vennootschap

¹ Kamerstukken II 2002/03, 28 746, nr. 3. p. 8

² Asser/Van Offen 2010 (7-VII), nr. 15, (vindplaats: Kluwer online research)

³ Asser/Van Offen 2010 (7-VII), nr. 119

⁴ B. Wessels, A.J. Verheij, 'Bijzondere overeenkomsten' Deventer: Kluwer 2006. p. 223

⁵ Artikel 7:812 BW en 7:813 BW

⁶ M.J.A. van Mourik, W. Burgerhart, 'De personenvennootschap in breed perspectief', Deventer: Kluwer 2010. p. 51



bestaat een vennootschappelijke gemeenschap, een goederenrechtelijke verhouding en de winsttoerekening, net zoals bij de OVZ.

Commanditaire vennootschap

Een commanditaire vennootschap is een variant van openbare vennootschap en heeft ook een variant met rechtspersoonlijkheid (zie artikel 7:836 BW). Volgens artikel 7:837 lid 2 BW mag de commandite geen bestuurshandelingen verrichten. De commandite kan zich wel bemoeien met interne zaken maar mag geen beslissingen nemen of daarop invloed uitoefenen. Indien de commandite wel of niet krachtens een volmacht in naam van de vennootschap handelt met derden of een beslissende invloed heeft, is hij tegenover derden hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen en dus ook hoofdelijk aansprakelijk voor deze verbintenissen die ten tijde van zijn handelen of daarna zijn ontstaan. De commandite mag dus niet naar buiten treden als besturende, bevoegde vennoot en mag ook geen handelingen verrichten of beslissingen nemen. Dit is weggelegd voor de besturende vennoten. Deze eisen zijn verzwaard ten opzichte van de huidige wetgeving.^{7 8}

Ook is de commandite tot niet meer gehouden dan het bedrag van zijn inbreng, in andere woorden, wanneer er verlies wordt gemaakt hoeft hij niet verder te delen dan tot het bedrag van zijn inbreng (artikel 7:836 BW). Indien er winst wordt gemaakt krijgt de commandite hier wel een deel van. Omdat de CV een openbare vennootschap is gelden alle artikelen van de OV. Daarom zijn er langs de artikelen over de OV drie artikelen opgenomen omtrent de CV: artikelen 7:836, 7: 836a en 7:837 BW.

Indeling van vennootschappen en Overgangswet Titel 7.13 BW⁹

Een vennootschap onder firma en de openbare maatschap zullen automatisch omgezet worden naar een openbare vennootschap. Een stille maatschap zal omgezet worden naar een stille vennootschap. Een commanditaire vennootschap in het huidige recht zal in het nieuwe recht ook een commanditaire vennootschap zijn.

De nieuwe indeling van rechtspersonen wil de wetgever in één keer invoeren, er wordt geen periode of termijn gegeven waarin de rechtsvormen omgezet worden. Hiervoor is gekozen om rechtsonzekerheid te voorkomen omdat er anders oude en nieuwe rechtsvormen deelnemen aan het rechtsverkeer.

Verder wordt aangegeven in artikel 68a lid 1 Overgangswet Titel 7.13 BW dat er wel voldaan dient te worden aan de vereisten in de wet. Zo zal een onderneming welke rechtspersoonlijkheid wenst, dit eerst dienen te regelen volgens de vereisten in artikel 7:802 BW. Artikel 68a lid 1 Overgangswet Titel 7.13 BW bepaald hierover:

"Van het tijdstip van haar inwerkingtreding af is de wet van toepassing, indien op dat tijdstip is voldaan aan de door de wet voor het intreden van een rechtsgevolg gestelde vereisten, tenzij uit de volgende artikelen van de overgangswet iets anders voortvloeit."

In voorgesteld artikel 220a lid 3 van de Overgangswet Titel 7.13 BW is opgenomen dat de aansprakelijkheid uit artikel 7:813 BW en artikel 7:837 BW slechts van toepassing zijn ten aanzien van verbintenissen die na het tijdstip van inwerkingtreding zijn ontstaan. Dit gebeurt omdat de openbare maatschap wordt omgezet naar een OV

⁷ M.J. Kroeze, L. Timmerman, J.B. Wezeman, 'De Kern van het ondernemingsrecht', Deventer: Kluwer 2007. P. 16 -18.

⁸ Artikel 7:836 en 7:837 BW

⁹ M.S. Koppert-van Beek, D.F.M.M. Zaman, 'Het overgangsrecht inzake titel 7.13 Burgerlijk Wetboek', WPNR 6723 jaargang 138 22 sept. 2007. p. 765-773

waarbij de aansprakelijkheid van de vennoten veranderd. Dankzij artikel 220 a lid 3 geldt de hoofdelijke verbondenheid van de vennoten alleen voor de tekortkoming in de nakoming die plaats vindt *na* de inwerkingtreding van de nieuwe wet. Dit geldt ook voor de disculpatiemogelijkheid uit lid 2 van artikel 7:813 BW. Indien de beroepsfout voor inwerkingtreding is begaan, geldt er een aansprakelijkheid voor gelijke delen (regels van de openbare maatschap) als deze na inwerkingtreding is begaan, is het mogelijk dat de tekortkoming niet aan een vennoot kan worden toegerekend (regels OV). Dit geldt tevens voor artikel 7:837 lid 2 BW betreffende het overtreden van het beheersverbod. De maten van een openbare maatschap dienen dus rekening te houden met de wijziging van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de vennoten bij een OV, artikel 7:811 BW. Als men deze bevoegdheid anders wil inrichten dient dit te worden vermeld in het handelsregister.

Regelend of dwingend recht?

In de Memorie van Toelichting wordt aangegeven dat er sprake is van dwingend recht, maar dit is later gewijzigd in het wetsvoorstel.

In het laatste gewijzigd voorstel van wet staat dat er sprake is van regelend recht, tenzij uit de wet anders voortvloeit.¹⁰ Boek 7 BW bevat zelf ook regelend recht.

1.2 Bestuur, vertegenwoordiging & aansprakelijkheid

Bestuur & vertegenwoordiging

Betreffende deze twee onderwerpen wordt er niet veel veranderd ten opzichte van de huidige wetgeving. Bij de vertegenwoordiging wordt er onderscheid gemaakt tussen de openbare en stille vennootschap. In artikel 7:811 BW staat dat de vennoten van een openbare vennootschap in beginsel volledig bevoegd zijn om in naam van de vennootschap te handelen indien dit in dienst is van het doel van de vennootschap. In artikel 7:812 BW staat dat de bestuurder van een stille vennootschap in naam van de vennootschap mag handelen mits de andere vennoten volmacht hebben verleend. Zoals te lezen is in paragraaf 'Commanditaire vennootschap' heeft de commandite geen vertegenwoordigings- of bestuursbevoegdheden. In de praktijk wordt vaak opgenomen in de vennootschapsovereenkomst dat er voorafgaande instemming verlangd wordt van de besturende vennoten bij bijvoorbeeld: het aangaan van geldleningen, aangaan van arbeidsovereenkomsten, de aanvraag van faillissement et cetera.

Wie is er aansprakelijk?

De vennoot handelt in naam van de vennootschap jegens derden. Indien de vennootschap haar verplichtingen niet nakomt, kan de schuldeiser de vennootschap aanspreken maar ook één of meerdere vennoten, artikel 7:813 BW.

De rechtspersoon uit boek 2 BW heeft beperkte aansprakelijkheid. Maar in Titel 7.13 BW heeft de 'rechtspersoon' een andere betekenis (zie artikel 7:804 BW)¹¹. Daarom zijn de bepalingen uit boek 2 BW alleen van toepassing als dit uitdrukkelijk wordt vermeld.¹²

Daarnaast geeft artikel 7:824 BW aan dat een uittreedende vennoot slechts beperkt aansprakelijk blijft voor oude schulden en de toetredende vennoot is alleen aansprakelijk voor nieuwe schulden. Een rechtsvordering tegen een oude vennoot blijft dus bestaan.

¹⁰ *Kamerstukken II*, 2003/04, 28 746, nr 5.

¹¹ *Kamerstukken I*, 2009/10, 31 065 A p. 2

¹² *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 746, nr. 3. P. 10

Desondanks, is het in de praktijk de gewoonte dat in beginsel een nieuwe vennoot alle verplichtingen en verbintenissen overneemt van de oude vennoot. Dus in het voorbeeld dat vennoten A en B een tienjarige banklening zijn aangegaan en vennoot A uittreedt, hij aansprakelijk zou kunnen blijven voor de lening terwijl vennoot C is toegetreden. Hierbij wordt afgesproken dat vennoot C alle verplichtingen en verbintenissen van vennoot A overneemt. Dus ook de tienjarige banklening.

De maten van een openbare maatschap krijgen bij een OV een verzwaring van de aansprakelijkheid. Ze zijn niet meer voor ieder een gelijk deel verbonden met de verbintenissen maar zijn hoofdelijk verbonden. Regels hieromtrent kunnen worden opgenomen in de vennootschapsovereenkomst. Indien de onderneming risicovol is, kan er ook gekeken worden naar een Flex-BV. Hierbij krijgt men wel te maken met een dual organisatiestructuur maar op veel vlakken wordt de BV ook flexibeler en is men in beginsel niet hoofdelijk aansprakelijk.

1.3 Rechtspersoonlijkheid

Grootste verandering in de nieuwe wetgeving: de rechtspersoonlijkheid¹³

Rechtspersoonlijkheid betekent dat een rechtspersoon zelf drager is van rechten en plichten en zelf overeenkomsten kan aangaan. Zo kan een rechtspersoon eigenaar zijn van een bedrijfspand, of rechthebbende zijn op een vordering. Een rechtspersoon staat gelijk aan een natuurlijk persoon betreffende het vermogen, zij is ook drager van rechten en plichten (zie artikel 2:5 BW).¹⁴ Daarnaast kan een rechtspersoon zelf beschikken over haar eigen vermogen. Dit eigen vermogen is afzonderlijk verhaalbaar voor de crediteuren.

Voor de oprichting van de OVR stelt de wet nadere formele eisen. Deze eisen staan vermeld in artikel 7:802 BW. Een vennootschap is een rechtspersoon als dit is bepaald in de overeenkomst en is opgenomen in de notariële akte. In deze akte wordt verder opgenomen wat het doel is, de statutaire zetel (nieuw in het personenvennootschap) en verder wordt er opgenomen wat de overeenkomst bepaald betreffende de vertegenwoordigingsbevoegdheden, winst- of verliesdeling, boekjaar, alsmede de ontbinding of voorzetting van de vennootschap, uittreding, opvolging en toetreding daaronder begrepen. Eventuele veranderingen in de overeenkomst dienen ook gewijzigd te worden in de akte, anders is de wijziging nietig. Op alle geschriften dient daarnaast de naam en zetel vermeld te zijn. De naam eindigt met de woorden 'Openbare Vennootschap met rechtspersoonlijkheid' of 'OVR'. Indien niet aan deze eisen wordt voldaan is de vennootschap geen rechtspersoon maar een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid.¹⁵ Voor de omzetting van een OVR naar een OVZ gelden de regels uit artikel 7:832 BW, het tegenovergestelde van wat hier boven is genoemd.

Het grote voordeel van rechtspersoonlijkheid is dat het vennootschapsvermogen niet een goederengemeenschap van de vennoten gezamenlijk vormt, maar zelf aan de OVR of CVR toebehoort. De vennootschap wordt de contract-partij. Dit geeft voordelen bij het toetreden, uittreden en opvolgen van een vennoot want er hoeft niet afzonderlijk vermogen en contracten overgezet te worden naar de andere vennoten. Deze behoren toe aan de OVR of CVR en de vennoten hebben een aandeel in dit vermogen.

¹³ J.J.M Hamers, *'inleiding personenvennootschappen'* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 200.7

¹⁴ M.J. Kroeze, L. Timmerman, J.B. Wezeman, *'De kern van het ondernemingsrecht'*, Deventer: Kluwer 2007. Tweede druk p. 20.

¹⁵ Artikel 7:802 BW



Rechtspersoonlijkheid is vooral een voordeel bij grotere ondernemingen waarbij er meerdere malen vennoten wisselen.¹⁶

Wanneer bepaalde goederen niet aan de vennootschap-rechtspersoon geleverd worden, doet dit geen afbreuk van de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap. In deze situatie blijft naast de vennootschap-rechtspersoon ook een vennootschappelijke goederengemeenschap bestaan. Artikel 7:832 lid 4 BW geeft aan dat uit beide gemeenschappen verhaal gehaald kan worden door schuldeisers.¹⁷

1.4 Goederen en vennoten

Inbreng van goederen

De inbreng kan geschieden middels de inbreng van geld, goederen en het genot van goederen en arbeid. De vennoten hebben de verplichting dat er iets ingebracht wordt. Deze verplichting is een verbintenis en dient dus uiteindelijk te worden nagekomen. Verder dienen de partijen door middel van de inbreng het doel van de vennootschap beogen te behalen. Er dient een verband te zijn tussen de inbreng en het doel. Indien er geen inbreng geschiedt door een vennoot, is er geen overeenkomst van vennootschap.¹⁸ In lid 3 van artikel 7:805 BW is er een wijziging opgenomen ten aanzien van de huidige wetgeving. Elke vennoot kan ten behoeve van de vennootschap de naleving van de verplichting tot inbreng vorderen van een andere vennoot. Een vennoot kan dus in de nieuwe wetgeving een medevennoot aanspreken op de nakoming van zijn verplichting tot inbreng.¹⁹

De goederen in de gemeenschap (OVZ) en het aandeel in het vermogen (OVR) vallen niet in de gemeenschap van goederen bij een huwelijk of geregistreerd partnerschap van een vennoot. Dit vloeit voort uit de tekst van artikel 7:806 lid 1 BW. Als dit wel het geval zou zijn zou dit betekenen dat de partner ook gerechtigd is tot de goederen en het vermogen. Bij de OVR zijn de goederen van de rechtspersoon. Maar ook artikel 7:807 BW geeft nogmaals aan dat het aandeel buiten de huwelijksgemeenschap valt.²⁰ Dit is geregeld omdat er anders problemen ontstaan wanneer een vennoot de huwelijksgemeenschap ontbindt. Er zou dan namelijk sprake zijn van twee ineengestrengelde gemeenschappen.²¹

Het in- en uittreden van vennoten en de gevolgen voor het vermogen

De vennoot kan roerende en onroerende zaken verkrijgen, vervreemden, bewaren, huren, verhuren in naam van de vennootschap.²² Bij een OVZ vallen de goederen in de vennootschappelijke gemeenschap en zijn dus van de vennoten gezamenlijk. Wanneer een vennootschap rechtspersoonlijkheid heeft, vallen deze goederen onder het eigen vermogen van de vennootschap. De uittredende vennoot heeft hier een aandeel in. Door de vennootschap rechtspersoonlijkheid te geven wordt de uittreding vergemakkelijkt.

