

A low-angle photograph of modern buildings against a clear blue sky. On the left, a white, curved building with a grid-like facade is visible. On the right, a taller, grey building with many windows is seen. The sky is a deep, clear blue.

Ondernemingsrecht en faillissementsrecht

Mr. C.L. Koppenol

Tiende druk



Noordhoff Uitgevers

Ondernemingsrecht en faillissementsrecht

Mr. C.L. Koppenol

Tiende druk

Noordhoff Uitgevers Groningen/Houten

Ontwerp omslag: G2K Designers, Groningen/Amsterdam

Omslagillustratie: Paul Kooi

Eventuele op- en aanmerkingen over deze of andere uitgaven kunt u richten aan:
Noordhoff Uitgevers bv, Afdeling Hoger Onderwijs, Antwoordnummer 13, 9700 VB
Groningen, e-mail: info@noordhoff.nl

Aan de totstandkoming van deze uitgave is de uiterste zorg besteed. Voor informatie die desondanks onvolledig of onjuist is opgenomen, aanvaarden auteur(s), redactie en uitgever geen aansprakelijkheid. Voor eventuele verbeteringen van de opgenomen gegevens houden zij zich aanbevolen.



0 / 14

© 2014 Noordhoff Uitgevers bv Groningen/Houten, The Netherlands.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeleenvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Voor zover het maken van reprografische veeleenvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor verschuldigde vergoedingen te voldoen aan Stichting Reprorecht (postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

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

ISBN (ebook) 978-90-01-85383-9

ISBN 978-90-01-80937-9

NUR 820

Woord vooraf

Na het verschijnen van de vorige druk zijn er in het landschap van het ondernemings- en faillissementsrecht de nodige veranderingen aangebracht. Zo haalde het tien jaar geleden door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel over de persoonsvennootschappen niet het Staatsblad. De voorstellen over de flex-bv haalden het Staatsblad wel. Tevens werd de mogelijkheid ingevoerd om voor een monistisch bestuursstelsel te kiezen en werd met de inwerking-treding van de Wet controle op rechtspersonen, het toezicht op rechtspersonen gewijzigd van een incidenteel in een permanent toezicht. Ook als gevolg van de op 1 januari 2014 in werking getreden claw-backregel en de wijzigingen in de Wft, is het landschap waar ondernemingen in functioneren veranderd.

Naast de hiervoor benoemde wijzigingen zijn ook veel andere wetswijzigingen in deze druk verwerkt. Hierdoor is de inhoud van veel hoofdstukken ingrijpend gewijzigd. De systematiek en de hoofdstukindeling zijn niet gewijzigd.

Voor de verwijzing naar jurisprudentie wordt in deze druk de nieuwe Europese systematiek (ECLI) gebruikt. Daar waar dat niet mogelijk was – zoals bij sommige oude en/of niet in openbare databanken opgeslagen uitspraken – is de ‘oude’ bronvermelding gehandhaafd.

Niet gewijzigd is het uitgangspunt dat elk hoofdstuk in het boek afzonderlijk bestudeerd kan worden. Op diverse plaatsen in de tekst wordt verwezen naar websites. Dit als service om gebruikers die daar behoefte aan hebben de gelegenheid te bieden zich nader in de stof te verdiepen.

De vragen aan het eind van elk hoofdstuk zijn geactualiseerd. Daarnaast zijn er nieuwe vragen toegevoegd. Als vanouds zijn er voor docenten die het boek gebruiken antwoorden beschikbaar.

In het boek zijn geen meerkeuzevragen opgenomen. Dit om de omvang beperkt te houden. Voor gebruikers zijn er echter wel meerkeuzevragen beschikbaar. Via de website www.ondernemingsrechtenfaillissementsrecht.noordhoff.nl kunnen deze geraadpleegd worden. De vragen zijn voorzien van uitgebreide antwoorden en kunnen – desgewenst – voor zelfstudie worden gebruikt.

Door de dynamiek van het rechtsgebied is het actualiseren van een boek als dit een aangelegenheid die de nodige tijd vergt. Bij de totstandkoming van deze druk is een belangrijke bijdrage geleverd door mevrouw mr. T.A. Karszen. Zonder haar inzet en kritiek zou het boek niet geworden zijn wat het nu is. Ik ben haar daar dankbaar voor.

Als altijd zijn reacties op deze druk welkom. Zij kunnen worden gezonden naar het e-mailadres van de uitgever.

C.L. Koppenol
Rotterdam, mei 2014

Inhoud

Inleiding 9

1 Onderneming en recht 11

- 1.1 Onderneming en Corporate Governance 12
- 1.2 Ondernemingsrecht 17
- 1.3 Rechtsvorm van de onderneming 20
- 1.4 Buitenlandse rechtspersonen 22
- 1.5 Handelsregister 23
- 1.6 Handelsnaam 26
- 1.7 Vindplaatsen en bronnen van het ondernemingsrecht 26
Casus 28

2 Eenmanszaak en persoonsvennootschappen 31

- 2.1 Eenmanszaak 32
- 2.2 Maatschap 34
- 2.3 Vennootschap onder firma 40
- 2.4 Commanditaire vennootschap 43
Casus 45

3 Algemene vraagstukken rond rechtspersonen 49

- 3.1 Stelsel van rechtspersonen 50
- 3.2 Ontstaan van de rechtspersoon 52
- 3.3 Raadpleging handelsregister 53
- 3.4 Doelstelling rechtspersonen 54
- 3.5 Redelijkheid en billijkheid 56
- 3.6 Besluitvorming 57
- 3.7 Vertegenwoordiging 61
- 3.8 Omzetting 66
- 3.9 Ontbinding en vereffening 67
- 3.10 Toezicht op rechtspersonen 72
Casus 75

4 Soorten kapitaalvennootschappen 79

- 4.1 Kapitaalvennootschappen 80
- 4.2 Eenpersoonsvennootschappen 81
- 4.3 Structuurregeling 84
- 4.4 Volledig, vrijgesteld en verzwakt regime 85
- 4.5 Beurs-nv en management-bv 95
Casus 97

5 Oprichting van de nv en bv 101

- 5.1 Oprichtingsprocedure 102
- 5.2 Voorovereenkomst 102

- 5.3 Akte van oprichting [104](#)
- 5.4 Passeren van de notariële akte van oprichting [106](#)
- 5.5 Inschrijven in handelsregister [107](#)
- 5.6 Bekrachtiging van rechtshandelingen uit de voorperiode [107](#)
- 5.7 Storting op aandelen [110](#)
- 5.8 Nachgründung [114](#)
[Casus 116](#)

6 Organen van de nv en bv [119](#)

- 6.1 Organen van de nv en bv [120](#)
- 6.2 Bevoegdheden van de algemene vergadering [121](#)
- 6.3 Oproep voor de algemene vergadering [125](#)
- 6.4 Besluitvorming van de algemene vergadering [128](#)
- 6.5 Bestuur [131](#)
- 6.6 Benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders [133](#)
- 6.7 Raad van commissarissen [137](#)
- 6.8 Aansprakelijkheid van bestuurders [140](#)
[Casus 147](#)

7 Concernverhoudingen [151](#)

- 7.1 Concern(recht) [152](#)
- 7.2 Holding [152](#)
- 7.3 Holding en bedrijfsopvolging [154](#)
- 7.4 Concernbegrippen in de wet [155](#)
- 7.5 Centrale leiding en bestuursautonomie [161](#)
- 7.6 Verzelfstandiging van concernonderdelen [163](#)
- 7.7 Positie minderheidsaandeelhouders en schuldeisers [168](#)
[Casus 172](#)

8 Kapitaal en vermogen [175](#)

- 8.1 Kapitaalsbegrip [176](#)
- 8.2 Kapitaal- en vermogensbescherming [179](#)
- 8.3 Verkrijging van eigen aandelen [185](#)
- 8.4 Inkoop van eigen aandelen [186](#)
- 8.5 Wettelijke reserves [189](#)
- 8.6 Vermindering van het aandelenkapitaal [193](#)
- 8.7 Uitbreiding van kapitaal [195](#)
[Casus 200](#)

9 Effectenrecht [205](#)

- 9.1 Aandeelhouder en aandelen [206](#)
- 9.2 Andere effecten [212](#)
- 9.3 Handel in aandelen [217](#)
- 9.4 Overdracht van aandelen [218](#)
- 9.5 Effectengiro [221](#)
- 9.6 Wet op het financieel toezicht [224](#)
- 9.7 Melding zeggenschap [226](#)
- 9.8 Gedwongen uitkoop door de grootaandeelhouder [227](#)
[Casus 229](#)

- 10 Beschermingsmaatregelen 233**
 - 10.1 Toelaatbaarheid van beschermingsmaatregelen 234
 - 10.2 Statutaire beschermingsmaatregelen 236
 - 10.3 Wettelijke 'beschermingsmaatregelen' 239
 - 10.4 Overige beschermingsmaatregelen 240
 - Casus 243

- 11 Fusie en splitsing 247**
 - 11.1 Samenwerking tussen ondernemingen 248
 - 11.2 Aandelenfusie 251
 - 11.3 Bedrijfsfusie 257
 - 11.4 Juridische fusie 260
 - 11.5 Juridische splitsing 266
 - 11.6 Regels voor samenwerking 268
 - Casus 271