¹⁶ M.L.M. van Kempen 'Civiel en fiscaalrechtelijke veranderingen naar aanleiding van het wetsvoorstel titel 7,13 BW betreffende de personenvennootschap' Belastingbrief (8) september 2003.

¹⁷ B. Wessels, A.J. Verheij, 'Bijzondere overeenkomsten' Deventer: Kluwer 2006. P. 245

¹⁸ Kamerstukken II, 2002/03, 28 746, nr. 3. P. 11-12

¹⁹ M.S. Koppert-van Beek, D.F.M.M. Zaman, 'Het overgangsrecht inzake titel 7.13 Burgerlijk Wetboek', WPNR 6723 jaargang 138 22 2007. p. 767

²⁰ B. Wessels, A.J. Verheij, 'Bijzondere overeenkomsten', Deventer: Kluwer 2006. P. 227

²¹ Kamerstukken II, 2002/03, 28 746, nr. 3. P. 15

²² Mits er geen beperkingen zijn opgenomen in de overeenkomst en bij de SV volmacht is verleend

Bij het uittreden van een vennoot bij een SV, OVZ en CVZ dient de voortgezette vennootschap een financiële compensatie te betalen voor het verlies van de uittredende vennoot voor het deel in de vennootschappelijke gemeenschap (zie artikel 7:821 lid 1 BW). Deze compensatie dient gelijk te zijn aan de waarde van de economische deelgerechtigheid van de uittredende vennoot. Wat de economische deelgerechtigheid is, leest u in de volgende paragraaf. Het probleem wat voorkomen wordt met rechtspersoonlijkheid is dat alle contracten en vermogen niet omgezet moeten worden naar de overige vennoten maar van de vennootschap blijft. Dit scheelt ook extra kosten zoals kosten voor de notariële akte die hiervoor nodig is.

Voor de OVR/CVR regelt artikel 7:821 lid 4 BW dat het *aandeel* in de vennootschap geleverd wordt aan de overblijvende vennoten via een daarvoor bestemde akte.

De goederen van de vennootschap zijn ingebracht door de vennoten en daardoor hebben zij een aandeel in de goederen van de vennootschap ook al is het een rechtspersoon. Toch is dit aandeel anders dan bij een rechtspersoon zoals een BV of NV. De aandeelhouders in deze rechtsvormen hebben rechten en plichten die verbonden zijn aan het soort aandeel dat ze hebben, bijvoorbeeld rechten op winst of de bevoegdheid tot stemrecht. Het aandeel in de rechtspersoon-vennootschap heeft betrekking op wat er is afgesproken in de overeenkomst omtrent de zeggenschap en winst. Ook de financiële compensatie van het aandeel dient gelijk te zijn aan de waarde van de economische deelgerechtigheid in het vermogen.²³

Economische deelgerechtigheid

Wat is de economische deelgerechtigheid? Deze term duidt op het economische belang dat een vennoot heeft bij de vennootschap, het geeft een omschrijving van de obligatoire aanspraak in geld die de vennoot heeft jegens de vennootschap. In andere woorden; dit is een vorderingsrecht van de vennoot op de vennootschap en het economische belang van de vennoot hangt af van de inhoud van de vennootschapsovereenkomst. Een belangrijke bepaling is bijvoorbeeld de bepaling wat de vennoot krijgt bij de ontbinding, vereffening of uittreding. Indien er niets is geregeld (artikel 7:815 leden 1 en 2 BW) wordt het economische belang bepaald door de inbreng en het deel in de gemaakte winst en verliezen (zie artikel 7:830 lid 8 t/m 10 BW). Verder valt de economische deelgerechtigheid wel in de huwelijks- of partnerschapsgoederengemeenschap. Dit is opgenomen in art. 7:808 BW.²⁴ De economische deelgerechtigheid kan wel behoren tot het gemeenschappelijk huwelijksvermogen omdat de waarde van de deelgerechtigheid kan worden verrekend. De partner krijgt dus een vordering op de echtgenoot-vennoot ter grootte van de helft van de waarde van de economische deelgerechtigheid bij een echtscheiding.²⁵

1.5 Vermogen

Het gemeenschappelijk vermogen en eigen vermogen bestaat uit ingebrachte zaken, vermogen, schulden en de zaken die tijdens het bestaan zijn verworven. Er is sprake van een gebonden gemeenschap omdat de goederen ten dienste staan van het bereiken van het doel. Een vennoot mag daarom niet kunnen beschikken over zijn aandeel.

Vermogensrechten OVZ

Bij deze vennootschap is er een gemeenschappelijk vermogen waarvan de vennoten mede-eigenaar zijn. Zij zijn mede-rechthebbenden van de ingebrachte of tijdens het bestaan verkregen vermogensrechten. Het rechtssysteem geeft echter aan dat een

²³ *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 746, nr 3. p. 38/39

²⁴ B. Wessels, A.J. Verheij, *'Bijzondere overeenkomsten'*, Deventer: Kluwer 2006. P. 227-228

²⁵ *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 746, nr. 3. P. 15

eigenaar of rechthebbende over een goed kan beschikken. De wetgever heeft daarom de bepaling art. 7:806 lid 1 BW opgenomen. Alleen wanneer er sprake is van overdracht kan de vennoot wel beschikken over zijn aandeel, zie artikel 7:822 en 7:823 BW. Verder zorgt het afgescheiden vermogen ervoor dat privé schuldeisers zich niet kunnen verhalen op het gemeenschappelijke vermogen van de vennootschap (zie artikel 3:276 BW) wel is het mogelijk om verhaal te halen voor zaakschuldeisers²⁶ in het gemeenschappelijk vermogen.²⁷

Vermogensrechten OVR

Bij deze vennootschap komt het vermogen toe aan de vennootschap-rechtspersoon. Omdat de vennoten geen rechthebbende zijn, zijn ze beschikkingsonbevoegd om over de aandelen in de goederen te beschikken. Daarnaast is het vermogen afgescheiden van het privé vermogen van de vennoten. De rechtspersoon is een zelfstandig rechtssubject. Extra wordt in artikel 7:807 BW alsnog vermeld dat de vennoot niet over het aandeel in goederen kan beschikken en dat de privé schuldeisers dit aandeel niet kunnen uitwinnen. Ze kunnen over dit aandeel alleen beschikken als er sprake is van overdracht.²⁸

De commandite heeft een bijzondere positie omtrent de zaakschuldeisers, zij hebben *geen* vordering op de commanditaire vennoten (uitzondering artikel 7:837 lid 2 BW buiten beschouwing latende).

Afgescheiden vermogen.

*Arrest Boeschoten-Besier*²⁹ geeft aan dat het vermogen van een vennootschap bedoeld is om handel mee te drijven. Dit vermogen is daarom afgescheiden en mag alleen gebruikt worden voor bepaalde bestemmingen. Daarnaast kunnen de vennoten dit vermogen niet onderling verdelen voordat de schulden uit de vennootschap zijn voldaan. In latere arresten heeft de Hoge Raad deze visie gehandhaafd en aangegeven dat het vermogen dient als verhaalsobject voor de schuldeisers van de vennootschap. Vgl. HR 18 december 1959, NJ 1960, 121 en HR 9 mei 1969, NJ 1969, 307. Verder wordt aangegeven dat de goederen ook als afgescheiden vermogen dienen als verhaalsobject voor de schuldeisers van de vennootschap, HR 18 december 1993, NJ 1994, 301.³⁰

1.6 Schudeisers, vermogen en aansprakelijkheid

Wijzigingen betreffende het faillissement en ontbinding

Een verandering ten opzichte van de huidige wetgeving is het nieuwe artikel 63F³¹ Faillissementswet. In de huidige wetgeving wordt de vennoot failliet verklaard als de vennootschap failliet gaat. In de nieuwe wetgeving is dit niet meer noodzakelijk, het nieuwe artikel geeft aan dat de faillietverklaring van een openbare of stille vennootschap niet het faillissement meebrengt voor de vennoten. Dit betekent dat de schuldeisers hun schulden kunnen verhalen in het privé vermogen van de vennoten zelf (zie artikel 7:813 BW). Indien een vennoot hierdoor in financiële problemen komt, kan hij zelf een schuldsanering of faillissement aanvragen.³²

²⁶ Schuldeisers die een vordering hebben op de vennootschap.

²⁷ B. Wessels, A.J. Verheij, *'Bijzondere overeenkomsten'*, Deventer: Kluwer 2006. P. 224-226

²⁸ B. Wessels, A.J. Verheij, *'Bijzondere overeenkomsten'*, Deventer: Kluwer 2006. P. 227 geeft aan dat het voor hem onduidelijk is waarom deze bepaling is opgenomen.

²⁹ HR 26 november 1897, W 7047

³⁰ Asser/Van Olfen 2010 (7-VII) nr. 176.

³¹ *Kamerstukken I*, 2009/10, 31 065 A. p. 10 (gewijzigd voorstel van wet)

³² *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 746, nr. 3 p. 28

Daarnaast is er een nieuwe ontbindingsgrond opgenomen in artikel 7:817 lid 1 BW, namelijk de faillietverklaring van de vennootschap. Door deze wijziging is het ook mogelijk dat vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid en stille vennootschappen failliet kunnen worden verklaard.³³

Een andere wijziging is dat artikel 7:817 BW bepaald dat het faillissement leidt tot algehele ontbinding van de vennootschap, tenzij het faillissement eindigt door het in kracht van gewijsde gaan van de homologatie van een akkoord.^{34 35} De wet geeft hierbij dus aan dat de vennootschap voort kan blijven bestaan.

In het nieuwe wetsvoorstel zal de failliete vennoot uittreden of zal er partiële ontbinding plaatsvinden en zullen de overgebleven vennoten de vennootschap voortzetten. Voor de schuldsanering is er geen grond voor partiële ontbinding. Tenzij anders in de vennootschapsovereenkomst is bepaald, art. 817 lid 1 sub a.³⁶ Indien een OVR failliet wordt verklaard, wordt deze geheel ontbonden (artikel 7:817 lid 2). De continuïteit van de vennootschap is hiermee verbeterd ten opzichte van de huidige wetgeving.

Procesrechtelijke aspecten

Een vonnis dat is behaald tegen een vennootschap-rechtspersoon kan worden verhaald op het *vermogen* van die rechtspersoon. Een vonnis gehaald tegen een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid kan worden verhaald op de *goederengemeenschap* van de vennootschap.

In de huidige wetgeving heeft de stille maatschap geen procesbevoegdheden omdat hierbij een afgescheiden vermogen ontbrak. In het komende recht heeft de stille vennootschap een afgescheiden vermogen en daarom ook procesbevoegdheid.³⁷

De vennootschapsschuldeisers hebben voorrang op de privé schuldeisers van elke vennoot afzonderlijk.

In het nieuwe artikel 51 Rv staat vermeld dat de betekening van een exploit kan geschieden aan het kantoor van de openbare en stille vennootschap. Dit betekent dat de vennootschap zelfstandig als eiser of verweerder kan optreden zonder dat de vennoten procespartijen zijn. De vennootschap kan ook worden gedagvaard als ze geen rechtspersoon is. In de situatie dat alleen de vennootschap wordt opgeroepen zal een vonnis ten uitvoer worden gelegd op het vennootschappelijk vermogen en niet (ook) op het privé vermogen van de vennoten.

Over dit onderwerp zijn er twee arresten van de Hoge Raad.

HR 18 december 1959, NJ 1960/121 De Gouw/De Hamer:

Heeft uitgemaakt dat een veroordeeld vonnis tegen de vennootschap alleen ten uitvoer kan worden gelegd op het vennootschapsvermogen en niet op het privé vermogen van de vennoten. Je zou zeggen dat dit niet klopt met de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten, maar wil een crediteur zich ook verhalen op het privé vermogen van de vennoten, dan dient de crediteur ook een vonnis te halen waarin de vennoten privé

³³ M.van Olfen, 'Invoeringswet titel 7.13 en aanpassingen in wetsvoorstel *personenvennootschap*', WPNR 6723 jaargang 138 22, 2007. p. 760.

³⁴ M.S. Koppert-van Beek, D.F.M.M. Zaman, 'Het overgangsrecht inzake titel 7.13 Burgerlijk Wetboek', WPNr 6723 jaargang 138, 2007. p. 769.

³⁵ *Kamerstukken I*, 2009/10, 31 065 A p. 2.

³⁶ *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 746, nr. 3. p. 28

³⁷ M.S. Koppert-van Beek, D.F.M.M. Zaman, 'Het overgangsrecht inzake titel 7.13 Burgerlijk Wetboek', WPNR 6723 jaargang 2007. p. 771

veroordeeld worden. Met andere woorden, de vennoten dienen ook gedagvaard te worden, zodat de vennoot vennootschaps- en privé-verweermiddelen kan aanvoeren, bijvoorbeeld dat de vordering verrekend kan worden. Volgens dit arrest zijn er dus twee samenlopende vorderingsrechten. De eerste is het vorderingsrecht op het gezamenlijk vermogen van de vennoten. En daarnaast is er een vorderingsrecht tegen de vennoot privé.

HR 3 december 1971, NJ 1972/117 Hotel Jan Luyken:

Wat gebeurt er als uitsluitend de vennoten privé wordt gedagvaard voor een schuld van de vennootschap?

Dan bepaalt dit arrest dat de vennoten privé-verweren en vennootschapsverweren kunnen inroepen en dat een veroordeeld vonnis verhaal kan bieden op het vennootschapsvermogen en het privé-vermogen. Dit is op grond van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten.

Het is dus mogelijk dat een vennootschap alleen wordt gedagvaard en het vonnis alleen ten uitvoer kan worden gelegd op het vermogen van de vennootschap. Daarnaast kan er sprake zijn van twee samenlopende vorderingsrechten op de vennootschap en de vennoten.

1.7 Verschil OVR en OVZ

Keuze rechtspersoonlijkheid

De wetgever heeft ervoor gekozen om de ondernemer de keuze te geven tussen wel of geen rechtspersoonlijkheid van de openbare vennootschap. Wat zijn de verschillen en waarom is deze keuze opgenomen?

Wat zijn de verschillen tussen de OVR en de OVZ?

Ten eerste is het verschil natuurlijk dat de OVR een rechtspersoon is waardoor ze zelf contracten et cetera aan kan gaan en zelfs onroerend goed kan kopen. De OVR is dus de formele contractspartij.³⁸ Ten tweede heeft de OVR een formele oprichtingseis, ze moet opgericht worden als rechtspersoon bij een notariële akte. De oprichting van een OVZ bevat geen formele eisen. Een ander verschil is dat de OVR een eigen vermogen heeft waarin het kapitaal zit, terwijl de OVZ een goederengemeenschap heeft en een afgescheiden vermogen. Dit betekent dat bij de in- en uittreding van vennoten andere regels gelden.

Er is geen groot verschil voor de schuldeisers. Bij een OVR kunnen zij hun vordering verhalen in het eigen vermogen van de vennootschap en daarnaast bij de vennoten. Bij een OVZ kunnen zij hun vordering verhalen in het afgescheiden vermogen en daarnaast bij de vennoten. Een ander verschil is dat de OVR omgezet kan worden naar een BV en andersom. Een OVZ zal eerst omgezet moeten worden naar een OVR, wat nog extra kosten met zich meebrengt door onder andere de notariële akte, en daarna naar een BV. Kortom: er zijn geen grote verschillen.

Daarnaast zijn er veel overeenkomsten tussen de OVZ en OVR. Zo bestaan ze beide uit een vennootschapsovereenkomst, is de rechtspositie van de vennoten in beide gevallen gelijk, net zoals de verhouding jegens derden.³⁹

Waarom zijn er zo weinig verschillen en welke overwegingen worden er gemaakt om een OVR of een OVZ op te richten? Een OVR zal gemakkelijker in gebruik zijn indien

³⁸ M.J.A. van Mourik, W. Burgerhart, 'De personenvennootschap in breed perspectief' Deventer: Kluwer 2010. p. 36-37

³⁹ J.M. Blanco Fernandez, 'De rechtspersoonlijkheid van de personenvennootschap: een voorstel' WPNR, 2009, jaargang 140, nr 6816. Den Haag: Sdu uitgevers

er veel vennoten in- en uittreden, dit met betrekking tot het goederenrechtelijke voordeel.⁴⁰ Een ander verschil is dat de oprichting van een OVR meer kosten met zich meebrengt in verband met de notariële akte. Daarnaast maakt het fiscaal niet uit of men een OVZ of OVR opricht. Omdat er weinig verschillen zijn vraagt de onderzoekster zich af waarom er niet is gekozen voor alleen de OVR. In de Memorie van Toelichting wordt aangegeven dat het in sommige gevallen wenselijk is dat er rechtspersoonlijkheid is, maar in andere gevallen onwenselijk. De rechtspersoonlijkheid zou onwenselijk kunnen zijn bij een kostenmaatschap. Hierbij worden de kosten gedeeld door zelfstandigen uit dezelfde branche. Een stille maatschap wordt dan opgericht om bepaalde kosten te delen maar elke vennoot werkt onder zijn eigen naam, heeft eigen klanten en gebruikt eigen facturen.⁴¹ Dit samenwerkingsverband heeft geen rechtspersoonlijkheid nodig omdat elke vennoot voor zichzelf werkt en aansprakelijk is voor zijn eigen schulden. Toch zou ik zeggen dat men ook in de nieuwe wetgeving voor deze constructie een stille vennootschap neemt in plaats van een openbare vennootschap.

In de meeste gevallen zal het bij de omzetting van de Vof, CV en openbare maatschap slimmer zijn om meteen een OVR te beginnen in plaats van een OVZ. Dit in verband met het feit dat er geringe verschillen zijn tussen de OVZ en OVR en de voordelen van de OVR. Het nadeel hiervan is dat er kosten aan zijn verbonden, maar indien men later de OV wil omzetten naar een BV zijn de kosten al verspreidt omdat men al een OVR heeft.

1.8 Einde en voortgang

Ontbinding

Vroeg of laat zal een vennootschap ophouden te bestaan. De enige manier waarop deze eindigt is door algehele ontbinding van de vennootschapsovereenkomst. Artikel 7:817 BW formuleert de gronden voor deze algehele ontbinding. Verder is er ook partiële ontbinding, artikel 7:818 BW. Deze wordt gebruikt als er één vennoot uittreedt maar de vennootschap blijft voortbestaan. Hierbij eindigt de vennootschapsovereenkomst alleen ten aanzien van de uittredende vennoot. In lid 1 worden vijf grondslagen genoemd voor de ontbinding.

Omzetting van een OVR in een BV

De omzetting van de OVR in een BV is geregeld in artikel 7:834 BW. Deze omzetting heeft meer vereisten dan de omzetting van de OVZ in de OVR. Dit komt omdat de aansprakelijkheid van de vennoten veranderd, bij een BV worden ze immers aandeelhouder en zijn ze in beginsel niet meer hoofdelijk verbonden met verbintenissen en schulden van de BV. Slechts de waarde van hun aandelen kan stijgen of dalen. Daarom wordt er bij deze omzetting gelet op de vennootschapscrediteuren. Ten eerste dient er een omzettingsovereenkomst te bestaan tussen de vennoten (unaniem besloten) of een besluit van de vennoten met een gekwalificeerde meerderheid van minimaal 2/3 van het aantal uitgebrachte stemmen. De 'tegenstemmers' worden beschermd door middel van lid 3 waarin staat dat er een rechtelijke machtiging nodig is. Daarnaast moet er een notariële akte van omzetting in de statuten aanwezig zijn en een aanduiding in deze akte van het

⁴⁰ Bij een OVR hebben de vennoten een 'aandeel in de rechtspersoon' dit aandeel wordt gezien als een voordeel bij het in en uittreden van vennoten omdat de vennootschap de contractpartij is en niet de vennoten gezamenlijk. De uittredende vennoot dient dus alleen zijn aandeel te verkopen en alle contracten hoeven niet omgezet te worden.

⁴¹ G. Doorneweerd, 'Matenloos aansprakelijk' < www.doorneweerd.nl >

vermogen en bestanddelen van de openbare vennootschap. Bij de oprichting van een BV is normaal ook een notariële akte nodig en een inbreng akte waarin de inbreng vermeld staat. Verder staat in de notariële akte van omzetting hoeveel aandelen iedere vennoot krijgt in de BV. Dit wordt aan de hand van de economische deelgerechtigdheid uitgerekend. In lid 4 staat dat er een Verklaring van Geen Bezwaar dient te worden aangevraagd bij de Minister van Justitie (er is een ander wetsvoorstel dat deze eis laat vervallen)⁴². Daarnaast dient ook een verklaring van de accountant te worden verleend waarin door de accountant verklaard wordt wat het vermogen van de rechtspersoon is op een dag binnen vijf maanden voor de omzetting samen met het bedrag van het gestorte en geplaatst kapitaal. Bij het eigen vermogen mag de waarde worden geteld welke na omzetting op aandelen zal worden gestort. De omzetting wordt ook ingeschreven in het handelsregister. De omzetting beëindigt het bestaan van de rechtspersoon niet en rechtsvorderingen tegen de vennoten en hun erfgenamen ten tijde van de omzetting verjaren na verloop van vijf jaar na de dag van inschrijving in het handelsregister. Dit betekent dat ook een vennoot die uittreedt, nog aansprakelijk is voor rechtsvorderingen tot het verjaren van deze vorderingen van de OVR.⁴³

Waarom kan de OVZ niet rechtstreeks omgezet worden naar een BV (artikel 7:833 BW)? Door deze eerst om te zetten naar een OVR en daarna naar een BV komen de ondernemers te zitten met veel administratief werk en extra kosten zoals notaris kosten. De eenmanszaak heeft ook geen rechtspersoonlijkheid en kan ook omgezet worden naar een BV. In ieder geval kunnen de eenmanszaak en de OVZ, CVZ en SV niet rechtstreeks omgezet worden naar een NV want daarvoor is een rechtspersoon (rechtspersoon in de zin van boek 2 BW) nodig, zie artikel 2:18 jo 2:72 lid 2 BW. In titel 7.13 BW staat geen bepaling genoemd waarin de omzetting van een OVR naar een NV geregeld staat. Daarom zal deze omzetting niet rechtstreeks mogelijk zijn.

1.9 Samenvatting - conclusie

In beginsel zullen de Vof, openbare maatschap en CV omgezet worden naar de openbare vennootschap en de stille maatschap naar een stille vennootschap. De vennoten van een OV zijn hoofdelijk aansprakelijk en de vennoten van de SV zijn alle aansprakelijk voor een gelijk deel (tenzij de overeenkomsten anders bepalen). Daarnaast ontstaat de mogelijkheid om de openbare vennootschap rechtspersoonlijkheid te geven. Het voordeel hierbij is de goederenrechtelijke positie van de rechtspersoon en dat de vennootschap de contract-partij wordt. Toch is deze rechtspersoon anders dan de rechtspersoon uit Boek 2 BW. De vennoten zijn namelijk nog steeds hoofdelijk aansprakelijk voor schulden en verbintenissen. De nieuwe wetgeving is van regeland recht tenzij anders wordt aangegeven.

Wanneer er sprake is van een OVR vallen de goederen in eigendom van de vennootschap. De vennoten hebben hierin een aandeel. Bij een OVZ of een SV is er sprake van een vennootschappelijke gemeenschap waarin alle vennoten mede-eigenaar zijn. Daarnaast is het in de nieuwe wetgeving niet meer noodzakelijk dat een vennoot ook failliet verklaard wordt bij faillissement van de vennootschap. Er zijn niet veel verschillen tussen de OVR en OVZ. Daarom rijst de vraag waarom de keuze toch gegeven wordt door de wetgever. Voor de ontbinding en omzetting staan de vereisten precies in de wet genoemd, zie artikel 7:817, 7:818, 7:834 BW. Bij de omzetting van een OVR naar een BV staan meer vereisten omdat de aansprakelijkheid van de vennoten veranderd. Rechtstreekse omzetting naar een NV is niet mogelijk en de continuïteit van de vennootschap is verbeterd.

⁴² Wetsvoorstel 31.948 Verbetering van voorkomen en bestrijden misbruik van rechtspersonen.

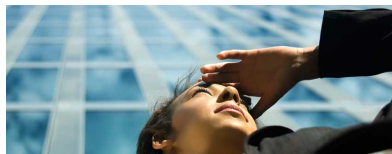
⁴³ B. Wessels, A.J. Verheij, *'Bijzondere overeenkomsten'*, Deventer: Kluwer 2006. P. 247-248



Er komt sterk naar voren dat de wetgever de nadruk legt op de openbare vennootschap en minder op de stille vennootschap.

Er ontstaan door dit wetsvoorstel nieuwe rechtsvormen maar ze werken bijna hetzelfde als de huidige rechtsvormen. Daardoor zal de overgang niet heel zwaar of ingewikkeld worden voor de ondernemers in Nederland omdat de wetgeving in grote lijnen hetzelfde blijft. Er is goed gekeken naar de problemen in de huidige wetgeving en hiervoor ik gezocht naar een oplossing.

Hoofdstuk 2: Van dwingende naar flexibele wetgeving: de Flex-BV.



Dit hoofdstuk geeft een overzicht van de belangrijkste veranderingen in het BV-recht door het wetsvoorstel 30.058 Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht.

In dit hoofdstuk staan de grootste en belangrijkste wijzigingen centraal.

Zo komt de blokkeringsregeling aan bod maar ook de vermogensbescherming, de winstuitkering, de interne verhoudingen, de geschillenregeling, het toezicht en het vervallen van het minimumkapitaal en stortingsverplichting.

2.1. Orgaanstructuur en bevoegdheden

Huidige wetgeving

De huidige wetgeving heeft een duale organisatiestructuur. Een duaal organisatiestructuur geeft aan dat het in beginsel verplicht is om als BV twee formeel van elkaar gescheiden vennootschapsorganen te hebben, de algemene vergadering (artikel 2:217 BW) en het bestuur (artikel 2:239 BW). Dit noemt men ook wel de 'separation of ownership from control'.⁴⁴ Aan de algemene vergadering komen alle bevoegdheden toe die binnen de wet en de statuten zijn geregeld en welke niet zijn toegekend aan het bestuur, bijvoorbeeld: statuutwijzigingen, uitgifte van nieuwe aandelen en het benoeming/ontslag/schorsing van bestuur. Het bestuur heeft als taak het besturen van de vennootschap en vertegenwoordigt deze naar buiten. Het controle orgaan, de algemene vergadering kan haar eigen belang voorop stellen, het behalen van winst. Dit komt omdat zij de verschaffers van het risicokapitaal zijn. Het bestuur dient echter de belangen van de vennootschap na te streven.⁴⁵

Ondanks commentaar van verschillende deskundigen⁴⁶ heeft de wetgever voornamelijk gekozen om het duale organisatiestructuur te behouden. Er is gekeken naar andere opties maar deze zijn niet aangenomen. Zo is er gekeken naar de alternatieven om één orgaan te laten vervallen, een aandeelhouderbesturende BV te maken en er is gekeken naar een Monistisch bestuur (One tier board). Omdat deze alternatieven niet zijn aangenomen, worden deze niet besproken in dit rapport.

Het duale organisatiestructuur geeft knelpunten voor de eenpersoons-BV, de Quasi-vof, de concern dochter-BV en de familie-BV. Bij deze structuren is de zeggenschap niet verdeeld over twee organen maar ligt deze bij één of twee personen. In de praktijk zijn de bestuurders tegelijkertijd de aandeelhouders, er is in de praktijk geen scheiding tussen de twee organen omdat dezelfde persoon/personen de beslissingen nemen en het kapitaal verschaffen. In de praktijk is de verplichting om een duale organisatiestructuur te hebben voor deze structuren dus een probleem. Toch is er een manier gevonden om voor de genoemde structuren de tweedeling gemakkelijker te maken. Nu dient er een algemene vergadering van aandeelhouders plaats te vinden. Dit is omslachtig omdat bijvoorbeeld een familie-BV twee groot aandeelhouders heeft.

⁴⁴ F.J. Oranje e.a. *'Het nieuwe BV-recht voor de praktijk'*, Den Haag: SDU uitgevers 2008. P. 22.

⁴⁵ F.J. Oranje e.a. *'Het nieuwe BV-recht voor de praktijk'*, Den Haag: SDU uitgevers 2008. P. 22-24.

⁴⁶ H.J. de Kluiver e.a. *'Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht'* Den Haag: 6 mei 2004.

Zij zouden dus officieel moeten vergaderen en alles schriftelijk moeten vastleggen. Dit wordt nu weggenomen door de besluitvorming buiten vergadering voor aandeelhouders te versoepelen. Momenteel kan de besluitvorming van aandeelhouders op andere wijze dan in vergadering geschieden als er een expliciete grondslag in de statuten is opgenomen. Ook mogen er geen certificaten zijn uitgegeven, dit geeft in de praktijk problemen omdat zij er vaak wel zijn.⁴⁷ Het nieuwe artikel 2:238 lid 1 BW geeft aan dat besluitvorming buiten de vergadering kan geschieden, mits alle vergadergerechtigden instemmen met de wijze van besluitvorming. Wie gerechtigd zijn, wordt vermeld in artikel 2:227 lid 2 BW. Deze vergadering kan ook geschieden als er certificaten zijn uitgegeven. Lid 2 geeft aan dat de statuten het vergaderrecht kan regelen en ontnemen voor de aandeelhouders met certificaten of vruchtgebruik of pandrecht. Verder gelden de algemene regels van de besluitvorming in de algemene vergadering. Zo wordt een besluit in beginsel aangenomen bij volstrekte meerderheid (de helft plus één van de uitgebrachte stemmen), artikel 2:230 BW.⁴⁸

Ook vindt er verandering plaats in het instructierecht, artikel 2:239 lid 4 BW. De aanwijzingen van het orgaan kunnen niet in strijd zijn met de belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Er wordt dus expliciet genoemd dat het bestuur zelf de belangen dient af te wegen en niet de instructies 'zomaar' moet volgen van het instructieorgaan. Bij een concern heeft dit als gevolg dat de dochtervennootschap de instructies van de moeder als aandeelhouder dient te toetsen aan de eigen belangen van de dochteronderneming. De wetgever geeft dit expliciet aan in de wet om onduidelijkheden weg te nemen.⁴⁹ In de praktijk bestaat momenteel een strijd naar welke belangen men dient te handelen. Met de nieuwe wetgeving wordt het duidelijk.