- 12 Vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij 275**
 - 12.1 Verenigingenrecht 276
 - 12.2 Soorten verenigingen 276
 - 12.3 Oprichting 278
 - 12.4 Ledenvergadering 281
 - 12.5 Lidmaatschap 282
 - 12.6 Bestuur 284
 - 12.7 Vertegenwoordigingsbevoegdheid 287
 - 12.8 Toezicht 288
 - 12.9 Coöperatie 288
 - 12.10 Onderlinge waarborgmaatschappij 292
 - 12.11 Grote coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij 293
 - 12.12 Vereniging van appartementseigenaren 294
 - Casus 296

- 13 Stichting 299**
 - 13.1 Soorten stichtingen 300
 - 13.2 Oprichting 302
 - 13.3 Ledenverbod 303
 - 13.4 Bestuur 304
 - 13.5 Toezicht 308
 - Casus 310

- 14 Geschillenregeling en enquêteprocedure 313**
 - 14.1 Conflicten bij rechtspersonen 314
 - 14.2 Geschillenregeling 316
 - 14.3 Recht van enquête 321
 - Casus 331

- 15 Bestuursverslag en jaarrekening 335**
 - 15.1 Financiële verantwoording van ondernemingen 336
 - 15.2 Samenstelling bestuursverslag 339
 - 15.3 Indeling van de balans en de winst-en-verliesrekening 343
 - 15.4 Toelichting bij de jaarrekening 351
 - 15.5 Uitgangspunten en grondslagen van de jaarrekening 352
 - 15.6 Geconsolideerde jaarrekening 355

- 15.7 Besluitvorming en openbaarmaking [358](#)
- 15.8 Vrijstellingen op grond van de omvang van de onderneming [361](#)
- 15.9 Rechtspraak [363](#)
[Casus 366](#)

16 Ondernemingsraad 369

- 16.1 Wetgeving [370](#)
- 16.2 Definities [371](#)
- 16.3 Instelling van een ondernemingsraad [375](#)
- 16.4 Soorten ondernemingsraden [377](#)
- 16.5 Leden van de ondernemingsraad [379](#)
- 16.6 Regels voor geschillen [381](#)
- 16.7 Bevoegdheden van de ondernemingsraad [382](#)
[Casus 389](#)

17 Europese rechtsvormen 393

- 17.1 Het Europees economisch samenwerkingsverband (EESV) [394](#)
- 17.2 De Europese vennootschap (SE) [396](#)
- 17.3 De Europese coöperatieve vennootschap (SCE) [400](#)
- 17.4 Fusie en zetelverplaatsing binnen Europa [401](#)
[Casus 403](#)

18 Faillissement en surseance van betaling 405

- 18.1 Executoriaal beslag of faillissement [406](#)
- 18.2 Procedure bij faillissement [407](#)
- 18.3 Gevolgen van het faillissement [411](#)
- 18.4 Conservatoire en executoriale fase van een faillissement [413](#)
- 18.5 Rechtsbescherming [416](#)
- 18.6 Schuldsanering natuurlijke personen [417](#)
- 18.7 Schuldeisers [417](#)
- 18.8 Einde faillissement [420](#)
- 18.9 Surseance van betaling [421](#)
[Casus 423](#)

Eindvragen [425](#)

Lijst van afkortingen [430](#)

Trefwoordenregister [433](#)

Artikelenregister [440](#)

Jurisprudentieregister [456](#)

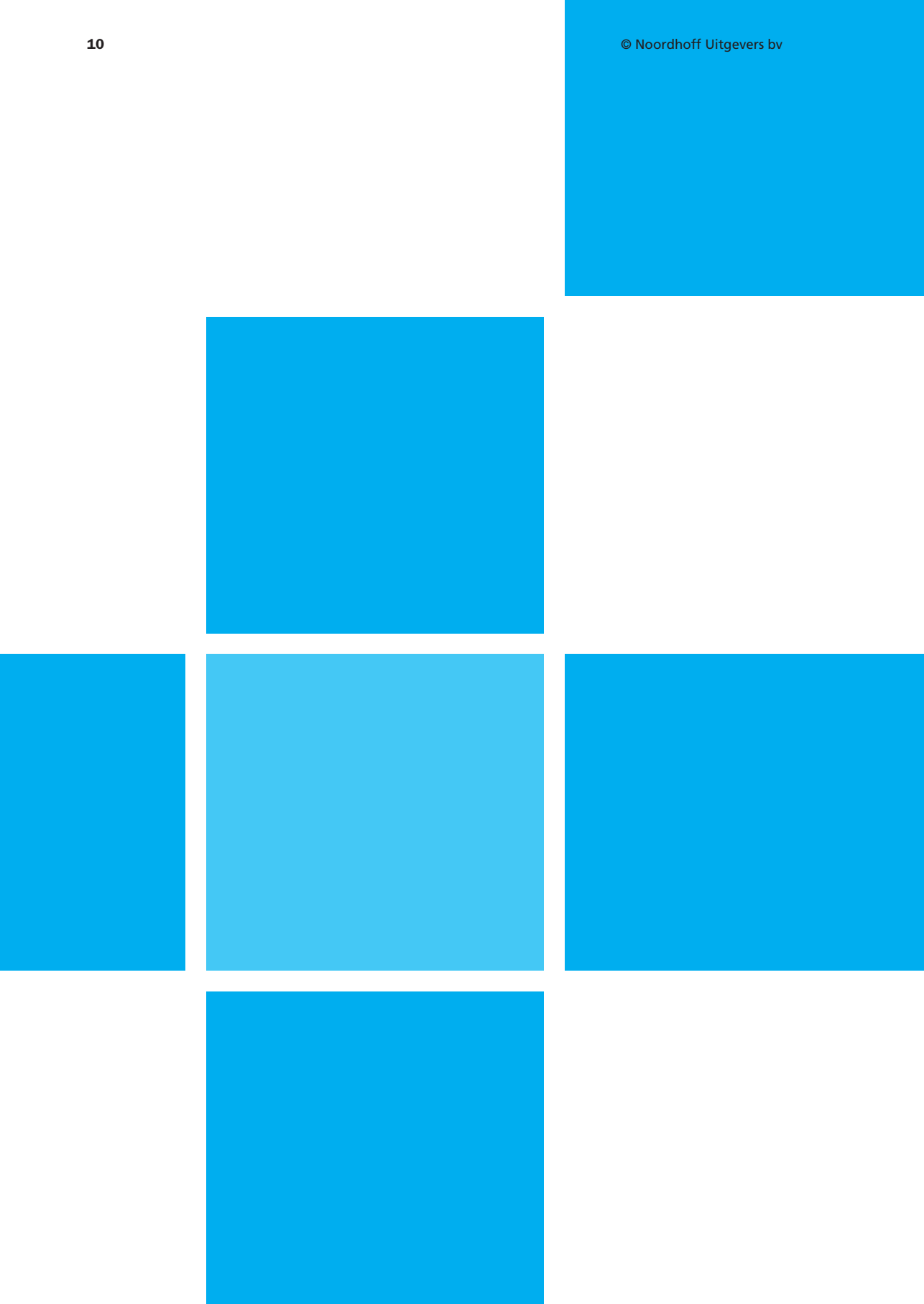
Websiteregister [460](#)

Inleiding

Ondernemingsrecht en faillissementsrecht bestrijkt het hele terrein van het ondernemingsrecht. Dit betekent dat alle rechtsvormen worden behandeld die ondernemingen kunnen houden. Het gaat dan niet alleen om de nv of bv maar bij voorbeeld ook om persoonsvennootschappen, verenigingen, stichtingen en – summier – Europese rechtsvormen.

In een boek dat primair gaat over ondernemingsrecht staat Boek 2 BW centraal. Daarnaast is er echter een groeiend aantal regels op het terrein van het ondernemingsrecht in andere wetten te vinden. Te denken valt daarbij onder meer aan de Faillissementswet, de Wet op het financieel toezicht en de Wet op de ondernemingsraden. In dit boek worden deze wetten behandeld.

De praktijk leert dat voor lezers een wettekst in veel gevallen pas gaat leven als de tekst wordt toegelicht met jurisprudentie of voorbeelden uit de praktijk. Het is daarom dat in dit boek is gekozen voor deze op de praktijk gerichte benadering. Ook de casus die zijn opgenomen aan het eind van elk hoofdstuk zijn veelal gebaseerd op de praktijk.



1

Onderneming en recht

- 1.1 Onderneming en Corporate Governance**
- 1.2 Ondernemingsrecht**
- 1.3 Rechtsvorm van de onderneming**
- 1.4 Buitenlandse rechtspersonen**
- 1.5 Handelsregister**
- 1.6 Handelsnaam**
- 1.7 Vindplaatsen en bronnen van het ondernemingsrecht**

In dit hoofdstuk wordt het ondernemingsrecht gedefinieerd en afgebakend tegenover andere rechtsgebieden. Het gaat om een eerste terreinverkenning. Allereerst worden de begrippen onderneming en Corporate Governance behandeld (par. 1.1). Vervolgens wordt ingegaan op de voornaamste deelgebieden en de plaats van het ondernemingsrecht binnen het privaatrecht (par. 1.2). Ook geeft dit hoofdstuk een opsomming van de verschillende rechtsvormen waarin een onderneming gedreven kan worden (par. 1.3). Bijzondere aandacht gaat daarbij uit naar de rechtsvormen met rechtspersoonlijkheid. Aangegeven wordt welke motieven een rol spelen bij de keuze van de rechtsvorm. Buitenlandse rechtspersonen worden daarbij kort aangeduid (par. 1.4). Tevens wordt een toelichting gegeven op het handelsregister (par. 1.5) en het gebruik van een handelsnaam (par. 1.6). Ten slotte worden de belangrijkste bronnen en vindplaatsen van het ondernemingsrecht vermeld (par. 1.7).