2.2. Interne verhoudingen

In het huidige artikel 2:192 BW is bepaald dat aan een aandeelhouder tegen zijn wil in geen extra verplichtingen kan worden opgelegd. In de huidige wetgeving zijn er veel onduidelijkheden omtrent deze bepaling. Momenteel is er veel dwingend recht en de enige verplichting van de aandeelhouders is het volstorten van de aandelen. Indien men andere afspraken wil maken, doet men dit in een aandeelhoudersovereenkomst. Middels het wijzigen van dit artikel is het mogelijk om de bepalingen op te nemen in de statuten.

Verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard jegens de vennootschap, derden of tussen aandeelhouders kunnen in de nieuwe wetgeving in de statuten worden opgenomen. Hiermee zijn de verbintenissen duidelijk kenbaar voor iedereen. Het is niet mogelijk om een verplichting of eis op te leggen tegen de wil van de aandeelhouder. Dankzij dit artikel kunnen er verschillende verplichtingen opgenomen worden zoals onder andere de verplichting tot afname of leverantie van bepaalde producten, financieringsverplichtingen, een verplichting tot overname van aandelen, een concurrentiebeding, arbitrageclausule, aanbidding en overdracht van aandelen te versterken met een statutaire onherroepelijke volmacht et cetera. Maar ook sancties zoals onder andere opschorting van het vergader- en stemrecht, recht op uitkering et cetera. Buiten de reikwijdte van artikel 2:192 BW vallen de administratieve verplichtingen en wettelijke verplichtingen.⁵⁰ Middels het opnemen van verplichtingen in de statuten kunnen de aandeelhouders meer vorm geven aan het

⁴⁷ M.J. Kroeze, L. Timmerman, J.B. Wezeman, *'De kern van het ondernemingsrecht'*, Deventer: Kluwer 2007. P. 101/102.

⁴⁸ F.J. Oranje e.a. *'Het nieuwe BV-recht voor de praktijk'*, Den Haag: SDU uitgevers 2008. P. 24-33.

⁴⁹ *Kamerstukken II*, 2006/07, 31058, nr 3. P. 90

⁵⁰ F.J. Oranje e.a. *'Het nieuwe BV-recht voor de praktijk'*, SDU uitgevers: Den Haag 2008. P. 138 - 139 en 143

aandeelhouderschap. Wel zijn de statuten openbaar. Indien men afspraken wil maken welke men niet openbaar wil hebben, zal dit opgenomen kunnen worden in een aandeelhoudersovereenkomst.

2.3. Vermogensbescherming

In deze paragraaf wordt de blokkeringsregeling en het systeem van de winst- en dividenduitkering behandeld. Deze twee regelingen beschermen het besloten karakter van de BV en het vermogen. Beide regelingen worden integraal gewijzigd.

Het besloten karakter: de blokkeringsregeling

Huidige wetgeving

De Blokkeringsregeling, artikel 2:195 BW huidige wetgeving regelt dat aandelen op naam niet vrijelijk aan iedereen overgedragen kunnen worden. Statuten kunnen regelen, beperken of uitsluiten dat aandelen wel vrijelijk overgedragen kunnen worden. Er zijn momenteel twee soorten regelingen, de eerste is de goedkeuringsregeling, hierbij is de goedkeuring van een orgaan vereist en deze wordt vaak gebruikt bij ondernemingen met veel aandeelhouders. De tweede regeling is de aanbiedingsregeling, hierin staat dat de aandeelhouder die zijn aandelen wil vervreemden, deze eerst dient aan te bieden aan zijn medeaandeelhouders. Er is ook een combinatie mogelijk van beide. Buitenstaanders kunnen dus alleen aandeelhouder worden indien de blokkeringsregeling dit toelaat (artikel 2:195 lid 7 BW). De blokkeringsregeling mag er niet voor zorgen dat de overdracht onmogelijk of uiterst bezwaarlijk wordt gemaakt. Een mogelijkheid van een uiterst bezwaarlijke regel is een onevenredig lang termijnen in de regeling opnemen. In de praktijk wordt er vaak een aandeelhoudersovereenkomst gemaakt omdat de wettelijke regeling weinig speelruimte overlaat. Deze overeenkomsten worden geldig geacht indien ze in overeenstemming zijn met de blokkeringsregeling maar toch blijft er in de literatuur onduidelijkheid over de rechtsgeldigheid. Omdat er in de praktijk vaak wordt afgeweken van de wettelijke statutaire regeling middels overeenkomsten, is er gekeken naar een ander systeem.⁵¹

Wetsvoorstel

Het is niet meer verplicht om een blokkeringsregeling op te nemen in de statuten. In het voorgestelde wetsartikel staat dat de houder de aandelen eerst dient aan te bieden aan zijn medeaandeelhouders naar evenredigheid van het aantal aandelen dat ten tijde van de aanbieding door ieder van hen wordt gehouden. Automatisch geldt de wettelijke regeling tenzij er wordt afgeweken middels een statutaire regeling. Het ligt dus aan de aandeelhouders hoe besloten de vennootschap zal zijn. Wel dienen de aandelen nog steeds op naam te worden uitgegeven, zo is bekend wie er aandeelhouders zijn.⁵²

In lid 3 en 4 is opgenomen dat de overdraagbaarheid kan worden beperkt of kan worden uitgesloten bij de statuten, ook is in lid 3 opgenomen dat het mogelijk is om de overdraagbaarheid van aandelen voor een bepaald termijn uit te sluiten, mits alle aandeelhouders akkoord gaan. Dit is in de huidige wetgeving niet vermeld in de wet. Toch werd dit wel gewenst in de praktijk, bijvoorbeeld tijdens een periode na de oprichting. Maar de vraag luidde altijd of dit wel rechtsgeldig was in verband met het onmogelijk maken van de overdracht, wat verboden is. Een overdracht welke in strijd is met de statutaire beperking, is ongeldig.⁵³

⁵¹ H.J. de Kluiver e.a. 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht' Den Haag: 6 mei 2004. P. 54-56

⁵² Kamerstukken II, 2006/07, 31 058, nr 3. P. 12/13

⁵³ Kamerstukken II, 2006/07, 31 058, nr 3. P. 13.

Deze flexibele regeling betreffende het doorverkopen van aandelen lijkt voor de praktijk een goede oplossing. Voorheen was men verplicht om te kiezen uit twee mogelijkheden en waren de aandeelhouders verplicht om zich te houden aan de dwingende regels in de wet. Nu kan men zelf de keuze maken, maar zodra er niets geregeld wordt geldt de wettelijke bepaling. Deze regeling beschermt toch het besloten karakter van de BV maar de aandeelhouders krijgen wel de vrijheid om andere regelingen op te nemen.

Winstuitkering: de uitkeringstoets

Huidige wetgeving:

Een uitkering mag alleen gedaan worden vanuit de vrij uitkeerbare reserves. Deze worden genoemd in lid 2 van artikel 2:216 BW. Indien er 'winst' wordt uitbetaald terwijl dat in is strijd met de bepaling, moet de uitkering worden terugbetaald. Deze regeling zou de crediteuren moeten beschermen omdat er altijd een gedeelte van het kapitaal in de onderneming blijft. De praktijk heeft uitgewezen dat dit systeem niet optimaal werkt en daarom is er gekeken naar een ander systeem. Een voorbeeld hiervan is dat in veel statuten afwijkingen zijn opgenomen van de wettelijke regeling.⁵⁴

Wetsvoorstel

In het nieuwe wetsvoorstel wordt de uitkering beoordeeld aan de hand van de financiële positie van de vennootschap middels een uitkeringstoets. Hierbij wordt beoordeeld of de vennootschap na het doen van de uitkering nog in staat is om te blijven bestaan na het betalen van de opeisbare schulden, het bestuur dient voor de uitkering toestemming te geven en te weten of redelijkerwijs behoren te weten dat de uitkering kon plaatsvinden. Met het vereiste om opeisbare schulden te betalen wordt bedoeld dat de vennootschap niet binnen afzienbare tijd in de situatie van surseance terecht komt of failliet gaat. Deze periode zal in de regel ongeveer een jaar zijn. Daarnaast wordt er, afhankelijk van de specifieke kenmerken van de vennootschap, gekeken naar andere elementen zoals liquiditeit, solvabiliteit en rentabiliteit van de vennootschap.

De aansprakelijkheid ligt bij de bestuurders indien er niet zorgvuldig is gehandeld bij het uitkeren aan de aandeelhouders. Indien de aandeelhouder (ontvanger) te kwader trouw is, dient hij de uitkering terug te betalen. Er kan terugbetaald worden op aandeel in het kader van een kapitaalvermindering of inkoop van eigen aandelen anders dan om niet.⁵⁵

De wetgever⁵⁶ geeft wel aan dat de bestuurders niet moeten vrezen voor aansprakelijkheid. Van een ondernemer wordt immers verwacht dat hij risico's neemt en zelf beslissingen kan nemen. Zo worden er twee voorbeelden gegeven van wanneer er *geen* sprake is van opeisbare aansprakelijkheid. Zo is er in artikel 2:216 lid 3 BW opgenomen dat een bestuurder kan bewijzen dat hem niets te verwijten valt met betrekking tot de uitkering, en dat hij dus niet nalatig was. Ook wanneer een bestuurder op grond van beschikbare en betrouwbare informatie tot een redelijk en onderbouwd oordeel is gekomen naar de financiële positie van de vennootschap, en het dus geoorloofd vindt om op dat moment een uitkering te doen, de uitkering kan verrichten zonder hier achteraf problemen mee te krijgen. Zo kan later ook aangetoond worden dat een onbetaalde vordering niet betaald wordt door een onvoorziene omstandigheid zoals een goed betalende klant die de samenwerking opzegt.⁵⁷ Wel wordt verwacht dat de bestuurder goed onderzoek verricht naar de financiële positie. Als hij persoonlijk

⁵⁴ H.J. de Kluiver e.a. 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht' Den Haag: 6 mei 2004. P. 75.

⁵⁵ *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058, nr 3. Hs 10

⁵⁶ *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058, nr 3. p. 32

⁵⁷ *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058 nr 3. P. 32.

niets weet over financiële zaken, wordt er verwacht dat hij iemand benaderd die wel over deze kennis beschikt, bijvoorbeeld de accountant.

Er lijkt een probleem te ontstaan met dit nieuwe systeem. De bestuurder dient te gaan goedkeuren of er winst wordt uitgekeerd aan de aandeelhouders of niet. Indien hij de uitkeringstest niet goed verricht, is hij later aansprakelijk. De aandeelhouders hebben als doel zo veel mogelijk winst behalen. Daarnaast hebben zij veel bevoegdheden zoals het benoemen en ontslaan van bestuurders. Bij (grote) ondernemingen kan dit problemen veroorzaken. De aandeelhouders kunnen de bestuurders onder druk zetten dat er toch een uitkering moet plaats vinden. Dit plaatst de bestuurder in een moeilijke positie. Hij wil ten eerste de aandeelhouders tevreden houden maar ten tweede wil hij niet aansprakelijk gesteld worden voor de uitkering. De wetgever neemt wel in de wet op dat een ontvanger gestraft kan worden als hij te kwader trouw is (lid 3) maar dit lost het probleem niet op. Hoe dit gaat lopen in de praktijk moeten we dus afwachten. Overigens zal dit verhaal niet zo zwart wit zijn bij een MKB ingeval de bestuurder tevens aandeelhouder is.

Daarnaast is het de vraag of deze sanctie niet te vergaand is omdat de bestuurder nu aansprakelijk is voor de gehele uitkering. Daarnaast vraagt de onderzoekster zich af hoe sterk de faillissement curator moet en kan aantonen dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat er geen uitkering kon plaatsvinden. Hetzelfde geldt voor het bewijzen dat de ontvanger te kwader trouw was.

Wel wordt er nu gekeken naar de omstandigheden van elke vennootschap apart. Voorheen gold een algemene regel. Ook was een besluitvorming alleen nietig als de regels niet nageleefd waren. In theorie ziet het eruit als een goede regeling. Toch zal de praktijk (en jurisprudentie) uitwijzen hoe de regeling echt werkt.

2.4 Bijeenbrengen van vermogen

In deze paragraaf wordt toegelicht wat de nieuwe regels zijn omtrent het inbrengen van vermogen. Zo vervalt het minimumkapitaal en de stortingsplicht. Er is gekeken naar wat de voordelen en nadelen hiervan zijn. Daarnaast ontstaat de stemrechtloze aandeel in het wetsvoorstel.

Minimumkapitaal vervalt

In de laatste jaren is er veel kritiek geweest op het minimumkapitaal, want wat is het juiste minimale kapitaal voor een bepaalde vennootschap? Voor de ene BV zal het wettelijke minimumbedrag aan de lage kant zijn, terwijl het voor andere weer als hoog wordt beschouwd. Een voordeel van deze verplichting is wel dat men niet zomaar een BV opstart maar eerst serieus nadenkt over het bijeenbrengen van het kapitaal. Dit is dus meer een drempel om een BV te beginnen omdat het voorkomt dat iedereen zomaar een BV begint. Het doel van dit kapitaal is het bieden van zekerheid voor crediteuren, maar in de praktijk blijkt dit niet het geval te zijn (verliezen leiden immers tot vermindering van het eigen vermogen). In omliggende landen zien we steeds meer dat rechtsvormen die op onze BV lijken, geen minimumkapitaal eisen. Maar is dit een voordeel of niet?

Om een BV te beginnen zal er vermogen moeten zijn. Om een pand te huren, inventaris te kopen, voorraden aan te leggen, een klantenkring op te bouwen et cetera zit men al snel rond het bedrag van € 18 000, - aan vermogen. Een ondernemer zou in mijn ogen dit bedrag dus sowieso bij elkaar dienen te krijgen ook al is er geen verplichting van een minimumkapitaal. Als de verplichting van € 18 000, - wegvalt kunnen ondernemers ook met een lager bedrag beginnen. Dit zou betekenen dat er meer ondernemers rechtstreeks een BV kunnen oprichten in plaats van eerst een eenmanszaak of Vof zoals het nu in de praktijk gaat, en wanneer het fiscaal

aantrekkelijk wordt omzetten naar een BV. Daarnaast zal de ondernemer ook in beginsel privé niet aansprakelijk meer zijn, waardoor een crediteur minder verhaalsmogelijkheden heeft dan wanneer er zaken wordt gedaan met een eenmanszaak.