1.1 Onderneming en Corporate Governance

In een vrijmarkteconomie spelen de producenten van goederen en diensten een belangrijke rol bij het tot stand komen van het nationale inkomen. Die producenten noemen we in de regel ondernemers en de organisaties waarmee zij hun activiteiten realiseren ondernemingen.

Over het begrip onderneming is in de literatuur veel geschreven. De onderneming werd aanvankelijk gezien als een verzameling activa en passiva in een organisatorisch verband. Gaandeweg ontstond het besef dat een onderneming meer is dan een verzameling activa en passiva en dat juist het organisatorische verband aan de onderneming meerwaarde geeft. Zo is een bedrijf dat nog produceert bij verkoop in het algemeen meer waard dan een bedrijf dat stilligt en wordt geliquideerd. In faillissement zal een curator er dan ook alles aan doen om de onderneming – of een onderdeel daarvan – going concern te verkopen, zo nodig met een extra bankkrediet. In de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw werd ingezien dat de organisatorische verbanden van de onderneming niet alleen in stand worden gehouden door de kapitaalverschaffers (aandeelhouders) en het bestuur, maar ook door de werknemers. Dit leidde ertoe dat belangrijk werd gevonden om de factor arbeid te betrekken in de besluitvormingsprocessen van ondernemingen. Hierdoor, alsmede door de toegenomen omvang van de gemiddelde onderneming, ging men de onderneming beschouwen als een (rechts)instituut van eigen aard. De onderneming werd niet meer gezien als een organisatie waar uitsluitend de aandeelhouders en het bestuur het voor het zeggen hadden. De onderneming kwam hierdoor verder van de kapitaalverschaffers af te staan. Met name bij grote nv's en bv's werd de invloed van de aandeelhouders beperkt.

1.1.1 Toegenomen aandacht voor rekenschap

In Nederland kwam aan het begin van deze eeuw een einde aan het beperken van de invloed van de aandeelhouder op de besluitvorming. Die ontwikkeling viel samen met het feit dat in die periode ook een aantal zeer omvangrijke boekhoudschandalen bekend werden¹. Het bleek dat bedrijven aandeelhouders – soms jarenlang – een verkeerde voorstelling van zaken hadden gegeven over (de winstgevendheid van) hun activiteiten. Door de faillissementen die uit deze boekhoudschandalen voortvloeiden, leden niet alleen aandeelhouders grote verliezen, maar ontstond er ook veel 'maatschappelijke schade'. Mede tegen de achtergrond van deze schandalen groeide in Nederland het besef dat de positie van aandeelhouders versterkt diende te worden. De invloed van aandeelhouders op de besluitvorming in ondernemingen nam toe. Hierdoor gingen aandeelhouders zich anders gedragen; ze werden actiever in het uitoefenen van het stemrecht en lieten vaker van zich horen. Voor bestuurders betekende dit dat zij – meer dan voorheen – rekening gingen houden met wat aandeelhouders van hen verlangden.

De toegenomen aandacht voor de verantwoordelijkheid (accountability) van de ondernemingsleiding werd mede veroorzaakt door de hoge vlucht die grensoverschrijdend beleggen heeft gemaakt. Dit zogenoemde *cross border*

1 Spraakmakend waren in dit verband de boekhoudschandalen bij onder meer Enron, Parmalat, KPNQuest en Ahold.

Onderneming

Boekhoudschandalen

Aandacht voor verantwoordelijkheid

beleggen wordt met name mogelijk gemaakt door het internet. Sommige Nederlandse bedrijven hebben bovendien behalve in Amsterdam ook in New York of elders een beursnotering verkregen. In Angelsaksische landen ligt al van oudsher de nadruk op het vergroten van *shareholder value* als doel van de onderneming. Geen wonder dus dat Britse en Amerikaanse investeerders aandrongen op transparantie, *accountability* en zeggenschap binnen de onderneming. De Nederlandse wetgever kwam tegemoet aan deze wens.

Accountability
Zeggenschap

Als gevolg van deze ontwikkelingen is de belangstelling voor de onderneming tegenwoordig sterk gericht op de manier waarop zij wordt bestuurd. Gesproken wordt in dit verband over het opstellen van kwaliteitsnormen voor goed bestuur. In de praktijk wordt dit vaak aangeduid met de woorden Corporate Governance; de Engelse vertaling van het begrip goed ondernemingsbestuur. Het gaat daarbij in de kern om de vraag in hoeverre kapitaalverschaffers invloed kunnen uitoefenen op de ondernemingsleiding. Meer dan in het verleden wordt thans van ondernemers geëist dat de organisatiestructuur van de onderneming transparant is, dat zij de bereidheid hebben zich voor hun handelen tegenover de aandeelhouders te verantwoorden en de aandeelhouders zeggenschap te geven als cruciale beslissingen moeten worden genomen.

Corporate
Governance

Het zijn echter niet alleen boekhoudschandalen die de afgelopen jaren de aandacht trokken en de roep om transparantie versterkten. Ook de beloningen van bestuurders en de wereldwijde economische crisis die in 2008 ontstond na de val van de bank Lehman Brothers in de Verenigde Staten, leidden tot discussies over de vraag of de wijze waarop in het kapitalistische westen ondernemingen worden georganiseerd nog in alle opzichten past in deze tijd.

Beloningen
bestuurders

Duidelijk werd, dat aan de trend om bestuurders van (private en publieke) ondernemingen te belonen op grond van prestatie, ook negatieve kanten zaten. Bestuurders vertonen bij een prestatiebeloning de neiging vooral te kijken naar de korte termijn en het snelle voordeel omdat hun beloning daar van afhangt. Zij kijken hierdoor veel minder naar de gevolgen die hun besluiten hebben voor de lange termijn. Aandacht voor de lange termijn is echter van groot belang voor het voortbestaan van de onderneming. Van een beloning die gekoppeld is aan prestatie, blijkt soms een – niet bedoeld – corrumpierend effect uit te gaan. Incidenten zoals die zich recent in Nederland hebben voorgedaan bij onder meer de SNS bank, het Regionaal Opleidings Centrum Amaranis en de woningcorporaties Vestia en Rochdale konden mede ontstaan door de wijze waarop bestuurders werden beloond. Bij al deze organisaties vertoonde het bestuur megalomane trekken, werd het onvoldoende gecontroleerd en verloor men het zicht op de werkelijkheid. Dit alles met desastreuze gevolgen voor de organisaties waar men leiding aan gaf.

1.1.2 Activistische aandeelhouders

De macht en invloed van de aandeelhouders hebben in de afgelopen jaren ook meer gezicht gekregen met de komst van activistische aandeelhouders die hun krachten bundelen in zogenoemde hedge funds, ook wel private equity funds genoemd. Hedge funds zijn beleggingsinstellingen die proberen door invloed uit te oefenen (beursgenoteerde) fondsen beter te laten presteren, waardoor de aandelenkoers zal stijgen. Zij maken daarbij maximaal gebruik van de rechten die zij als aandeelhouder hebben. Overigens niet steeds tot genoegen van het bestuur van de vennootschap. Om een machtspositie in

de algemene vergadering te verwerven, lenen hedge funds soms aandelen van andere aandeelhouders. In feite bouwen zij in dat geval een positie op die niet correspondeert met hun economisch belang.

Nut hedge funds

Over het nut en de betekenis van deze hedge funds wordt verschillend gedacht. Enerzijds wordt gewezen op het belang om slecht presterende ondernemingen aan te sporen beter te presteren. Anderzijds wordt aandacht gevraagd voor de nadelen van het 'activisme' als dit vooral op het behalen van kortetermijnresultaten is gericht, of als de kosten voor de aankoop van de aandelen door het hedge fund, uiteindelijk door het 'slachtoffer' zelf worden betaald. Dit laatste overkwam de krantenuitgever PCM toen het private equity fund APAX in 2004 grootaandeelhouder werd. APAX betaalde voor zijn belang 337 miljoen euro. Na drie jaar trok APAX zich terug uit PCM en verkocht zijn belang voor 100 miljoen euro aan de oorspronkelijke verkoper van de aandelen, de Stichting Democratie en Media. Tijdens de drie APAX-jaren was het eigen vermogen van PCM – bij een stijgende omzet en een stijgend resultaat – van 268 miljoen euro positief in 2003 veranderd in 55 miljoen euro negatief in 2006. Voor APAX was het geen probleem om zijn belang in PCM met verlies te verkopen, omdat het eerder door dividenduitkeringen en terugbetaling van kapitaal al veel geld had ontvangen. Dit voorbeeld laat zien welke 'maatschappelijke schade' aandeelhouders (en bestuurders) kunnen aanrichten als zij vooral oog hebben voor het op korte termijn te behalen voordeel. Het is dan ook niet verwonderlijk dat naar aanleiding van deze kwestie – op verzoek van onder meer de Vereniging van Journalisten – door de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam een onderzoek is ingesteld naar het gevoerde beleid. Uit de uitspraak van de Ondernemingskamer blijkt dat er in dit geval op onderdelen sprake was van wanbeleid: ECLI:NL:GHAMS:2010:BM5928 (PCM). De algemene vergadering had het bestuur en de raad van commissarissen die bij de aandeletransacties met APAX waren betrokken, geen decharge mogen verlenen voor het door hen gevoerde beleid, aldus de Ondernemingskamer.