Wat zijn dan de voordelen van het vervallen van het minimumkapitaal? Volgens de Expertgroep⁵⁸ biedt het minimumkapitaal slechts schijnzekerheid voor crediteuren. Maar wettelijk gezien zal dit bedrag toch ooit als eigen vermogen ingebracht dienen te zijn. Daarnaast kan het minimumkapitaal meer te bieden hebben dan alleen bescherming aan de crediteuren (zie alinea hierboven). Ook geeft de Expertgroep aan dat in een aantal landen in Europa geen minimumkapitaal verplicht is. Dit wordt dus als argument gegeven om ons minimumkapitaal af te schaffen. Wegen concurrentieargumenten op tegen de nadelen die hierboven genoemd zijn?

Het laten vervallen van het minimumkapitaal heeft zijn voor- en nadelen. Het geeft veel meer flexibiliteit om een BV te beginnen, maar is dit ook goed? Naast de argumenten die de Expertgroep noemt zullen mensen eerder en makkelijker een BV gaan starten waardoor er ook meer Bv's failliet zullen gaan. Er is geen drempel meer waar ze aan dienen te voldoen. Aan de andere kant krijgt een ondernemer met minder geld de kans om een BV op te richten. Maar als een ondernemer geen eigen vermogen bij elkaar kan brengen moet men geen BV beginnen maar een eenmanszaak/Vof. Verder is er nu ook helemaal geen crediteurenbescherming meer omdat men niet verplicht is om risicokapitaal vast te houden in de BV of enigszins eigen vermogen in de BV te stoppen, de formele eis is één euro. Terwijl de crediteurenbescherming wel een groot item is in deze wetswijziging. Doordat de verplichting verdwijnt, is er geen verplicht risicokapitaal meer. Nu komt de rest van het risico bij de crediteur te liggen. De vraag luidt of deze verandering positief uitvalt voor de ondernemers.

De stortingsplicht vervalt

Huidige wetgeving

Momenteel bestaat er een stortingsplicht voor de aandeelhouders. Het gestort kapitaal moet minimaal een vierde zijn van het geplaatst kapitaal. Hierbij kan bedongen worden dat een deel, ten hoogste drie vierde, van het nominale bedrag eerst behoeft te worden gestort nadat de vennootschap het heeft opgevraagd. In de praktijk wordt het aandeel bijna altijd volledig volgestort, dit in verband met artikel 2:180 lid 2 sub b (bestuursaansprakelijkheid). Waarom de stortingsplicht niet wordt gehandhaafd, wordt niet vermeld in de Memorie van Toelichting maar dit zal naar aanleiding van het vervallen van het minimumkapitaal zijn. En het flexibiliseert de regelgeving sterk.

Wetsvoorstel

Het nieuwe wetsvoorstel geeft aan dat in de statuten kan worden opgenomen dat het gehele nominale bedrag of een deel daarvan binnen een tijdsbestek of wanneer de vennootschap het heeft opgevraagd moet worden volgestort. Indien er een deel of geheel niet gestort is, bestaat er wel een verplichting van de aandeelhouder om dit te betalen. Er is een verjaringstermijn van vijf jaar. De Expertgroep had als aanbeveling om hier 20 jaar van te maken maar deze is niet aangenomen.⁵⁹ Ook wanneer de aandelen worden overgedragen, blijft de betalingsplicht bestaan (zie artikel 2:199 BW). Mr. Barbare Bier geeft in haar boek 'Het nieuwe BV-recht voor de praktijk' aan dat er rechtsonzekerheid kan ontstaan voor crediteuren, maar geeft aan dat dit kan worden weggenomen door de onrechtmatige daad. Maar een faillissementscurator zal dan een

⁵⁸ H.J. de Kluiver e.a. 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlands BV-recht' Den Haag: 6 mei 2004. p. 87.

⁵⁹ H.J. de Kluiver e.a. 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlands BV-recht' Den Haag: 6 mei 2004. p. 89.

rechtszaak moeten beginnen en dat brengt veel kosten met zich mee. Ook geeft een onrechtmatige daad volgens artikel 2:248 BW strenge eisen waardoor het niet gemakkelijk wordt om te bewijzen dat er sprake is van een onrechtmatige daad. Door de stortingsplicht te laten vervallen kunnen er dus achteraf problemen ontstaan.

Daarnaast is het straks mogelijk om een BV op te richten met een geplaatst kapitaal van één euro, en dit bedrag zou niet eens gestort hoeven te worden. Dit is zeker een flexibele regeling maar is dit ook nodig? Ten eerste is er kapitaal nodig om een BV op te richten. Als men dit niet kan, waarom wordt dan de mogelijkheid gegeven dat men een BV kan oprichten? Indien deze BV failliet gaat, is het risico voor de crediteuren. Wel kunnen bestuurders aansprakelijk gesteld worden wanneer ze hebben gehandeld onder naam van de BV terwijl ze wisten of behoorde te weten dat ze de verplichtingen niet na konden komen. Maar dit is een maatregel die achteraf genomen kan worden en dan is het kwaad al geschied en zit de crediteur met onbetaalde facturen en problemen.

Mr. Barabara Bier geeft in haar boek 'Het nieuwe BV-recht voor de praktijk' verder aan dat de wetgever de waarborgen rond de storting wegneemt, en dat deze nu niet op het bordje van de notaris terecht moet komen. Ik sluit me hierbij aan. De oprichters verklaren zelf dat er een bepaald bedrag is gestort. De juistheid van deze verklaring komt voor rekening van de ondertekenaars. Het zou niet de taak van de notaris zijn om dit te controleren. Tenzij duidelijk is dat de boel niet klopt natuurlijk.⁶⁰

Ook de voorgeschreven bankverklaring vervalt omdat deze maar een beperkte waarde blijkt te hebben. Dit geldt ook voor de nach Gründung en de regeling inzake financiële steunverlening aan derde. Ook de accountantsverklaring wordt afgeschaft.⁶¹ Een deel van het toezicht verdwijnt dus. In hoofdstuk 4 komt aan bod welk toezicht nog wel bestaat.

Stemrechtloze aandelen en certificaten

Huidige wetgeving

In de huidige wetgeving hebben alle aandeelhouders met gewone aandelen stemrecht en deze aandeelhouders komt ten minste één stem toe. Afwijking is mogelijk als de aandelen zijn verdeeld in verschillende nominale waarde. Verder is het mogelijk om het aantal stemmen per aandeelhouder te maximeren tot niet meer dan zes of drie stemmen. Naast aandelen kunnen er ook certificaten uitgegeven worden. Certificaten van aandelen worden uitgegeven indien de aandelen zelf door een administratiekantoor (doorgaans een stichting) worden gehouden. Voor dit overdragen worden certificaten gegeven waaraan financiële rechten te ontleen zijn.⁶² Het stemrecht blijft zo achter bij de stichting. In de huidige wetgeving bestonden geen stemrechtloze aandelen. Toch schijnt er behoefte te zijn aan de invoering van flexibel stemrecht in de statuten. Vooral in internationaal verband zou een stemrechtloos aandeel veel nut hebben. In veel landen worden de stemrechtloze aandelen al gebruikt (zie de Ltd, GmbH, BVBA etc). Door deze regelgeving flexibeler te maken kan men zelf bepalen welke bevoegdheden ze aan een aandeel koppelen.

Wetsvoorstel

Het nieuwe wetsvoorstel zal voortaan niet alleen bestaan uit aandelen met volledig stemrecht maar ook uit beperkt stemgerechtigde aandelen, winstrechtloze aandelen, beperkt winstgerechtigde aandelen en aandelen met gedifferentieerd stemrecht.⁶³ Een regeling welke afwijkt van de wettelijke (basis)regeling, dient in de statuten vermeld te

⁶⁰ F.J. Oranje e.a., 'Het nieuwe BV-recht voor de praktijk', Den Haag: SDU uitgevers, 2008. p. 198/199.

⁶¹ Kamerstukken II, 2006/07, 31 058, nr. 3 p. 27

⁶² M.M. Mendel, W.J. Oostwouder. 'Hoofdzaken NV en BV' Deventer: Kluwer 2007. p. 28-30.

worden. Stemrechtloze aandelen zouden kunnen worden uitgegeven in het kader van werknemersparticipaties. In de nieuwe wetgeving zal elke *aandeelhouder* minimaal één stem hebben, tenzij het een stemrechtloos aandeel betreft. Een stemrechtloos aandeel dient wel recht te hebben op uitkering van winst of reserves. Er is dus niet gekozen voor een systeem waarbij elk *aandeel* één stem bevat. Hier is niet voor gekozen omdat dit in de praktijk veel problemen zal geven omdat er nu een maximum aan stemmen gegeven kan worden. De regels van artikel 2:228 leden 2 en 3 blijven ongewijzigd.

Het nieuwe lid 4 geeft aan dat van de leden 2 en 3 mag worden afgeweken bij de statuten.⁶⁴ Het is in het nieuwe wetsvoorstel mogelijk om op te nemen in de statuten dat een bepaald aandeel stemrecht bevat betreffende specifieke onderwerpen.⁶⁵ Houders van stemrechtloze aandelen hebben geen recht op stemrecht maar wel op het vergaderrecht en winstrecht. Verder zijn ze in beginsel uitgezonderd van de regeling inzake het voorkeursrecht (zie artikel 2:206a BW).⁶⁶ Een voordeel van stemrechtloze aandelen is dat het de mogelijkheid biedt om kapitaal aan te trekken zonder dat de kapitaalverstrekker zeggenschap krijgt. Daarnaast kan deze goed gebruikt worden bij bedrijfsopvolging en bij familiebedrijven waarbij iemand wil investeren maar verder geen invloed wil hebben.⁶⁷

2.5 Samenvatting - conclusie

Dit wetsvoorstel zorgt ervoor dat de bestuurders en aandeelhouders meer vrijheid krijgen om hun onderneming naar eigen wensen in te richten. De drempel om een BV op te richten is geheel verdwenen. De enige drempel die er nu nog is, is of een BV fiscaal aantrekkelijker is dan een andere rechtsvorm.

Er is nog steeds sprake van een duale organisatiestructuur alleen de besluitvorming buiten algemene vergadering is versoepeld. De interne verhoudingen zijn ook versoepeld. Er is meer vrijheid gecreëerd om in de statuten afspraken, sancties en ontheffingen van de statutaire verplichtingen op te nemen. Omtrent de vermogensbescherming is er veel gewijzigd. Zo staat het de ondernemer geheel vrij om wel of geen blokkeringsregeling op te nemen. Ook is het wettelijk mogelijk om de overdraagbaarheid van aandelen voor een bepaalde tijd uit te sluiten.

Het winstuitkerings systeem wordt uitgebreid. De huidige regeling vervalt en de bestuurder dient middels een uitkeringstest te kunnen beslissen of een winstuitkering geoorloofd is of niet. Dit wordt gemeten aan de financiële positie van de onderneming. Indien achteraf blijkt dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat er geen winstuitkering plaats kon vinden, is de bestuurder aansprakelijk voor de uitkering. Indien de ontvanger te kwader trouw was, dient hij de uitkering terug te betalen. Het punt waarbij mogelijke problemen kunnen ontstaan is dat de bestuurder in een moeilijke positie wordt gebracht. Aan de ene kant wil de aandeelhouder een

⁶³ **Aandelen met volledig stemrecht:** stemrecht bij alle onderwerpen in de algemene vergadering. **Stemrechtloze aandelen:** aandelen die geen stemrecht hebben in de algemene vergadering. **Beperkt stemgerechtigde aandelen:** aandelen met stemrecht ten aanzien van één of meer (maar niet alle) onderwerpen in de algemene vergadering. **Winstrechtloze aandelen:** aandelen die geen recht geven op de uitkering van winst of reserves. **Beperkt winstgerechtigde aandelen:** aandelen die beperkt recht geven op uitkering van winst of reserves. **Aandelen met gedifferentieerd stemrecht:** aandelen waarop meer dan één stem kan worden uitgebracht ten aanzien van één of meer of alle onderwerpen in de algemene vergadering bron: F.J. Oranje e.a., *'Het nieuwe BV-recht voor de praktijk'*, Den Haag: SDU uitgevers 2008. p. 225

⁶⁴ *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058, nr 3. p. 84.

⁶⁵ F.J. Oranje e.a., *'Het nieuwe BV-recht voor de praktijk'*, Den Haag: SDU uitgevers 2008. Hs V, p. 221.

⁶⁶ *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058, nr 3. P. 12.

⁶⁷ F.J. Oranje e.a., *'Het nieuwe BV-recht voor de praktijk'*, Den Haag: SDU uitgevers 2008. Hs V, p. 231/232



winstuitkering, en deze aandeelhouder kan de bestuurder onder druk zetten. Aan de andere kant kan de bestuurder aansprakelijk gesteld worden voor de uitkering. Hoe dit in de praktijk zal lopen zullen we moeten afwachten.

Omtrent het bijeenbrengen van het vermogen vervallen er ook een aantal regels. Het minimumkapitaal, de stortingsplicht, de bankverklaring en de accountantsverklaring vervallen allemaal. Bij het vervallen van het minimumkapitaal en de stortingsplicht verandert er veel voor de praktijk. Deze regels waren er om de crediteuren te beschermen maar voor hen werkte deze regel niet naar behoren. Maar deze regels zorgden er ook voor dat er een drempel was om een BV te beginnen. Deze drempel is nu weg. Terwijl een kapitaal van circa € 18.000 wel nodig is om een BV te kunnen beginnen. Omdat nu meer ondernemers rechtstreeks een BV kunnen beginnen, kan dit extra risico geven voor crediteuren. Een BV zonder eigen vermogen of met weinig vermogen kan nu deelnemen aan het bedrijfsleven.

Naast de aandelen die we al in ons rechtssysteem kennen komt er een stemrechtloos aandeel bij. Deze aandelen kunnen worden uitgegeven in het kader van bijvoorbeeld de werknemerparticipaties. In de nieuwe wetgeving wordt het mogelijk dat de ondernemers zelf in de statuten opnemen wat voor soort aandelen in de BV zitten.