'Maatschappelijke schade'

1.1.3 Gedragscode voor deugdelijk ondernemingsbestuur

Op verzoek van onder andere de Vereniging van Effectenbezitters, de werkgeversorganisatie VNO-NCW en de ministeries van Financiën en Economische Zaken heeft de Commissie Corporate Governance in 2003 een gedragscode opgesteld voor deugdelijk ondernemingsbestuur. In de praktijk staat deze code bekend onder de naam Code Tabaksblat². In de code – die in 2008 is aangepast – worden onder meer met behulp van zogenoemde bestpracticebepalingen aanbevelingen gedaan voor deugdelijk ondernemingsbestuur. Het gaat om onderwerpen als de beloning van bestuurders, het vermijden van *conflicts of interest*, het aantal commissariaten dat één persoon mag vervullen, de onafhankelijkheid van commissarissen, de informatierechten van aandeelhouders en de verhouding tot de controlerend accountant. Een belangrijk uitgangspunt van de code is de 'pas toe of leg uit'-regel (*comply or explain*). Dit betekent dat van ondernemingen wordt verwacht dat zij de code in acht nemen. Volgt men de code (op onderdelen) niet, dan zijn het bestuur en de raad van commissarissen verplicht dit in het

Code Tabaksblat

2 Een met de Code Tabaksblat vergelijkbare buitenlandse – maar ook in Nederland bekende – regeling is de in de Verenigde Staten in 2002 ingevoerde Sarbanes-Oxley Act (SOx) die beursgenoteerde fondsen dwingt tot transparantie.

jaarverslag te motiveren. Ofschoon de code primair bestemd is voor beursgenoteerde ondernemingen, blijkt dat de gedragsnormen ook niet-beursgenoteerde bedrijven beïnvloeden. Zo kennen inmiddels ook veel andere organisaties, zoals woningbouwverenigingen en -stichtingen en onderwijsinstellingen hun eigen Corporate Governance Code die is gebaseerd op de Code Tabaksblat. De Code Tabaksblat is bij algemene maatregel van bestuur aangewezen als gedragscode als bedoeld in art. 2:391 lid 5 BW en is te vinden op www.commissiecorporategovernance.nl.

1.1.4 Toetsing van het beleid

Ten slotte wordt het beleid van een onderneming in toenemende mate ook getoetst aan principes en standaarden van (internationale) bedrijfsethiek. Men spreekt in dit verband wel van maatschappelijk verantwoord ondernemen, kortweg mvo. Het gaat daarbij om onderwerpen als de arbeidsomstandigheden waaronder de productie in – dikwijls – derdewereldlanden plaatsvindt, het handhaven van milieueisen en veiligheidsnormen, het onthouden van steun aan dictatoriale regieën, de bevordering van gelijke kansen voor mannen en vrouwen op de arbeidsmarkt en de bescherming van consumenten. Een belangrijke set aanbevelingen en regels die ondernemingen – zij het vrijwillig – in dit kader kunnen opvolgen, vormen de *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* (www.oecd.org). De OECD³ is een organisatie van landen die na de Tweede Wereldoorlog is opgericht om de hulp die het verwoeste Europa via het Marshallplan kreeg, te coördineren. De organisatie die gevestigd is in Parijs, houdt zich thans bezig met financieel-economisch onderzoek in de aangesloten landen.

Uit het voorgaande volgt dat vele belangen bij het reilen en zeilen van een onderneming zijn betrokken. Het is dus niet uitsluitend het aandeelhoudersbelang waar rekening mee moet worden gehouden; ook andere belangen tellen mee, zoals die van werknemers en schuldeisers en maatschappelijke belangen zoals een gezond milieu en de bevordering van mensenrechten. Men spreekt in dit verband wel van het *vennootschappelijk belang* als richtsnoer voor de ondernemingsleiding. De heersende opvatting is dat in het Nederlandse ondernemingsrecht de taakuitoefening door bestuurders en commissarissen daarop moet zijn gericht (art. 2:129 en 239 lid 5 BW, jo. art. 2:140 en 250 lid 2 BW). In de praktijk betekent dit dat het bestuur en de raad van commissarissen steeds inzicht moeten geven in de wijze waarop zij de verschillende belangen bij een bepaald besluit hebben betrokken en afgewogen. Het vennootschappelijk belang is daarom vooral een procedure- en motiveringseis.

Op grond van het voorgaande wordt een *onderneming* hier gedefinieerd als een zelfstandig opererende, op het privaatrecht gebaseerde, organisatie waarin kapitaal en arbeid samenwerken om (op een bij voorkeur verantwoorde wijze) deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer.

Zelfstandig opererende organisaties van kapitaal en arbeid die op het publiekrecht zijn gebaseerd, vallen niet onder deze definitie. De door de publiekrechtelijke lichamen geproduceerde goederen en diensten vloeien vaak uit de overheidstaak voort en worden daarom niet tot de activiteiten van een onderneming gerekend. Voorbeelden van dergelijke activiteiten zijn de brandweer, het openbaar onderwijs en de uitgifte van paspoorten. Het voor-

Maatschappelijk
verantwoord
ondernemen

Vennootschap-
pelijk belang

3 Organisation for Economic Co-operation and Development.

gaande betekent niet dat overheden geen op het privaatrecht gebaseerde ondernemingen kunnen bezitten. Zo is de Staat der Nederlanden aandeelhouder van de nv Nederlandse Spoorwegen en de nv Luchthaven Schiphol.

De deelname van de ondernemingen aan het maatschappelijk verkeer is primair bedoeld om inkomen te verschaffen aan de winstgerechtigden en de werknemers. Gelet daarop heeft deze deelname doorgaans een duurzaam karakter. Noodzakelijk is dat echter niet. Zo kan er sprake zijn van een onderneming als men ten behoeve van een bepaalde activiteit voor een bepaalde tijd een onderneming in het leven roept. Voorbeelden daarvan zijn de aannemer die voor de realisatie van een groot bouwproject samen met een andere aannemer tijdelijk een aparte onderneming opricht of de speciaal voor de organisatie van een concert opgerichte stichting die na afloop van het concert weer wordt geliquideerd.

1.1.5 Omschrijvingen van een onderneming

Bedacht moet worden dat behalve het in dit boek gebruikte ondernemingsbegrip nog andere omschrijvingen denkbaar zijn. Ook in de wet wordt het begrip onderneming soms min of meer uitgebreid verwoord of althans aangeduid. Zie bijvoorbeeld art. 2 Handelsregisterbesluit 2008, art. 7:662 lid 3 Burgerlijk Wetboek (BW) en art. 1 sub f Mededingingswet (Mw). Het in de wet gehanteerde ondernemingsbegrip moet steeds worden verklaard tegen de achtergrond van het doel van de betreffende regeling. Dit blijkt duidelijk uit art. 1 lid 1 sub c Wet op de ondernemingsraden (WOR). Voor het belang van medezeggenschap maakt het niet uit of werknemers arbeid verrichten bij een commerciële onderneming als Philips of een ideële organisatie als Greenpeace of een vakbond. Ook de rechtsvorm van de onderneming is van uit het oogpunt van medezeggenschap niet van belang.

In de WOR wordt de onderneming dan ook gedefinieerd als: 'elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht' (par. 16.2).

Het ondernemingsbegrip in de WOR strekt zich daarmee dus ook uit tot de overheid.

In art. 2 Handelsregisterbesluit 2008 wordt een onderneming omschreven als:

'een voldoende zelfstandig optredende organisatorische eenheid van één of meer personen waarin door voldoende inbreng van arbeid of middelen, ten behoeve van derden diensten of goederen worden geleverd of werken tot stand worden gebracht met het oogmerk daar materieel voordeel mee te behalen.'

Deze definitie lijkt op die van de WOR, maar entiteiten die niet het oogmerk hebben met hun activiteiten materieel voordeel te behalen vallen er niet onder, terwijl die entiteiten wel onder de reikwijdte van de WOR zouden kunnen vallen. Dit zou bijvoorbeeld in sommige gevallen voor vrijwilligersorganisaties kunnen gelden.

Naast het begrip onderneming gebruikt men in de praktijk (van het recht) ook de begrippen bedrijf en beroep. Het gebruik van deze begrippen berust vooral op historie en is overigens, ook juridisch, nauwelijks meer van enige betekenis. Voor het in het verleden veelgebruikte begrip bedrijf wordt thans in het algemeen het begrip onderneming gebruikt.

Met de beoefenaars van een beroep worden de zogenoemde vrije beroepsbeoefenaren bedoeld. Dit zijn de ondernemers die hun specialistische kennis in een onderneming exploiteren en als gevolg daarvan steeds persoonlijk betrokken zijn bij de activiteiten van de onderneming. Dit is onder andere het geval bij accountants, artsen, advocaten en notarissen. Overigens is het gebruikelijk geworden dat ook zij hun beroep via een rechtspersoon (par. 2.2) uitoefenen. Hun commerciële gerichtheid verschilt bovendien doorgaans niet met die van een gewone ondernemer.

Beoefenaars van
een beroep

1

1.2 Ondernemingsrecht

Ondernemingen nemen als zelfstandig opererende eenheden deel aan het maatschappelijk verkeer. Als gevolg hiervan houdt het recht zich met de onderneming bezig. De juridische belangstelling voor de onderneming is in de afgelopen jaren sterk toegenomen en aangenomen mag worden dat die belangstelling zal aanhouden. De integratie van de wereldeconomie en de Europese eenwording zijn hiervoor verklarende factoren.