Het is gelukt om het doel; flexibilisering van het recht te halen. Een andere aanleiding voor deze wetswijziging was de concurrentie positie van de BV in het buitenland. Of dit gelukt is, is niet onderzocht. De BV wordt natuurlijk wel aantrekkelijker voor het buitenland door het afschaffen van het minimumkapitaal. Maar toch zie ik de MKB niet snel richting het buitenland gaan. Men heeft toch te maken met de taalbarrière, rechtszekerheid en men heeft werk in de eigen omgeving. Verder kunnen de meeste wijzigingen goed uitpakken voor de ondernemers omdat ze zelf meer vrijheid krijgen om hun statuten in te richten. We zullen moeten afwachten hoe het loopt in de praktijk met de regels zoals het vervallen van het minimumkapitaal en de nieuwe regels het winstuitkeringssysteem.

Hoofdstuk 3: Nieuwe stijl: de Flex-BV versus de personenvennootschappen



In dit hoofdstuk wordt vermeld wat de verschillen en overeenkomsten zijn tussen de Flex-BV en de nieuwe personenvennootschappen. Ook wordt vermeld hoe dicht de personenvennootschap (hierna PV) en BV bij elkaar liggen en of dit van invloed is op de keuze van de rechtsvorm voor ondernemers.

3.1 Afzetting van de verschillen tussen de BV en PV

De BV heeft meer oprichtingsvereisten dan de PV. Zo staan er vereisten in artikel 2:175 BW e.v. Daarnaast heeft de BV een dual organisatiestructuur en dient men alles op te nemen in statuten. De PV heeft dit niet en maakt alleen gebruik van een flexibele vennootschapsovereenkomst.

De rechtspersoon van beide vennootschappen ziet er ook anders uit. De rechtspersoon uit Titel 7.13 is een hybride rechtsvorm. Dit betekent dat de rechtspersoon geen aansprakelijkheidsbeperkingen heeft.⁶⁸ De BV heeft dit wel. De vennoten zijn bij de openbare vennootschap hoofdelijk aansprakelijk. De aandeelhouders en bestuurders uit de BV zijn in beginsel niet hoofdelijk aansprakelijk. De rechtspersoonlijkheid zorgt er bij beide wel voor dat het vermogen eigen vermogen is en dat de vennootschap de contract-persoon is. Onder omstandigheden kan een bestuurder van een BV toch hoofdelijk aansprakelijk zijn. Dit kan zijn bij een faillissement als hij zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld of wanneer hij niet heeft voldaan aan de administratieplicht of publicatieplicht van de jaarrekening. Maar wanneer het bestuur zorgvuldig handelt en zich aan de spelregels houdt, biedt de BV de juridische veiligheid die hij zoekt.⁶⁹ De hoofdelijke aansprakelijkheid is één van de grote afwegingen die een ondernemer maakt bij het kiezen van een rechtsvorm.

Een ander groot verschil ligt op fiscaal gebied. De personenvennootschap is fiscaal transparant wat betekend dat de vennoten zelf belasting betalen, indien de vennoot een rechtspersoon betreft, is deze VPB-plichtig. De BV is zelfstandig VPB-plichtig. De BV wordt in beginsel voor een IB-ondernemer interessant bij het bedrag rond de € 200 000.⁷⁰ De fiscale aspecten geven de grote doorslag voor ondernemers om de keuze te maken in het huidige recht tussen een eenmanszaak, Vof/CV of een BV/NV. In de nieuwe wetgeving zal deze overweging ook meespelen tussen de OV en BV. Toch is het onmogelijk om exact uit te rekenen hoeveel belastingheffing er betaald dient te worden. Daarom zal een adviseur dienen te onderzoeken wat de kosten zijn bij de verschillende rechtsvormen. De fiscale aspecten zijn een van de grote beweegredenen (en misschien wel de beweegreden) om voor een rechtsvorm te kiezen.

Een ander verschil betreft de regels voor het uitkeren van winst. Bij de BV bestaat er een uitkeringstoets. Bij de PV bestaat er geen toets en kunnen de vennoten zelf vaststellen hoeveel winst er uitgekeerd wordt. Toch is dit geen argument dat mee weegt in de afweging tussen de rechtsvormen. Immers, wanneer er teveel winst wordt

⁶⁸ J.M.M. Maeijer e.a., *'Flexibele rechtsvormen'* Deventer: Kluwer 2008. P. 34

⁶⁹ Eric van Uunen, 'De BV als ondernemersverzekering', NOAB Activa voor ondernemende ondernemersadviseurs nr. 2 2011.

⁷⁰ J.M.M. Maeijer, *'Flexibele rechtsvormen'*, Deventer: Kluwer 2008. P. 35

verdeeld en de vennootschap kan haar schulden niet voldoen, zijn de vennoten zelf hoofdelijk aansprakelijk en wordt de schuld verhaald op het privé vermogen.

Ook heeft de personenvennootschap een verplichting tot inbreng waaraan iedere vennoot is gehouden. Bij de oprichting heeft de BV formeel geen verplichting meer om geld te storten. Het minimumkapitaal en de stortingsplicht zijn immers vervallen. Alleen de aandelen dienen (uiteindelijk) vol gestort te worden. Dit betekent dat een BV theoretisch gezien opgericht kan worden met één euro aan risicokapitaal. Bij de personenvennootschap bestaat ook de verplichting om risicokapitaal, goederen, arbeid of genot van goederen in te brengen. De crediteurenbescherming bij de BV kan in theorie minder sterk zijn dan de bescherming bij een personenvennootschap. De vennoten bij een personenvennootschap zullen immers genoeg kapitaal storten omdat ze in ieder geval privé aansprakelijk zijn. Het bestuur van een BV kan ook aansprakelijk gesteld worden als zij onbehoorlijk hebben gehandeld. Maar in beginsel zijn zij niet aansprakelijk.

Er zijn veel belemmeringen weggevallen bij de BV. De keuze wordt hierdoor misschien makkelijker of juist moeilijker omdat de OV en BV steeds meer op elkaar gaan lijken. Hierdoor blijven er twee grote onderwerpen over, de fiscale aspecten en de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten. Wat weegt zwaarder bij de keuze van een rechtsvorm?

3.3 Fiscaal oogpunt



Indien iemand een bedrijf wil starten zal men kijken naar wat de voordelen van elke rechtsvorm zijn en bij welke ondernemingsvorm het meeste fiscaal voordeel te behalen valt. Elke ondernemer zal zelf ook de keuze moeten maken tussen het voordeel van de BV met de

juridische veiligheid of de fiscale aantrekkelijkheid van een andere rechtsvorm.

Indien men minder omzet draait kan de keuze uitgaan naar de openbare vennootschap. Een ondernemer die in zijn eentje een bedrijf wil oprichten zal aan de hand van de fiscale gevolgen kijken of hij een eenmanszaak of een BV opricht. Fiscaal gezien wordt een BV pas bij grotere winst aantrekkelijk. Bij lagere winsten, globaal onder de € 150 000 is het fiscaal aantrekkelijker om een eenmanszaak of firma te beginnen. Dit blijft in de nieuwe wetgeving ook zo. Er vallen weliswaar veel vereisten weg bij de BV maar fiscaal blijft het hetzelfde. De fiscale aspecten gaan in het algemeen vóór de aansprakelijkheid. De beroepen waar een groter aansprakelijkheidsrisico is, heeft natuurlijk voordeel bij de Flex-BV. Een afweging kan zijn dat er wel een hogere belastingdruk bestaat, maar dat men dit voor lief neemt als 'premie' voor aansprakelijkheidsbeperking.⁷¹

De ondernemer zal dus zelf een afweging moeten maken waar zijn voorkeur naar uit gaat.

⁷¹ Eric van Uunen, 'De BV als ondernemersverzekering', NOAB Activa voor ondernemende ondernemersadviseurs nr. 2 2011

Hoofdstuk 4: Veranderingen voor de notaris en toezicht



In dit hoofdstuk wordt in kaart gebracht wat de veranderingen zullen zijn voor de werkzaamheden van de notaris. Daarnaast is uitgewerkt in welke mate de notaris een onderzoeksplicht heeft en welk toezicht er nog is op de rechtsvormen. Dit is gedaan omdat er veel vereisten zijn weggevallen bij de BV en

daarnaast wordt de Verklaring van Geen Bezwaar vanaf 1 juli afgeschaft en daarvoor komt in de plaats het Besluit Controle op rechtspersonen.

Verder is er een notitie gemaakt en een checklist voor de cliënten van Schepers & Van Nunen Netwerk Notarissen welke kort en duidelijk uitlegt wat er gaat veranderen en welke stappen ze kunnen nemen. Deze notitie is speciaal bedoeld voor de cliënten van Schepers & Van Nunen Netwerk Notarissen en is opgenomen in *bijlage 1*

De notaris en Titel 7.13 BW

De notaris maakt de notariële akte op waarin wordt opgenomen dat een openbare vennootschap over rechtspersoonlijkheid beschikt. De notaris kan ook adviezen geven omtrent de vennootschapsovereenkomst.

De stille maatschap wordt via de wet automatisch omgezet naar de stille vennootschap. De overige personenvennootschappen worden automatisch omgezet naar de openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid. Ondernemers kunnen met vragen komen wat er voor hen veranderd. De notaris kan hen hierin adviseren. Verder kan het zijn dat het voordeliger is voor een onderneming om een andere rechtspersoon te kiezen. Hierin kan de notaris ook advies uitbrengen.

Een notariële akte is vereist bij vrijwel alle rechtsvormen waarbij een rechtspersoon wordt gecreëerd. Reeds zijn er al 680.000 ingeschreven BV's in het handelsregister, 4.600 NV's, 165.786 stichtingen, 113.146 verenigingen, 4.380 coöperaties en 445 onderlinge waarborgmaatschappijen, dat zijn ruim 968.00 rechtspersonen met notariële betrokkenheid. Met de omzetting zullen de openbare maatschappen, welke nog niet altijd ingeschreven staan, ook ingeschreven moeten worden middels een notariële akte, dat zijn ruim 165.000 openbare maatschappen.⁷²

4.2 De notaris en de Flex-BV

Advies werk

De notaris kan advies geven over de nieuwe wetgeving en aangeven wat de veranderingen zijn en bij bestaande BV's kunnen de statuten aangepast worden. Verder heeft de notaris meer bewegingsvrijheid bij het opmaken van statuten omdat er meer keuze mogelijkheden zijn voor de ondernemers. De notaris is dus vrijer in het advieswerk en kan de statuten meer indelen naar de wensen van de ondernemer.

Oprichting

De notaris is betrokken bij de oprichting van ondernemingen maar ook bij het wijzigen van de statuten, omzetting, fusie en splitsing, de overdracht en uitgifte van aandelen.

⁷² F.J. Oranje e.a., 'Het nieuwe BV-recht voor de praktijk', Den Haag: SDU uitgevers 2008. p. 13.



De notaris speelt dus een belangrijke rol bij de structurering van de rechtsvormen.⁷³ Hiermee wordt voorkomen dat er zich problemen voordoen die anders na de oprichting kunnen ontstaan.

Onderzoeksplicht notaris

Een ondernemer kan in het wetsvoorstel een BV opstarten met bijvoorbeeld weinig vermogen of geen blokkeringsregeling. Is het de plicht van de notaris om aan te geven dat er meer vermogen nodig is of wat de gevolgen zijn van geen blokkeringsregeling? En indien er verdachte zaken zijn, dient hij dit aan te geven bij Justitie?

De notaris voert een wilscontrole uit, heeft de onderzoeksplicht en de mededelingsplicht. Hij dient dus te kijken naar de bedoelingen van de partijen en moet de feitelijke gegevens op hun juistheid controleren. In hoeverre kan de notaris een cliënt geloven en vertrouwen en mag hij uitgaan van de juistheid van de gegevens? Hoe vergaand is de onderzoeksplicht en dus ook het toezicht dat de notaris heeft op een onderneming?

De notaris is gehouden aan de verplichting om zakelijke toelichting te geven op de inhoud van een akte en de omstandigheden die een situatie kunnen meebrengen. Hierbij kan het zijn dat een notaris verdergaande informatie, en met name tot het wijzen op specifieke aan de voorgenomen rechtshandelingen verbonden risico's moet melden aan de cliënt. Hij is dus verplicht om te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridisch onkunde en/of feitelijk overwicht.^{74 75} De zorgplicht kent grenzen en als de notaris goede grond heeft te vertrouwen dat de belanghebbende op de hoogte is of tevoren voldoende inzicht had dat vereist is voor het intreden van de rechtsgevolgen kan dat voldoende zijn.⁷⁶ Het lijkt er op dat de notaris dient te wijzen op de consequenties van de rechtshandeling en de risico's die het met zich meebrengt.⁷⁷ Dit zou dus betekenen dat wanneer een beginnende ondernemer een BV wil oprichten met een eigen vermogen van 1000 euro, de notaris de consequenties en risico's uitlegt. Stel dat de ondernemer toekomstige schuldeisers krijgt en de vorderingen niet kan betalen, is dat het risico voor de ondernemer. Indien er sprake is van een (mogelijk) misdrijf is de notaris wel verplicht om hier aangifte van te doen. Hierbij geldt de geheimhoudingsplicht dus niet (artikel 160 SV). Ook wanneer er ongewone transacties plaatsvinden en de cliënt kan dit niet verantwoorden is de notaris verplicht om hier melding van te maken (zie Wet melding ongebruikelijke transacties). Dat de minimumvereisten vervallen bij de oprichting van een BV, betekent niet dat de notaris meer toezicht moet houden.

4.3 Algemeen toezicht

In het wetsvoorstel Wet Documentatie Vennootschappen wordt vermeld dat het preventief toezicht op de BV's en NV's komt te vervallen. Dit betekent dat er geen Verklaring van Geen Bezwaar meer nodig is bij de oprichting van een BV/NV (2:179 BW BW). Wat zijn de gevolgen voor de praktijk dat deze goedkeuring verdwijnt en waarom is er gekozen voor de afschaffing?

Altijd toezicht op alle rechtsvormen

⁷³ F.J. Oranje e.a., *'Het nieuwe BV-recht voor de praktijk'*, Den Haag: SDU uitgevers 2008. p. 13.

⁷⁴ HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766 (Groninger huwelijksvoorwaarden)

⁷⁵ D.T. Boks, *'Notariële aansprakelijkheid enige aspecten van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris'*, Deventer: Kluwer 2002

⁷⁶ HR 27 maart 1992, NJ 1993, 188

⁷⁷ B.C.M. Waaijer, *'De Notariswet'* Deventer: Kluwer 2003. p. 106-114

Volgens het eindrapport van de interdepartementale werkgroep Toezicht Rechtspersonen 'Snel en secuur toetsen: het alternatief voor de verklaring van geen bezwaar' werkt het huidige systeem niet goed. Aan de hand van dit rapport wordt de wet ook gewijzigd.

Bij de Verklaring van Geen Bezwaar werd er op drie momenten een controle uitgevoerd: bij de oprichting van een BV/NV of SE (Societas Europaea, Europese NV), wijziging van hun statuten en omzetting in één van deze rechtspersonen. In de nieuwe wetgeving wordt er permanent getoetst met de drie doelen:

- Preventief toezicht: misbruik van rechtspersonen voorkomen
- Repressief toezicht: misbruik van rechtspersonen bestrijden
- Vergemakkelijken van opsporen en vervolgen van strafbare feiten die met rechtspersonen gepleegd zijn of dreigen te worden gepleegd.