Het recht dat zich met de onderneming bezighoudt, noemen we ondernemingsrecht. Oorspronkelijk was het ondernemingsrecht slechts een onderdeel van het vermogensrecht, in het bijzonder het verbintenissenrecht. Door de hiervoor genoemde institutionalisering van de onderneming, en mede onder invloed van de implementatie van EG-richtlijnen heeft dit recht echter een geheel eigen karakter gekregen. Op dit moment beschouwt men het ondernemingsrecht in het algemeen nog steeds als – in hoofdzaak – een specialisatie binnen het privaatrecht, maar wel met eigen, specifieke beginselen en systematiek. Binnen het ondernemingsrecht ontwikkelt het effectenrecht zich bovendien in snel tempo tot een belangrijk en omvangrijk deelgebied (par. 9.6 en 9.7). Hiermee stroomt ook een belangrijke component bestuurs- en strafrecht het ondernemingsrecht binnen. Ook heeft het ondernemingsrecht, zoals hiervoor aangegeven, raakvlakken met het medezeggenschapsrecht en het EG-recht.

Ondernemings-
recht

De termen ondernemingsrecht en vennootschapsrecht worden dikwijls door elkaar gebruikt. In dit boek wordt de term ondernemingsrecht gebruikt omdat daarin niet alleen de juridische vorm van de onderneming tot uitdrukking komt, maar ook haar ruimere karakter als samenwerkingsverband van de factoren kapitaal en arbeid in het maatschappelijk verkeer.

Vennootschaps-
recht

De voornaamste deelgebieden in het ondernemingsrecht zijn:

- 1 het recht voor samenwerkingsvormen zonder rechtspersoonlijkheid;
- 2 het rechtspersonenrecht;
- 3 het concernrecht;
- 4 het effectenrecht.

Hierna volgt een korte duiding en plaatsbepaling van deze deelgebieden. Voor een uitvoeriger behandeling wordt verwezen naar de betreffende hoofdstukken.

Ad 1 Het recht voor samenwerkingsvormen zonder rechtspersoonlijkheid
Commerciële samenwerking tussen verscheidene rechtssubjecten, maten, vennoten of partners genoemd, vindt plaats met het oog op de specifieke eigenschappen van elke vennoot. Die eigenschap kan gelegen zijn in talent, kennis, ervaring, voorhanden netwerk of financiële draagkracht.

Persoonsgebonden

Zij heeft veelal een persoonsgebonden (intuitu personae) karakter. De samenwerking gebeurt onder gemeenschappelijke naam en is dus voor iedereen kenbaar. Voorbeelden hiervan zijn de maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap. Deze samenwerkingsverbanden bezitten geen rechtspersoonlijkheid en zijn dus geen zelfstandige drager van rechten en plichten.

Ad 2 Rechtspersonenrecht

Het rechtspersonenrecht houdt zich voornamelijk bezig met de inrichting van de rechtspersoon (de bevoegdhedenstructuur), de rechtspositie van degenen die bij zijn interne organisatie zijn betrokken (de afbakening van de bevoegdheden van de organen) en van zijn optreden naar buiten (de vertegenwoordiging en de publicatie-eisen). Het rechtspersonenrecht is voor het grootste deel opgenomen in Boek 2 BW. Omdat in de praktijk de meeste ondernemingen door rechtspersonen in stand worden gehouden, valt een belangrijk deel van het ondernemingsrecht met het rechtspersonenrecht samen. Het ondernemingsrecht omvat echter ook (onderdelen van) het medezeggenschapsrecht, het effectenrecht en het insolventierecht en is in zoverre een ruimer begrip.

Een rechtspersoon is een juridische constructie en – wat gechargeerd uitgedrukt – weinig meer dan een stuk papier. Of zelfs dat niet eens altijd, als men denkt aan de zogenoemde informele vereniging die weliswaar bij een meerzijdige rechtshandeling wordt opgericht, maar waarvoor geen schriftelijke akte – laat staan notarieel verleden – is vereist (art. 2:26 BW).

Aan de constructie van rechtspersoonlijkheid zijn belangrijke praktische en juridische gevolgen verbonden. Om dat te kunnen begrijpen, moet bedacht worden dat de juridische denkwereld een geheel eigen begrippenapparaat hanteert. Zo maken we in het goederenrecht een onderscheid tussen rechtsobjecten en rechtssubjecten. Rechtsobjecten zijn voorwerpen van recht en rechtssubjecten zijn de dragers van rechten en plichten of, met andere woorden, de rechtssubjecten zijn 'de baas' over de rechtsobjecten. In het Nederlandse recht zijn alleen natuurlijke personen en rechtspersonen rechtssubject. Dieren bezitten geen rechtssubjectiviteit. Dit betekent dat, hoewel we een dier feitelijk als een levend wezen ervaren, het dier voor het recht met een object wordt gelijkgesteld, waardoor het bijvoorbeeld nooit de erfgenaam van enig vermogen zal zijn (art. 3:2a BW). Voor de rechtspersoon geldt dat echter niet. De wetgever heeft de rechtspersoon, dat 'stuk papier', tot rechtssubject verklaard, zodat het werknemers in dienst kan nemen, schulden kan maken, zaken in eigendom kan verkrijgen en zelfs strafbare feiten kan plegen. De rechtssubjectiviteit van de rechtspersoon berust uiteindelijk op een breed gedragen afspraak en feitelijke erkenning in de maatschappij. Zolang de overgrote meerderheid van de deelnemers aan het maatschappelijk verkeer zich aan die afspraak houdt, heeft de rechtspersoon rechtswerkelijkheid. De rechtspersoon en papiergeld hebben in zoverre veel gemeen. Zodra mensen hun vertrouwen in de rechtspersoon verliezen, wordt ook zijn rechtswerkelijkheid bedreigd. Daarom is het van belang dat vormen van misbruik van rechtspersoonlijkheid adequaat worden bestreden. De gelijkstelling in het recht van de rechtspersoon met een natuurlijk persoon gaat zelfs zover dat een rechtspersoon een beroep kan doen op het Europees verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) zoals blijkt uit de volgende uitspraak van de Hoge Raad.

Rechtsobjecten

Rechtssubjecten

Natuurlijk persoon

ECLI:NL:HR:1993:ZC9378 (Shipping)

Shipping bv heeft zonder vergunning afvalstoffen geloosd en werd daar door rechtbank en hof voor veroordeeld. In hoger beroep en in cassatie voerde de vennootschap aan dat art. 6 lid 1 van het EVRM is geschonden, omdat de vervolging en de daaropvolgende berechting van de vennootschap onredelijk lang heeft geduurd. De vennootschap vond het EVRM ook van toepassing op zichzelf. Uit een van de authentieke taalversies – de Franse – blijkt immers dat het verdrag toepasselijk kan zijn op rechtspersonen: de Franse rechtstaal onderscheidt *'personne morale'* (rechtspersoon) en *'personne physique'* (natuurlijk persoon). Het woord *'personne'* in het EVRM is dus een neutrale term die beide categorieën personen omvat. De Hoge Raad deelde dit standpunt en achtte art. 6 EVRM ook voor rechtspersonen van toepassing.

Ad 3 Concernrecht

In Boek 2 BW is het rechtspersonenrecht beschreven vanuit de optiek van de zelfstandig opererende rechtspersoon. Tegenwoordig nemen veel rechtspersonen feitelijk niet meer als een zelfstandig opererende eenheid deel aan het maatschappelijk verkeer. Vaak vormen zij een onderdeel van een groter economisch en organisatorisch geheel van rechtspersonen en/of personenvennootschappen onder centrale leiding. We spreken in dat geval van een concern of groep (art. 2:24b BW). Dit kan een multinational zijn, zoals Philips en Shell, maar ook een klein bedrijf waarbij alle aandelen uiteindelijk in één hand samen komen; het *eenmansconcern*.

Het concernrecht houdt zich bezig met de vraagstukken die ontstaan door de spanning die wordt opgeroepen door het feit dat een rechtspersoon voor het recht een zelfstandige eenheid is met een eigen vennootschappelijk belang, terwijl zij tegelijkertijd deel uitmaakt van een groter economisch geheel waaraan ze in de praktijk ondergeschikt is. Kortom, juridische veelheid versus economische eenheid. Veelal hebben deze vraagstukken betrekking op de financiële verslaggeving, de verdeling van de bevoegdheden in het concern, de positie van minderheidsaandeelhouders en de verhaalspositie van schuldeisers.

Hierbij komen onder meer de volgende, specifieke vragen aan de orde:

- Wanneer mag – of moet – een moedermaatschappij haar belang in een andere vennootschap geconsolideerd weergeven in haar eigen jaarrekening?
- Kan een dochtermaatschappij een beroep doen op de overschrijding van haar statutaire doel als zij zich voor de bankschulden van de moedermaatschappij hoofdelijk aansprakelijk moet stellen?
- In hoeverre is de moedermaatschappij bevoegd om aan het bestuur van de dochtermaatschappij concrete instructies te geven?
- Hoe moet in de jaarrekening een aandelenpakket gewaardeerd worden van een vennootschap waarin de moedermaatschappij invloed van betekenis heeft?
- In hoeverre is de moedermaatschappij aansprakelijk voor de schulden van de dochtermaatschappij?
- Kan een moedermaatschappij haar dochter als bestuurder vertegenwoordigen bij het aangaan van een concernkrediet en de verstrekking van zekerheid aan de bank?
- Is een aandeelhouder in de moedermaatschappij bevoegd om een enquêteonderzoek bij de dochter uit te lokken en andersom?

In tegenstelling tot landen als Duitsland, Portugal en Italië, kent Nederland geen aparte, systematisch opgezette concernwetgeving. In Boek 2 BW en

Concern
Multinational
Eenmansconcern

Geen aparte
concern-
wetgeving

in bijzondere wetgeving zoals in de WOR wordt slechts in een aantal artikelen met concernverhoudingen rekening gehouden. Concernrecht is dan ook voornamelijk in de jurisprudentie te vinden.

Ad 4 Effectenrecht

De regelgeving op het gebied van het effectenrecht is de afgelopen jaren explosief toegenomen. Het betreft een functioneel rechtsgebied dat zich dwars door alle traditionele rechtsindelingen beweegt. Zo omvat het publicatievoorschriften voor ondernemingen die effecten uitgeven of een bod doen op aandelen van een andere beursvennootschap. Voorts gelden er gedetailleerde publicatie- en kwaliteitseisen voor beleggingsinstellingen, banken, commissionairs en vermogensbeheerders, en regels om op de naleving van dit alles toezicht uit te oefenen. Ook rekent men tot het effectenrecht de toegenomen zorg- en informatieplichten van uitgevende instellingen, banken en effecteninstituten tegenover beleggers, en de eventuele aansprakelijkheid die daaruit kan voortvloeien. Ten slotte kent het effectenrecht ook een strafrechtelijke en bestuursrechtelijke component. Zo is de overtreding van effectenrechtelijke voorschriften, zoals het verbod op het gebruik van voorwetenschap en marktmanipulatie, zowel strafrechtelijk als administratief-rechtelijk gesanctioneerd.

De invloed van de Europese Unie op dit terrein is erg groot. Het merendeel van de Nederlandse effectenregelgeving heeft een Europese oorsprong. In 1999 publiceerde de Europese Commissie een Financial Services Action Plan om een volledig geïntegreerde markt voor financiële diensten binnen de EU te bereiken.

Financial
Services Action
Plan

1.3 Rechtsvorm van de onderneming

Ondernemingen nemen in een bepaalde rechtsvorm deel aan het maatschappelijk verkeer. Dit betekent dat een onderneming altijd met een bepaalde rechtsvorm is verbonden. Het omgekeerde is niet het geval; niet elke rechtsvorm oefent een beroep of bedrijf uit of houdt een onderneming in stand. Dit geldt met name voor verenigingen en stichtingen die weliswaar een onderneming in stand kunnen houden maar dit in de praktijk meestal niet doen. Van alle rechtsvormen die juridisch onderdak aan ondernemingen bieden, zijn de eenmanszaken en de besloten vennootschappen (bv's) getalsmatig de belangrijkste. Dit blijkt uit de gegevens uit het handelsregister dat wordt bijgehouden door de Kamer van Koophandel (www.kvk.nl).

Van de in het handelsregister vermelde rechtsvormen bezitten rechtspersoonlijkheid: de stichting, de vereniging, de besloten vennootschap (bv), de naamloze vennootschap (nv), de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij (owm), de publiekrechtelijke rechtspersonen, het kerkgenootschap, de vereniging van eigenaren (VvE), het Europees economische samenwerkingsverband (EESV) en de Europese vennootschap (SE). Buitenlandse rechtsvormen bezitten in de praktijk meestal eveneens rechtspersoonlijkheid. Het gaat daarbij dan vooral om de Franse société anonyme (SA) en de société à responsabilité limitée (SARL), de Duitse Aktiengesellschaft (AG) en Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), de Engelse Public Limited Company (plc) en de Private Limited Company (Ltd), de Amerikaanse incorporated (Inc.) en de Limited Liability Company (LLC).

1.3.1 Keuze van de rechtsvorm

De keuze voor de rechtsvorm van een onderneming is afhankelijk van feitelijke, economische, fiscale en privaatrechtelijke factoren. Zo kan de ondernemer besluiten om met anderen te gaan samenwerken en daarvoor een samenwerkingsovereenkomst aangaan in de vorm van een vennootschap onder firma (vof), een commanditaire vennootschap (cv) of een Europees economisch samenwerkingsverband. Een andere mogelijkheid is dat de ondernemer zijn eenmanszaak omzet in een bv. Afscherming van zijn privévermogen tegen schuldeisers vormt hiervoor een belangrijk motief. De omzetting van een eenmanszaak in een bv kan echter ook ingegeven worden door fiscale redenen of door de angst van de ondernemer dat zijn erfgenamen, vanwege ruzie over de erfenis, de onderneming liquideren en daarmee ook zijn levenswerk. Bij grotere ondernemingen speelt de economische factor vaak een rol als het gaat om de aard en de omvang van de financiering van de ondernemingsactiviteiten. Zo kan de algemene vergadering besluiten de bv om te zetten in een nv waardoor een 'gang naar de beurs' mogelijk wordt om zo nieuw eigen vermogen aan te trekken. Van het aan de beursgenoteerde Heineken-concern is bekend dat men destijds voor een concernstructuur heeft gekozen om enerzijds eigen vermogen aan te trekken maar anderzijds de beslissende invloed van de familie Heineken op het concern te behouden. De familie Heineken houdt daarom alle aandelen van de Zwitserse vennootschap L'Arche Holding SA die voor 50,005 procent aandeelhouder is van Heineken Holding nv die op haar beurt voor 50,005 procent aandeelhouder is van Heineken nv. De andere aandelen van deze laatste twee vennootschappen worden verhandeld op de beurs. De vraag of deze constructie getuigde van onjuist beleid, omdat zij een waarde drukkend effect op de aandelen zou hebben, werd door de Ondernemingskamer ontkennend beantwoord in ECLI:NL:GHAMS:2001:AD4646 (Heineken Holding).

Samenwerkings-
overeenkomst

1

Bij de beslissing over de juiste rechtsvorm van de onderneming speelt het al of niet bezitten van rechtspersoonlijkheid veelal de doorslaggevende rol. Als voor een rechtsvorm met rechtspersoonlijkheid wordt gekozen, gebeurt dat vaak op grond van de volgende overwegingen:

Rechtspersoon-
lijkheid

- In beginsel is alleen de rechtspersoon aansprakelijk voor de in het bedrijf aangegane verbintenissen en niet de handelende bestuurder.
- Het eigen vermogen van de rechtspersoon is goederenrechtelijk een afgezonderd vermogen dat in het algemeen niet uitwinbaar is voor privéschulden van de deelnemers daarin, zoals aandeelhouders en bestuurders.
- Door de rechtspersoonsconstructie komt de continuïteit van de onderneming minder in gevaar bij overlijden, ondercuratelestelling of faillissement van de deelnemers.

Onder invloed van Europese regelgeving zijn in Nederland de regels voor de vestiging van een onderneming sinds 2001 versoepeld. Dit betekent dat de vestiging van bedrijven in met name de sector dienstverlening niet meer aan een vestigingsvergunning is gebonden. Wel moeten bedrijven als ze zich ergens willen vestigen, voldoen aan eisen die betrekking hebben op veiligheid, gezondheidsbescherming en milieu; en ook blijft inschrijving in het handelsregister verplicht. Uitzondering hierop is de horeca. Voor de vestiging van een horecaonderneming is een speciale vergunning vereist die is gebaseerd op de Drank- en Horecawet.

1.4 Buitenlandse rechtspersonen

Behalve de eerder vermelde rechtspersonen opereren in Nederland ook rechtspersonen die opgericht zijn naar buitenlands recht. Soms is de buitenlandse rechtsvorm een min of meer toevallige bijkomstigheid als bijvoorbeeld een buitenlandse vennootschap een in Nederland gevestigde onderneming overneemt. Het komt echter ook voor dat in Nederland gevestigde ondernemers doelbewust kiezen voor een buitenlandse rechtsvorm voor hun onderneming. Het motief daarvoor was vaak het ontwijken van het als 'streng' ervaren Nederlandse ondernemingsrecht. Of dit argument na de invoering van het nieuwe bv-recht nog steeds geldt, valt te betwijfelen.

Het is voor een ondernemer tamelijk eenvoudig om zich in Nederland met een buitenlandse rechtsvorm te vestigen en daarmee deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer. Voor buitenlandse rechtspersonen geldt in Nederland namelijk het zogenoemde incorporatiestelsel. In dit stelsel worden buitenlandse rechtspersonen erkend als zij zijn opgericht in overeenstemming met het geldende buitenlandse recht (art. 1 van de Uitvoeringswet verdrag erkenning rechtspersoonlijkheid vreemde vennootschappen). Het incorporatiestelsel wijkt af van dat van sommige andere landen – zoals Duitsland – die buitenlandse rechtspersonen beoordelen aan de hand van het recht van het land waar de werkelijke zetel van de rechtspersoon is gevestigd. Hiermee wordt bedoeld op de plaats van waaruit de onderneming van de rechtspersoon feitelijk wordt bestuurd en geadmistreerd. Verplaatst bijvoorbeeld een Duitse vennootschap haar werkelijke zetel naar het buitenland, dan verliest ze daarmee haar rechtspersoonlijkheid naar Duits recht. Andersom geldt dit overigens niet. Het Europese Hof van Justitie heeft in een reeks uitspraken over het recht van vrije vestiging, zoals neergelegd in art. 43 jo. art. 48 van het EG-Verdrag, uitgemaakt dat een rechtspersoon die correct is opgericht volgens het recht van een EU-lidstaat als zodanig moet worden erkend in het gebied van een andere lidstaat.