De wetgever wil de controle zoveel mogelijk automatiseren en daarom is er een systeem (HTR-systeem) ontwikkeld waarbij de computer signaleert of er een verhoogd risico op misbruik is. Dit houdt in dat bepaalde indicatoren werken als een zeef. De gevallen die opvallen worden gecontroleerd door de dienst 'Justis' van het Ministerie van Justitie. Er wordt hierbij gebruik gemaakt van verschillende bronnen zoals het handelsregister, de GBA, het Justitiële Documentatiesysteem (JDS) en het Centraal Insolventieregister (CIR). Bij het handelsregister wordt er vooral gelet op gegevens als oprichting, verhuizing, bestuurswisseling, fusie en splitsing, omzetting, faillissement, ontbinding et cetera. Wanneer er gebruik wordt gemaakt van een buitenlandse rechtspersoon of snelle mutaties in beleidsbepalers, kunnen ook een voorbode zijn op misbruik. Middels gegevens van de JDS en CIR wordt een automatische risicoanalyse gedaan. Ook wordt er gebruik gemaakt van gegevens van de Kamer van Koophandel, Recherche, het Kadaster, Lexis Nexis en de Belastingdienst. Zie voor meer informatie de Memorie van Toelichting.⁷⁸ Gaat dit systeem werken? In deze fase is dat nog onduidelijk. Dat hangt samen met de manier hoe men de bronnen en indicatoren gaat gebruiken. Daarnaast zal het ook van belang zijn hoe de handhavers de risicomeldingen oppakken en of er voldoende mankracht is en of men voldoende met de kennis doet. Andere zoals de notaris en curator kunnen hun kennis over mogelijke fraudeurs doorspelen naar de handhavers. In ieder geval lijkt het er nu op dat het een beter systeem is dan voorheen.⁷⁹

Het nu geldende systeem controleert de BV en NV op drie momenten. Het nieuwe systeem houdt permanent toezicht op alle rechtsvormen in Nederland. Dit lijkt veel beter omdat bij ander rechtsvormen ook fraude en misbruik gepleegd kan worden. Verder zien we in de praktijk dat kwaadwillige personen vaak uitwijken naar buitenlandse rechtsvormen. Ook met de nieuwe Flex-BV moet erop gelet worden dat er geen misbruik van gemaakt wordt. Dit zou betekenen dat het mogelijke misbruik van rechtsvormen in Nederland doormiddel van dit nieuwe systeem zou moeten dalen. Of dit werkelijkheid wordt; de tijd zal het leren.

⁷⁸ *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 948, nr. 3.

⁷⁹ M.Y. Nethe, 'Controle op rechtspersonen: het HTR-systeem' WPNR 2009 6819 p. 910

Hoofdstuk 5: Conclusies en aanbevelingen



In dit hoofdstuk worden de conclusies gegeven welke voortvloeien uit de vorige hoofdstukken. Er wordt antwoord gegeven op de centrale vraag die in de inleiding werd gesteld:

Wat zijn de belangrijkste veranderingen voor de cliënten van Schepers & Van Nunen Netwerk Notarissen als de wetsvoorstellen Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht en Vaststelling Titel 7.13 personenvennootschappen van kracht worden?

Personenvennootschappen

Deze wet is aangepast naar aanleiding van de sterk verouderde wetgeving en omdat deze verspreid staat over het Wetboek van Koophandel en het BW.

Veranderingen zijn er zoals de begripsbepaling die vervalt voor het uitoefenen van een bedrijf of beroep. Het verschil hiertussen is niet langer van belang.

Voor de Vof en CV zijn er niet heel veel grote veranderingen. Verder gelden voor de commanditaire vennootschap de regels van de openbare vennootschap plus drie extra bepalingen omtrent de CV. Voor de openbare maatschap wordt de aansprakelijkheid verzwaaard. Ook de aansprakelijkheid van de commandite wordt verzwaaard doordat hij/zij geen beslissende invloed kan uitoefenen en niet voor rekening van de vennootschap naar buiten kan treden (dit mocht voorheen ook al niet). Een commandite kan dus niet een aandeelhouder of besturend vennoot zijn, de regels zijn iets verzwaaard. De stille maatschap lijkt veel op de stille vennootschap. Grote veranderingen zijn hierbij niet aangebracht. Wel beschikt ook de SV over een afgescheiden vermogen. Voorheen was dit nog niet.

De rechtspersoonlijkheid van de OV brengt met zich mee dat de vennootschap contract-partij wordt. Toch blijven de vennoten in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor de verplichtingen van de vennootschap. Voordelen van de rechtspersoonlijkheid vindt men verder bij het in- en uittreden van vennoten.

In het verleden konden de vennoten ook van rechtswege failliet verklaard worden voor de schulden van de vennootschap. Het nieuwe artikel 63F Fw brengt hier verandering in. De vennoot wordt niet meer automatisch failliet verklaard, waardoor de schuldeiser de vordering op de vennoot kan verhalen. Indien de vennoot hierdoor in financiële problemen komt, is het aan hem om faillissement, surseance van betaling of WSNP aan te vragen. Een andere wijziging is dat het faillissement leidt tot algehele ontbinding van de vennootschap, tenzij het faillissement eindigt door het in kracht van gewijsde gaan van de homologatie van een akkoord. Hierbij kan de vennootschap blijven bestaan. Daarnaast zal een failliete vennoot uittreden in de nieuwe wetgeving of er zal partiële ontbinding plaatsvinden waarbij de vennootschap blijft voortbestaan zolang er minimaal twee vennoten zijn. De continuïteit van de vennootschap is dus verbeterd.

Omtrent de OVR en OVZ is de conclusie dat er niet heel veel verschillen zijn. De OVR heeft alleen voordelen en geen nadelen ten opzichte van de OVZ. Wanneer een OVZ omgezet dient te worden naar een BV, omdat dit fiscaal aantrekkelijker is, dient de OVZ eerst omgezet te worden naar een OVR en vervolgens naar de BV. Waarom deze tussenstap naar de OVR genomen moet worden lijkt overbodig; dit kost extra tijd maar brengt ook extra kosten met zich mee. Wanneer een OVZ voordeliger kan zijn is niet helemaal duidelijk. De enige keer wanneer een OVZ voordelig kan zijn is bij een



vennootschap welke alleen bestaat om de kosten te dekken. Maar hiervoor kan ook de stille vennootschap gebruikt worden.

Een aanbeveling is dan ook om cliënten te adviseren dat ze hun huidige onderneming omzetten van een CV/Vof/openbare maatschap naar een OVR/CVR. Automatisch worden de rechtsvormen omgezet naar rechtsvormen zonder rechtspersoonlijkheid. Het enige nadeel hierbij is dat het opmaken van een notariële akte wel kosten met zich mee brengt.

De Flex-BV

De huidige regeling betreffende de BV is vooral dwingend recht en weinig flexibel. De aanleiding om de BV flexibeler te maken is ontstaan door ontwikkelingen op Europees gebied en in andere landen waar men al wel flexibele wetgeving heeft. Doormiddel van het invoeren van meer regelend recht wil de wetgever ook in Nederland meer vrijheid van inrichting voor aandeelhouders en bestuurders geven en daarmee een betere concurrerende positie veroveren tegenover buitenlandse rechtsvormen. Dit betekent dat veel bepalingen zijn gewijzigd en sommige geheel vervallen. Welke gevolgen heeft dit voor de ondernemer?

De besluitvorming buiten vergadering door aandeelhouders wordt versoepeld. Dit geeft als gevolg dat er sneller een besluit genomen kan worden buiten vergadering. Een andere wijziging in de besluitvorming is dat het bestuur niet meer de instructies (instructierecht) van een orgaan dient te volgen, als deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap. Dit wordt in de huidige wetgeving niet expliciet genoemd en dit zorgt voor problemen. Geconcludeerd kan worden dat deze wijzigingen positief zullen uitpakken in de praktijk.

Verder is er in de huidige wetgeving veel onduidelijkheid over de extra-verbintenissen⁸⁰. Deze bepaling is nu flink uitgewerkt. Een aandeelhouder dient in te stemmen met een extra-verbintenis. Deze kan ook niet tegen de wil van een aandeelhouder worden opgelegd. Dankzij dit artikel kunnen er in de statuten meer verplichtingen en sancties opgenomen worden en hoeft dit niet meer te gebeuren in een aandeelhoudersovereenkomst.

In de huidige wetgeving is het verplicht om gebruik te maken van één van de twee blokkeringsregelingen die zijn opgenomen in de wet. In de praktijk wordt vaak afgeweken van deze regelingen middels overeenkomsten. Hierdoor is gekozen om ook hier meer vrijheid te geven. Daarom is opgenomen dat in beginsel de aanbiedingsregeling geldt. Indien de aandeelhouders hiervan willen afwijken kunnen ze een andere bepaling opnemen in de statuten. De aandeelhouders worden bij de Flex-BV dus geheel vrij gehouden en kunnen de beslotenheid naar eigen wens invullen, mits de overdracht niet onmogelijk of uiterst bezwaarlijk wordt gemaakt.

De nieuwe regels over de winstuitkering, het vervallen van het minimumkapitaal en de stortingsplicht veroorzaken twijfels. Het is niet zeker dat deze regels goed zullen uitvallen in de praktijk. Waarschijnlijk zullen deze regels verder worden ingevuld middels jurisprudentie zodra het wetsvoorstel is aangenomen.

De nieuwe winstuitkering gaat bestaan uit een uitkeringstest waarbij de bestuurder onderzoek verricht naar de financiële positie van de vennootschap. Hierbij wordt gekeken of de vennootschap na het doen van de uitkering nog in staat is om te blijven bestaan na het betalen van de opeisbare schulden. Indien het bestuur de uitkering verricht terwijl men wist of behoorde te weten dat de uitkering niet kon plaatsvinden, is het bestuur aansprakelijk. Ook indien de aandeelhouder (ontvanger) wist of behoorde

⁸⁰ Zoals is besproken in hoofdstuk 2 paragraaf 3.2 'Interne verhoudingen' worden hier bedoeld verplichtingen van de aandeelhouders anders dan de verplichting tot volstorting van de aandelen.

te weten dat de uitkering niet kon plaatsvinden, is hij te kwader trouw en zal hij de uitkering terug dienen te betalen. Aan de ene kant is dit een betere regeling dan de huidige regelgeving omdat nu wordt gekeken naar de specifieke situatie van een onderneming. Aan de andere kant concludeert de onderzoekster dat er ook een groot nadeel kan ontstaan, de bestuurder kan namelijk verward raken in een moeilijk pakket. De aandeelhouder heeft de macht om druk uit te oefenen op de bestuurder (middels ontslagbevoegdheden etc). De bestuurder zou hierdoor een uitkering kunnen doen waarbij hij aansprakelijk is als het fout gaat. Hoe de verhoudingen worden door deze nieuwe regeling zal de praktijk en jurisprudentie uitwijzen. Overigens is in het MKB de bestuurder meestal ook een aandeelhouder. In deze situatie zal het niet zo zwart wit zijn als hierboven is vermeld.

De verplichting van het minimumkapitaal vervalt omdat ze haar doel niet haalt, namelijk de crediteur bescherming geven. Daarnaast hebben concurrerende rechtsvormen in het buitenland ook geen minimumkapitaalvereisten. De onderzoekster concludeert dat het doel niet gehaald wordt, maar het minimumkapitaal zorgde er wel voor dat Bv's werden opgericht met kapitaal. Nu het minimumkapitaal komt te vervallen kan men een onderneming oprichten met minder of geen eigen kapitaal, terwijl er toch kapitaal nodig is om een BV goed op te richten. Immers, er is geld nodig voor een pand, werknemers, inventaris, voorraden etc. Daarom bestaat de vraag welk argument er is naast het argument dat de BV een betere concurrerende positie krijgt in het buitenland. Want samen met het vervallen van de stortingsplicht weet men niet meer of er (veel/voldoende) risicokapitaal in een BV zit en dit geeft de crediteur nog minder zekerheid dan voorheen. In het vorige hoofdstuk wordt een voorbeeld gegeven dat een ondernemer een BV opricht met 1000 euro kapitaal. De notariskosten zullen ook rond dit bedrag liggen. Dit betekent dat de ondernemer een BV kan oprichten zonder eigen vermogen. Hoe kan deze BV ooit goed functioneren? Daarom concludeert de onderzoekster dat het wetsvoorstel haken en ogen heeft.

In de praktijk is er behoefte aan de invoering van flexibel stemrecht in de statuten. Daardoor heeft de wetgever gekozen om de stemrechtloze aandelen toe te voegen aan de bestaande aandelen. Hierdoor krijgt de ondernemer de keuze om zijn ondernemer precies in te richten naar eigen behoefte. Het voordeel van stemrechtloze aandelen is dat er kapitaal aangetrokken kan worden zonder dat de kapitaalverstrekker zeggenschap krijgt.

De BV wordt anders dan nu heel flexibel ingericht. Dit geeft de ondernemer de mogelijkheid om alles naar eigen behoefte in te richten. Hierdoor zullen wel meer discussies kunnen ontstaan zoals welke regeling gekozen wordt en bijvoorbeeld wanneer er winst wordt uitgekeerd en zal de jurisprudentie mogelijk een grotere rol te vervullen krijgen. Maar over het algemeen wordt de wet flexibeler, wat positief is. Er worden wel vraagtekens geplaatst bij het vervallen van de verplichting van het minimumkapitaal en stortingsplicht en de aansprakelijkheid van het bestuur bij de winstverdeling.

Keuze rechtsvorm

In hoofdstuk 4 hebben we gezien dat de personenvennootschap dicht bij de BV is gaan liggen. Toch bestaan er nog een aantal grote verschillen zoals de aansprakelijkheid van vennoten, gemeenschappelijk vermogen, aandelen, statuten, bestuur etc. Het grote voordeel van de BV is dat men in beginsel niet aansprakelijk is voor schulden en bij de Flex-BV wordt het gemakkelijker om een BV op te richten. Wel is de belastingdruk bij een BV hoger dan bij de openbare vennootschap. Hoe wordt de keuze gemaakt? Dat is per situatie anders. De ene ondernemer zal de keuze maken op grond van de fiscale aspecten, de ander vindt de juridische bescherming van de BV meer voordelen hebben en is bereid daar meer belasting voor te betalen.

Toezicht

De ondernemer krijgt veel vrijheid om de statuten in te richten bij de BV, of de vennootschapsovereenkomst bij de PV. We hebben gezien dat door de flexibiliteit het toezicht verdwijnt bij de vereisten van het minimumkapitaal, accountantsverklaring, bankverklaring, stortingsplicht en het wetsvoorstel waarbij de Verklaring van Geen Bezwaar vervalt. Er is aangegeven dat de toezicht op de rechtsvormen hierdoor niet bij de notaris komen te liggen. De notaris heeft een onderzoeksplicht, mededelingsplicht en dient een wilscontrole uit te voeren (bijvoorbeeld: onderzoek doen naar beschikkingsbevoegdheid en handelingsbekwaamheid e.d.) wat inhoudt dat hij zakelijke toelichting geeft op de inhoud van akte en de omstandigheden uitlegt, informatie verstrekt en risico's aangeeft die verbonden zijn aan rechtshandelingen. Daarnaast dient hij te voorkomen dat er misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde of feitelijke overwicht. Maar meer toezicht heeft de notaris niet. Indien de notaris het vermoeden heeft dat hij betrokken wordt bij zaken die het daglicht niet kunnen verdragen, zal hij zijn diensten moeten weigeren (dat is overigens nu ook al zo).

Er ligt een ander wetsvoorstel klaar dat de Verklaring van Geen Bezwaar laat vervallen met ingang van 1 juli 2011. Hiervoor in de plaats komt toezicht waarbij alle rechtsvormen in de gaten worden gehouden middels het HTR-systeem waarbij het systeem een verhoogd risico op misbruik signaleert via bepaalde indicatoren. Deze gevallen worden daarna gecontroleerd door de dienst Justis. Hoe dit toezicht precies gaat werken zal de praktijk uitwijzen. Vooralsnog ziet het systeem er veelbelovend uit omdat er nu niet alleen op drie momenten (oprichting, statuutwijziging en omzetting) een controle plaats vindt, maar op elk moment. Hierdoor concludeert de onderzoekster dat de Flex-BV goed in de gaten gehouden zou kunnen worden (maar ook alle andere rechtsvormen inclusief buitenlandse) en misbruik tegen kan gaan.

Slot

De wetten zijn vernieuwd en zijn flexibeler. Aan die doelen is voldaan. Of de BV ook een betere concurrentie positie krijgt in het buitenland is in deze scriptie niet onderzocht. Wel is duidelijk naar voren gekomen dat er is geluisterd naar de Nederlandse praktijk.

De wetgeving omtrent de personenvennootschappen geeft nieuwe rechtsvormen aan maar deze wijken niet erg af van de rechtsvormen die tot op heden worden gebruikt. Wel kan de personenvennootschap rechtspersoonlijkheid hebben en heeft de vennootschap een betere continuïteit gekregen. Ook bij het faillissement zijn er aanpassingen geweest. De aanpassingen zien er positief uit.

Ook het BV-recht wordt positief veranderd. Nu wordt de BV veel flexibeler en kan de ondernemer de statuten meer naar eigen inzicht. Voor- en tegen argumenten bestaan bij het systeem van winstuitkering en de afschaffing van de verplichting van minimumkapitaal en stortingsplicht. Ook hier zal de ondernemer zich dus moeten houden aan andere regels dan voorheen. We zullen moeten afwachten hoe dat gaat lopen.

Evaluatie



Het proces is goed verlopen. Er was voldoende informatie beschikbaar en in het tijdsbestek dat deze scriptie geschreven moest worden, is voldoende geweest om uitgebreid onderzoek te verrichten.

Als ik terugblik op het proces was het moeilijkste gedeelte het begin. Het was lastig om een overzicht te krijgen en de juiste informatie te vinden. Er zijn heel veel documenten beschikbaar en er moest uitgezocht worden welke bepalingen gewijzigd worden en waarom. Hierbij kwam ik erachter dat een hele bepaling soms veranderd was in een later document. Door het lange traject bij de Tweede en Eerste Kamer zijn er veel wijzigingen geweest waardoor de Memorie van Toelichting en gewijzigd voorstel van wet niet altijd even betrouwbaar waren waardoor ik de informatie moest controleren aan andere bronnen. In de beginfase van het onderzoek klonken veel argumenten uit vakliteratuur heel redelijk. Toen ik dieper in de stof zat werd ik selectiever met de informatie die ik kreeg. Vaak heeft een schrijver een eigen mening en een doel bij een artikel waardoor bijvoorbeeld alleen de argumenten werden genoemd die voor de schrijver beter uit kwamen. Als je over een zodanig onderwerp verder nadenkt en verder onderzoekt verricht, kwam ik vaak tot de conclusie dat een artikel helemaal niet zo sterk is. Je kunt dus niet klakkeloos argumenten van deskundigen overnemen. De argumenten in mijn scriptie heb ik daarom ook zoveel mogelijk proberen te verantwoorden. Door het lezen en gebruiken van veel verschillende literatuur heb ik mijn scriptie gecontroleerd. Zo zijn er veel boeken met literatuur over de personenvennootschappen. Als ik deze doornam vond ik informatie die overeen komt met mijn scriptie.

Dankzij dit proces denk ik dat mijn product erg betrouwbaar is. Het gaat immers over twee wetsvoorstellen welke schriftelijk vastliggen. Artikelen die genoemd worden, kunnen opgezocht worden. Verder kan de informatie in deze scriptie terug gevonden worden in de bronvermelding. Bij de bronvermelding ben ik erg waakzaam geweest om elke bron meteen te vermelden.

Mijn mentor heeft mij veel vrijheid gegeven om mijn eigen onderzoek te schrijven. Hierdoor is het onderzoek naar mijn eigen inzicht geschreven met richtlijnen van mijn mentor en docent.

Ik denk dat deze scriptie goed bruikbaar is voor mijn stage verlener. Zij kunnen de brieven uit de bijlage gebruiken voor hun cliënten en daarnaast kunnen ze deze scriptie gebruiken als informatiebron. De enige opmerking die hierbij gemaakt moet worden is dat men moet nagaan of er nog bepalingen gewijzigd zijn na 30 mei 2011

Bronnenlijst⁸¹:



Artikelen:

Barneveld 2009

J. Barneveld, *'Flexibele regels inzake uitkeringen'* WPNR 6809-2009 p. 693-701

Blanco Fernández 2009

J.M. Blanco Fernández, *'Privaatrecht Actueel De Rechtspersoonlijkheid van de personenvennootschap: een voorstel'* WPNR 6816-2009 p. 825-826

Huizink 2009

J.B. Huizink, *'Privaatrecht Actueel Het vennootschapsrecht en de werkelijkheid'* WPNR 6803-2009 p. 531-532

Kempen 2003

M.L.M. van Kempen *'Civiel en fiscaalrechtelijke veranderingen naar aanleiding van het wetsvoorstel titel 7,13 BW betreffende de personenvennootschap' artikel in 'Belasting brief' september 2003*

Koppert-van Beek en Zaman 2007

M.S. Koppert- van Beek, D.F.M.M. Zaman, *'Het overgangsrecht inzake titel 7.13 BW'* WPNR 6723-2007 p. 765-773

Lennarts 2007

M.L. Lennarts, *'De voorgestelde regeling van uitkeringen aan aandeelhouders van een bv nader beschouwd'* WPNR 6731-2007 p. 966-975

Lennarts en Boschma 2010

M.L. Lennarts, H.E. Boschma, *'Een nieuwe stap voorwaarts in de richting van de Flex-BV: het wetsvoorstel Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht'*, WPNR 6857-2010 p. 704-715

Lennarts en Boschma 2009

M.L. Lennarts, H.E. Boschma, *'Privaatrecht Actueel Tweede nota van wijziging Flex-BV: een merkwaardige tournure van de wetgever'*, WPNR 6791-2009 p. 227-229

Meussen 2007

G.T.K. Meussen, *'De gevolgen voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting van het nieuwe personenvennootschapsrecht'* WPNR 6723-2007 p. 774-778

Mourik 2009

M.J.A. van Mourik, *'Wetgevingsellende'*, WPNR 6782-2009 p. 45-46

Nethe 2009

⁸¹ Bronvermelding volgens G.A.I. Schuijt e.a. *'Leidraad voor juridische auteurs'* Deventer: Kluwer 2010



M.Y. Nethe, *'Controle op rechtspersonen: het HTRsysteem'* WPNR 6819-2009 p. 910-914

Olffen 2009

M. van Olffen, *'Brandbrief MKB/VNO-NCW, zand in de raderen voor invoering titel 7.13'*, WPNR 6782-2009 p. 43-44

Olffen 2007

M. van Olffen, *'Invoeringswet titel 7.13 en aanpassingen in Wetsvoorstel personenvennootschap'* WPNR 6723-2007 p. 759-764

Olffen 2010

M. van Olffen, *'De personenvennootschap, it giet oan'*, WPNR 6828-2010 p.74-77

Olffen 2010

M. van Olffen, *'Privaatrecht actueel Wetgeving bij amendement; bestuurders moeten inleveren, toezichthouders ook'*, WPNR 6829-2010 p. 89-91

Portengen 2007

H.J. Portengen, *'Interne verhoudingen- flex bv'* WPNR 6731-2007 p. 940-949

Sangen & Raaijmakers 2004

G.J.H. van der Sangen, M.J.G.C. Raaijmakers, *'Modernisering van het BV-recht en crediteurenbescherming'* Tijdschrift voor ondernemingsbestuur (6) 2004

Schilfgaarde 2009

P. van Schilfgaarde, *'De opbouw van het vennootschapsrecht'*, WPNR 6822-2009 p. 961-968

Uchelen-Schipper 2009

M.J. van Uchelen-Schipper, *'Doorlopende controle op rechtspersonen vervangt preventief toezicht'* WPNR 6822-2009 p. 969-979

Veen 2009

W.J.M. van Veen, *'Gewijzigde regeling eisen voor het aandeelhouderschap en bescherming stemrechtloze aandeelhouders in het ontwerp Flex-BV'* WPNR 6801-2009 p. 467-472

Veen 2010

W.J.M. van Veen, *'Privaatrecht actueel De notaris en Titel 7.13'*, WPNR 6834-2010 p. 187-188

Veen 2007

W.J.M. van Veen, *'Statutaire verbintenissen, verplichting tot uittreden en het ontnemen van aan aandelen verbonden rechten volgens het onderwerp inzake de Flex-BV'* WPNR 6731-2007 p. 950-958

Zanden 2007

P.M. van der Zanden RA, *'Een economisch en accountancy perspectief op het nieuwe BV-recht, meer in het bijzonder de kapitaalbescherming'* WPNR 6731-2007 p. 975-980

Asser serie:

Asser/Van Olffen 2010 (7-VII), nr. 115

Asser/Van Olffen 2010 (7-VII), nr. 173



Asser/Van Olffen 2010 (7-VII), nr. 15
Asser/Van Olffen 2010 (7-VII), nr. 111
Asser/Van Olffen 2010 (7-VII), nr. 44
Asser/Van Olffen 2010 (7-VII), nr. 18
Asser/Van Olffen 2010 (7-VII), nr. 1
Asser/Van Olffen 2010 (7-VII), nr. 15
Asser/Van Olffen 2010 (7-VII), nr. 119
Asser/Van Olffen 2010 (7-VII), nr. 176

Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2010 (2-II), nr. 94

Boeken

Doks 2002

D.T. Doks, *'Notariële aansprakelijkheid enige aspecten van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris'* Deventer: Kluwer 2002

Hamers 2007

J.J.M Hamers, *'inleiding personenvennootschappen'* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007

Hamers & Vliet 2005

J.J.A. Hamers, L.P.W. van Vliet, *'De personenvennootschappen naar titel 7.13 BW'* Doetinchem: Reeds business information 2005

Hijman 2007

J.a.c. Hijman e.a. *'Rechtshandeling en Overeenkomst'* Deventer: Kluwer 2007

Kroeze, Timmerman & Wezeman 2007

M.J. Kroeze, L. Timmerman, J.B. Wezeman, *'De kern van het ondernemingsrecht'* Deventer: Kluwer 2007

Maeijer 2008

J.M.M. Maeijer e.a., *'Flexibele rechtsvormen'* Deventer: Kluwer 2008

Mendel & Oostwouder 2007

M.M. Mendel, W.J. Oostwouder. *'Hoofdzaken NV en BV'* Deventer: Kluwer 2007

Mohr 2009

A.L. Mohr, *'Van personenvennootschappen'* Deventer: Kluwer 2009

Mourik & Burgerhart 2010

M.J.A. van Mourik, W. Burgerhart, *'De personenvennootschap in breed perspectief'* Deventer: Kluwer 2010

Oranje 2008

F.J. Oranje e.a. *'Het nieuwe BV-recht voor de praktijk'* Den Haag: SDU uitgevers 2008.

Raaijmakers 2006

M.J.G.C. Raaijmakers, *'Ondernemingsrecht'* Deventer: Kluwer 2006.

Solinge 2003

G. van Solinge e.a., *'Personenvennootschappen'* Nijmegen: Van der Heijden Instituut 2003



Waaier 2003

B.C.M. Waaier, *'De Notariswet'* Deventer: Kluwer 2003

Wessels 2006

B. Wessels, A.J. Verheij, *'Bijzondere overeenkomsten'* Deventer: Kluwer 2006

Jurisprudentie

HR 26 november 1897, W 7047 (Arrest Boeschoten-Besier)

HR 18 december 1959, NJ 1960, 121

HR 9 mei 1969, NJ 1969, 307

HR 18 december 1993, NJ 1994, 301

HR 18 december 1959, NJ 1960/121 (De Gouw/De Hamer)

HR 3 december 1971, NJ 1972/117 (Hotel Jan Luyken)

Parlementaire stukken

Kamerstukken I, 2009/10, 31 058, A

Kamerstukken II, 2006/07, 31 058, nr 2 en 3, 4

Kamerstukken II, 2007/08, 31058, nr 5

Kamerstukken II, 2006/07, 31058, nr 3 Bijlage 'Advies van de Commissie vennootschapsrecht over het wetsvoorstel inzake de vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht'.

Kamerstukken II, 2009/10, 32426, nr 2 en 3

Kamerstukken II, 2002/03, 28 746, nr 1/2 en 3

Kamerstukken I, 2004/05, 28 746, A

Kamerstukken II, 2006/07, 31065, nr 2 en 3, 4

Kamerstukken II, 2008/09, 31065 nr. 14 bijlage 'brandbrief VNO-NCW en MKB Nederland'

Kamerstukken I 2009/10, 31 065, A

Burgerlijk Wetboek 2, 7 en 7A

Wet van koophandel

Faillissementswet

Rapporten

Expergroep 2004

H.J. de Kluiver e.a. *'Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht'*
Den Haag: drukkerij 6 mei 2004.

Interdepartementale werkgroep Toezicht Rechtspersonen

Eindrapport van de interdepartementale werkgroep Toezicht Rechtspersonen 'Snel en secuur toetsen: het alternatief voor de verklaring van geen bezwaar'

Lennarts & Schutte-Veenstra 2004

M.L. Lennarts en J.N. Schutte-Veenstra, *Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht.*
Eindrapport d.d. 31 maart 2004