Incorporatiestelsel

Recht van vrije vestiging

HvJ EG, 5 november 2002, NJ 2003, 58 (Überseering)

De aandelen in een Nederlandse bv – en daarmee haar feitelijke bestuur en administratie – zijn overgedragen aan in Duitsland gevestigde aandeelhouders. De bv start een rechtsgeding in Duitsland wegens wanprestatie bij de uitvoering van een aannemingscontract. De Duitse rechtbank verklaart de bv echter niet ontvankelijk, omdat zij naar Duits internationaal privaatrecht geen rechtspersoonlijkheid heeft en dus niet kan optreden als procespartij. De hoogste Duitse rechter, het Bundesgerichtshof, stelt ten slotte prejudiciële vragen aan het Europese Hof van Justitie. Het Hof antwoordt dat de weigering om de rechtspersoonlijkheid te erkennen van een buitenlandse (EU) rechtspersoon die haar werkelijke zetel naar Duitsland heeft verplaatst, *'regelrecht ingaat tegen de vrijheid van vestiging die de vennootschappen ingevolge de artikelen 43 EG en 48 EG toekomt'*.

Het recht van vrije vestiging beperkt een lidstaat ook om nadere eisen te stellen aan het functioneren van rechtspersonen uit andere EU-lidstaten binnen haar jurisdictie.

Om oneigenlijk gebruik van buitenlandse rechtspersonen tegen te gaan bepaalde de Nederlandse wetgever destijds dat, met handhaving van het incorporatiestelsel, een aantal regels van het Nederlandse ondernemingsrecht van toepassing is op sommige buitenlandse rechtspersonen. Het gaat dan

om kapitaalvennootschappen die zijn opgericht naar buitenlands recht en die hun werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verrichten en geen werkelijke band hebben met de staat van oprichting (art. 1 Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen). De wet verlangt onder meer dat deze 'formeel buitenlandse vennootschappen' zich ook als zodanig inschrijven in het handelsregister, dat zij hun jaarrekening openbaar maken en aan bepaalde minimum kapitaaleisen voldoen. In zijn uitspraak inzake Inspire Art oordeelde het Europese Hof echter dat deze wet, voor zover het gaat om eisen die niet reeds voortvloeien uit bestaande EG-richtlijnen, zoals de verplichte inschrijving als formeel buitenlandse vennootschap, in strijd is met de in het EG-Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging, aldus het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in HvJ EG, 30 september 2003, NJ 2004, 394 (Inspire Art).

Inmiddels is de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen aangepast en gelden de extra eisen niet meer voor kapitaalvennootschappen uit de Europese Unie (EU) of de Europese Economische Ruimte (EER). Partij bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte zijn de landen van de Europese Unie alsmede IJsland, Liechtenstein en Noorwegen.

1.5 Handelsregister

Ondernemingen nemen deel aan het maatschappelijk verkeer. Derden hebben er daarom belang bij te weten in welke rechtsvorm die onderneming aan het maatschappelijk verkeer deelneemt, wie de eigenaren en bestuurders van de onderneming zijn en wat de financiële positie van de onderneming is. Voor het antwoord op deze vragen kan men terecht bij het handelsregister. Dit register wordt sinds 1921 in stand wordt gehouden door de Kamers van Koophandel en Fabrieken. Deze kamers ontstonden aan het begin van de achttiende eeuw in Amsterdam en Rotterdam. In 1920 kende Nederland 36 regionale Kamers van Koophandel, verspreid over het hele land. In 2008 werd dit aantal teruggebracht tot twaalf. Met ingang van 1 januari 2014 is dit veranderd. De Wet op de kamers van koophandel en fabrieken 1997 is ingetrokken en vervangen door de Wet op de kamer van koophandel. In die wet zijn de tot dan bestaande Kamers van Koophandel, de vereniging Kamer van Koophandel Nederland en de stichting Syntens⁴ samengevoegd tot een organisatie met de status van een zelfstandig bestuursorgaan (zbo). Dit orgaan – de Kamer van Koophandel – blijft hetzelfde doen als wat de Kamers van Koophandel in het verleden deden maar heeft daarnaast twee nieuwe taken: innovatiestimulering en het beheer van de ondernemingspleinen. Deze (vijf) regionale pleinen vormen het loket waarbij personen die een onderneming drijven of overwegen een onderneming op te richten terecht kunnen voor aangelegenheden op het gebied van ondernemen en innovatie (art. 4 lid 2 Wet KvK).

De Kamer van Koophandel bestaat uit ten hoogste vijf leden die hun functie uitoefenen zonder last of ruggespraak (art. Wet 6 KvK). De leden worden be-

4 De stichting Syntens bestond sinds 1998 en had tot doel om door middel van het verstrekken van subsidie innovatie bij het MKB in Nederland te bevorderen. De stichting werd grotendeels gesubsidieerd door het ministerie van Economische zaken.

Centrale raad
Regionale raden

noemd door de minister van Economische Zaken. Naast de kamer is er ook een centrale raad (art. 9 Wet KvK) en zijn er regionale raden (art. 13 Wet KvK). Deze raden stellen meerjarenprogramma's en activiteitenplannen op die door de kamer worden vastgesteld (art. 17 en 18 Wet KvK). De raden hebben een adviserende taak (art. 22 en 23 Wet KvK) en bestaan uit vertegenwoordigers van werkgevers- en werknemersorganisaties en overige leden (art. 10 en 14 Wet KvK). Het is de bedoeling dat bij de kamer in toenemende mate digitaal wordt gewerkt. De jaarlijkse heffingen die bedrijven aan de kamer moesten betalen, zijn geschrapt. Dit levert voor het bedrijfsleven een besparing op van vele tientallen miljoenen euro's.

Basisregistratie

Aanvankelijk hielden de Kamers van Koophandel naast het handelsregister aparte registers voor ondernemingen, verenigingen en stichtingen bij. Deze registers zijn inmiddels samengevoegd (zie www.kvk.nl).

De instandhouding van het handelsregister is gebaseerd op de Handelsregisterwet 2007 (Hrgw 2007) en het Handelsregisterbesluit 2008. Het handelsregister is de basisregistratie van ondernemingen en rechtspersonen. In het handelsregister staan niet alleen ingeschreven eenmanszaken in de landbouw, vrije beroepsbeoefenaren, maar ook publiekrechtelijke rechtspersonen, zoals provincies en gemeenten. Het handelsregister is onderdeel van een stelsel van basisadministraties. Dit heeft onder meer als voordeel dat sommige gegevens door de Kamer van Koophandel niet bij betrokkenen behoeven te worden opgevraagd, maar ambtshalve kunnen worden aangebracht door raadpleging van een ander basisregister (art. 17 Hrgw 2007). De gedachte hierachter is dat de burger niet gevraagd wordt naar gegevens die al bij de overheid bekend zijn. Die gegevens worden authentieke gegevens genoemd. De gegevens die in de Hrgw 2007 worden genoemd zijn de authentieke gegevens en die in het Handelsregisterbesluit 2008 worden genoemd zijn de niet-authentieke gegevens. Deze verdeling heeft tot gevolg dat de gegevens die met betrekking tot één onderneming of rechtspersoon worden opgenomen in het register, deels in de wet en deels in het besluit staan. Voorbeelden van andere basisadministraties zijn het kadaster en de gemeentelijke basisadministratie.

Op grond van art. 30 Hrgw 2007 maken bestuursorganen bij de vervulling van hun taak gebruik van de gegevens die in het handelsregister over ondernemingen en rechtspersonen beschikbaar zijn. Heeft een bestuursorgaan gereede twijfel over de juistheid van een authentiek gegeven dat het verstrekt heeft gekregen uit het handelsregister, dan is het verplicht dit aan de Kamer van Koophandel te melden (art. 32 Hrgw 2007). Met deze maatregel wordt bevorderd dat in het handelsregister alleen juiste gegevens staan vermeld. Op grond van art. 41 Hrgw 2007 rust op de Kamer van Koophandel ook de plicht het handelsregister eens per drie jaar op juistheid te laten controleren.

Register aanpassen

De Kamer van Koophandel is niet lijdelijk met betrekking tot de inschrijving. De Kamer kan het register aanpassen (art. 34 Hrgw 2007) en zelfstandig besluiten een inschrijving te weigeren. Tegen deze besluiten kan bezwaar worden gemaakt op grond van de Algemene wet bestuursrecht (art. 35 Hrgw 2007).

Uittreksel

Het handelsregister is een openbaar register; eenieder kan tegen betaling (art. 50 Hrgw 2007) de gegevens van het handelsregister inzien of – bij voorkeur op elektronisch verzoek – een uittreksel daaruit verkrijgen (art. 21 en 21 Hrgw 2007). Niet alle gegevens zijn echter voor iedereen in te zien. Om te voorkomen dat de adresgegevens van personen misbruikt worden, is

er in art. 51 Handelsregisterbesluit 2008 voor gekozen de privéadressen van bestuurders en andere functionarissen af te schermen. De afscherming is echter niet absoluut, in die zin dat bijvoorbeeld advocaten, deurwaarders en notarissen het woonadres wel kunnen inzien. De afscherming heeft ook geen betrekking op de woonadressen van functionarissen van een informele vereniging en ook de bewaarders van de boeken en bescheiden van verenigingen van eigenaren zijn van deze afscherming uitgezonderd (art. 51 Handelsregisterbesluit 2008).

1.5.1 Inschrijving

Uitgangspunt van de wet is dat alle organisaties die deelnemen aan het economisch verkeer ingeschreven worden. Op grond van dat uitgangspunt is in art. 5 Hrgw 2007 een inschrijfplicht voor alle ondernemingen en in art. 6 Hrgw 2007 voor alle rechtspersonen opgenomen. Er kan daarbij sprake zijn van een onderneming die wordt gedreven door een natuurlijk persoon of een andere niet-rechtspersoon zoals een vof. De onderneming kan echter ook toebehoren aan een rechtspersoon. Daarbij moet niet uitsluitend gedacht worden aan nv's en bv's maar ook aan verenigingen en stichtingen en zelfs aan kerkgenootschappen. Daarnaast zijn er rechtspersonen die geen onderneming in stand houden; deze worden alleen als rechtspersoon ingeschreven. Anders dan in het verleden het geval was, zijn tegenwoordig publiekrechtelijke rechtspersonen verplicht zich in te schrijven in het handelsregister.

Of er sprake is van een onderneming wordt beoordeeld met behulp van de definitie van art. 2 Handelsregisterbesluit 2008. Daarbij wordt rekening gehouden met de omvang van de activiteiten en de omzet. Activiteiten van geringe omvang en met weinig omzet zullen in de regel niet als onderneming worden aangemerkt. Als aan een rechtspersoon een onderneming toebehoort die als zodanig moet worden ingeschreven, dan geldt de inschrijving van de onderneming tevens als inschrijving van de rechtspersoon (art. 7 Hrgw 2007).

Ondernemingen die toebehoren aan een buitenlandse rechtspersoon, die een hoofd- of een nevenvestiging in Nederland heeft of in Nederland wordt vertegenwoordigd door een gevolmachtigde handelsagent worden eveneens ingeschreven (art. 5 Hrgw 2007). De inschrijving van een informele vereniging is niet verplicht, maar berust op vrijwilligheid (art. 6 Hrgw 2007).

De inschrijving in het handelsregister geschiedt door de eigenaar van de onderneming of door de bestuurder van de rechtspersoon; zijn beiden niet in Nederland gevestigd, dan kan de inschrijving van de onderneming of de rechtspersoon geschieden door degene die in Nederland met de dagelijkse leiding is belast (art. 18 Hrgw 2007). De inschrijving kan ook geschieden door een door de eigenaar of de bestuurder aangewezen gevolmachtigde. Bij de eerste inschrijving in het handelsregister is dat in de praktijk vaak de notaris.

1.5.2 Inschrijfnummer

Bij de inschrijving in het handelsregister wordt aan de onderneming of de rechtspersoon een inschrijfnummer toegekend. Dit nummer is uniek. Ondernemingen en rechtspersonen, met uitzondering van rechtspersonen die geen onderneming in stand houden, zijn verplicht het inschrijfnummer op hun uitgaande brieven, offertes en facturen te vermelden (art. 27 Hrgw 2007). Hierdoor worden derden in staat gesteld snel informatie over de onderneming of de rechtspersoon uit het handelsregister op te vragen. Op

grond van art. 49 Hrgw 2007 zijn aan de eerste inschrijving in het handelsregister kosten verbonden.

1.6 Handelsnaam

De naam waarmee ondernemingen aan het handelsverkeer deelnemen is de handelsnaam van de onderneming (art. 1 Handelsnaamwet). Die naam is soms de naam van de eigenaar van de onderneming maar vaak ook heeft de handelsnaam daar niets mee te maken.

Voor ondernemingen is het bezit van een handelsnaam belangrijk; de handelsnaam staat voor de reputatie van de onderneming en niet zelden wordt bij verkoop van een onderneming extra geld voor de handelsnaam betaald. Er is dan sprake van goodwill. In de slag om de gunst van de kopers vertonen ondernemingen soms de neiging te willen profiteren van de handelsnaam van een ander. De Handelsnaamwet (Hnw) probeert deze praktijk te beteugelen (art. 3 Hnw). Niet altijd met succes. Procedures over het ten onrechte gebruiken van een handelsnaam zijn talrijk. De ondernemer die op de een of andere manier ten onrechte gebruik heeft gemaakt van de handelsnaam van een ander handelt onrechtmatig tegenover die ander en loopt daarmee het risico schadevergoeding te moeten betalen. Daarnaast is overtreding van de Handelsnaamwet strafbaar (art. 7 Hnw).

Goodwill

Merknaam

In de praktijk is een handelsnaam soms ook een merknaam. In dat geval wordt bij aantasting van die handelsnaam niet alleen gehandeld in strijd met de Handelsnaamwet maar ook in strijd met het merkenrecht en, wellicht in mindere mate, met het auteursrecht.

Naast de gedupeerde ondernemer kan ook de Kamer van Koophandel zich tot de rechter wenden met het verzoek de inbreuk op een handelsnaam te beëindigen (art. 6a Hnw).

1.7 Vindplaatsen en bronnen van het ondernemingsrecht

De wet is nog steeds de primaire bron van het ondernemingsrecht. Voor rechtspersonen is Boek 2 BW de belangrijkste vindplaats van het recht; voor niet-rechtspersonen het Wetboek van Koophandel (WvK) en Boek 7a BW. Daarnaast is voor het ondernemingsrecht onder meer van belang de:

- Faillissementswet (Fw);
- Handelsregisterwet 2007 (Hrgw 2007);
- Handelsnaamwet (Hnw);
- Europese richtlijnen;
- Europese verordeningen die rechtstreekse werking hebben;
- Wetten ter uitvoering van Europese verordeningen;
- Wet op de economische delicten (WED);
- Wet giraal effectenverkeer (Wge);
- Mededingingswet (Mw);
- Wet op het financieel toezicht (Wft);
- Besluit openbare biedingen Wft (Bob Wft);
- Wet op de ondernemingsraden (WOR).

Behalve in formele wetgeving is het ondernemingsrecht in toenemende mate ook in zogeheten *soft law* te vinden. Dit betreft gedragsnormen, die door of vanuit het bedrijfsleven zijn opgesteld en die al dan niet door de wetgever uitdrukkelijk worden ondersteund. Denk aan de eerdergenoemde Code Tabaksblat en de Fusiegedragsregels 2000 van de Sociaal-Economische Raad (par. 11.6).

Soft law

Een belangrijke rechtsbron van het ondernemingsrecht is ten slotte de rechtspraak, en wel in het bijzonder die van de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam (par. 14.1). Dit rechterlijk college heeft exclusieve bevoegdheid – soms in eerste instantie, soms in hoger beroep – bij een aantal belangrijke geschillen binnen of rond de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

Al naargelang hun belangrijkheid voor het ondernemingsrecht worden voorgaande regelingen meer of minder uitgebreid in dit boek behandeld.

Casus

1

- 1.1** De studenten Afred en Karel hebben een internetapplicatie ontwikkeld die miljoenen hits per dag en een grote naamsbekendheid oplevert. Zij steken er veel tijd en geld in, en de applicatie krijgt een aanzienlijke marktwaarde. Is er in dit geval sprake van een onderneming in de zin van de Hrgw 2007?
- 1.2** In Naaldwijk verhuurt de rooms-katholieke kerk regelmatig zalen aan derden.
- a** Is er sprake van een onderneming in de zin van de Hrgw 2007?
 - b** Is er sprake van een onderneming in de zin van de WOR?
 - c** Welke gegevens zijn over de rooms-katholieke kerk te Naaldwijk in het handelsregister te vinden?
- 1.3** De gemeente Amsterdam houdt een scholengemeenschap in stand die bestaat uit twee onderdelen die elk op een eigen locatie zijn gevestigd: één voor vmbo/havo en één voor vwo.
- a** Is er in dit geval sprake van een nevenvestiging als bedoeld in de Hrgw 2007?
 - b** Stel dat er in dit geval sprake is van een inschrijvingsplicht in het handelsregister. Wie schrijft dan welke gegevens over de scholengemeenschap in?
- 1.4** Een rechtspersoon in oprichting is bezig met het starten van een nieuwe onderneming. Een notaris wordt verzocht de oprichting voor te bereiden. Er kunnen ook reeds contracten worden afgesloten voor een bankrekening, nieuw briefpapier, de inkoop van goederen en de huur van een bedrijfspand.
- a** Is er in dit geval sprake van een onderneming in de zin van de Hrgw 2007?
 - b** Moet de rechtspersoon in de oprichtingsfase al worden ingeschreven in het handelsregister?
- 1.5** Is een informele voetbalvereniging die in de sportkantine drank en kleine snacks verkoopt, verplicht zich in te schrijven in het handelsregister?
- 1.6** Kan worden nagegaan – en zo ja op welke wijze – of alle verenigingen van eigenaren zich ook hebben ingeschreven in het handelsregister?
- 1.7** Is een vereniging van eigenaren een formele of een informele vereniging?
- 1.8** De handelsnaam van een onderneming is niet dezelfde als de naam van de rechtspersoon die de onderneming in stand houdt.
- a** Welke naam moet worden vermeld op het briefpapier van de onderneming?
 - b** Moet de handelsnaam worden ingeschreven in het handelsregister?
 - c** Kan een rechtspersoon meerdere handelsnamen gebruiken?

- 1.9** In het handelsregister worden ook bestuurders van rechtspersonen ingeschreven.
- a** Is in het handelsregister de identiteit van een bestuurder van een publiekrechtelijk rechtspersoon te achterhalen?
 - b** Is in het handelsregister voor een ieder te achterhalen waar een statutair bestuurder van een rechtspersoon woont?
 - c** Indien een rechtspersoon bestuurder is van een rechtspersoon, wordt in dat geval ook een natuurlijk persoon ingeschreven in het handelsregister?

