

HET MENU VAN RECHTSVORMEN IN HET (BUITENLANDSE) ONDERNEMINGSRECHT

Iris Wuisman*

Ondernemerschap staat hoog op de agenda van Nederland. Succesverhalen binnen de ondernemerswereld worden volop belicht. Daarnaast is er ook aandacht voor de voornaamste factoren die van belang zijn voor succesvol ondernemerschap. Faciliterende wet- en regelgeving behoort daartoe. Op welke wijze kan het juridische kader worden verbeterd zodat het meer ondersteunend is? Een discussie over het ondernemingsrecht en de rechtsvormen die het biedt, mag niet ontbreken. In het buitenland is het menu aan rechtsvormen inmiddels behoorlijk uitgebreid. Dient Nederland deze ontwikkeling te volgen?

1 Ondernemerschap en het ondernemingsrecht

Start-ups hebben het afgelopen jaar in Nederland veel (media)aandacht gekregen, met als kers op de taart het *Startup Fest* dat mede in het kader van het voorzitterschap van de Europese Unie in mei 2016 werd georganiseerd. Een week vol activiteiten op het gebied van ondernemerschap, met op het programma kopstukken als Tim Cook (Apple), Nathan Blecharczyk (Airbnb), Eric Schmidt (Alphabet), Travis Kalanick (Uber) en ook onze 'eigen' Neelie Kroes en prins Constantijn. Nederland streeft ernaar om de Silicon Valley van Europa te worden. Uit het actieplan 'Ambitieuze Ondernemerschap' blijkt dat de overheid ondernemers de ruimte wil geven en belemmeringen wil wegnemen om zodoende het volle potentieel van start-ups en ook scale-ups te kunnen benutten. Ondersteunende wet- en regelgeving is één van de belangrijkste factoren die hiervoor moeten zorgen.¹ Dat betekent onder andere ook faciliterend ondernemingsrecht met een aanbod van rechtsvormen die ondernemers ondersteunen om succesvol te zijn.

2 Rechtsvormkeuze

De keuze voor een rechtsvorm wordt over het algemeen gemaakt in de start-upfase waarin oprichters niet altijd even goed weten waarom ze voor een bepaalde vorm kiezen.² Indien zij gebruik maken van professionele adviseurs zijn er verschillende factoren die de doorslag kunnen geven voor het advies. Naast het soort activiteiten dat wordt uitgevoerd en de financieringsbehoefte, wordt in het kader van gradaties in de complexiteit van de rechtsvormen door de adviseurs gekeken naar de oprichters zelf (*sophistication*).³ Daarnaast speelt de ervaring

van de betreffende adviseur met de verschillende rechtsvormen een rol. Ook het type juridisch adviseur, zoals een accountant, een notaris of advocaat heeft invloed, omdat ieder van hen verschillende factoren belangrijk acht bij de rechtsvormkeuze.⁴

De overheid wil ondernemers de ruimte geven en belemmeringen wegnemen om zodoende het volle potentieel van start-ups en ook scale-ups te kunnen benutten

3 Karakteristieken van rechtsvormen

Rechtsvormen hebben een eigen unieke set met regels die de rechtsvormen bepaalde karakteristieken geven, die interne of externe werking hebben. Met karakteristieken bedoel ik bijvoorbeeld rechtspersoonlijkheid, de beperking van aansprakelijkheid, de dubbele rol van participant en bestuurder of de gescheidenheid daarvan, persoonsgebondenheid, beheersing door regeland recht of dwingend recht, aandelen- of ledenstructuur en de kwalificatie als zelfstandig of transparant belastingsubject. Bepaalde karakteristieken vinden wij terug bij verschillende rechtsvormen, waardoor zij overeenkomsten kennen en in bepaalde gevallen zelfs identieke regels. Hierdoor zijn in veel jurisdicties over het algemeen goed te onderscheiden categorieën van rechtsvormen te vinden, zoals de kapitaalvennootschappen aan de ene kant en de personenvennootschappen aan de andere kant.

* Prof.dr.irs. I.S. Wuisman is hoogleraar ondernemingsrecht aan de Universiteit Leiden.

- Ministerie van Economische Zaken, 'Ambitieuze Ondernemerschap. Een agenda voor startups en groeiers', Kamerbrief van minister Kamp, 17 maart 2014, www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/ondernemen-innovatie/documenten/kamerstukken/2014/03/17/kamerbrief-over-beleid-voor-ambitieuze-ondernemers, geraadpleegd augustus 2016.
- E.H. Franklin, 'A Rational Approach to Business Entity Choice', *Scholarly Work* 2016, Paper 982 en A. Martin-Rhodes e.a., 'Law Firms' Entity Choices Reflect Appeal of Newer Business Forms', *Law Firm Organization* 2014, afl. jul./aug., p. 16-23. Dat geldt ook voor advocaten die een rechtsvorm kiezen voor hun kantoor: G. Gluzman & S. Fortney, 'Understanding & Securing the LLP Shield in New York', *Legal Ethics Reporter* 2015, www.newyorklegaethics.com/understanding-securing-the-llp-shield-in-new-york-part-1/, geraadpleegd augustus 2016.
- Bij het vaststellen van het niveau van *sophistication* van oprichters wordt gekeken naar onder andere de ervaring in ondernemen, het opleidingsniveau en het soort opleiding, het vermogen om noodzakelijke opdrachten uit te voeren, het vermogen om te luisteren naar het advies van de adviseurs en het verrichte voorbereidende werk voordat het contact met de adviseurs plaatsvindt. Zie: E.S. Blair & T.M. Marcum, 'Heed Our Advice: Exploring How Professionals Guide Small Business Owners in Start-Up Entity Choice', *Journal of Small Business Management* 2015, afl. 1, p. 249-265.
- Blair & Marcum 2015, p. 249-265.

Menukaart La Compagnie

om mee te beginnen

start-up.....	4,00
scale-up.....	4,00

nederlandse rechtsvormen

<i>zonder rechtspersoonlijkheid</i>	
eenmanszaak.....	
vennootschap onder firma.....	7,00
commanditaire vennootschap.....	9,00
maatschap.....	9,00
<i>met rechtspersoonlijkheid</i>	
besloten vennootschap.....	
naamloze vennootschap.....	10,00
vereniging.....	11,00
coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij.....	8,00
stichting.....	9,00
	8,00

buitenlandse rechtsvormen

limited liability partnership (verenigde staten).....	12,00
limited liability company (verenigde staten).....	12,00
benefit corporation (verenigde staten).....	12,00
community interest company (groot-brittannië).....	12,00
société coopérative d'intérêt collectif (frankrijk).....	12,00
cooperative sociali di tipo a (italië).....	12,00
cooperative sociali di tipo b (italië).....	12,00
cooperativa de solidariedade social (portugal).....	12,00
koinsep (griekenland).....	12,00
societate civilă profesională cu răspundere limitată (roemenië).....	12,00
spółka partnerska (polen).....	12,00
partnerschaftsgesellschaft (mit beschränkter berufshaftung) (duitsland).....	12,00

stel zelf je rechtsvorm samen uit de volgende karakteristieken*

rechtspersoonlijkheid
beperking van aansprakelijkheid
contractuele basis voor de samenwerking
dubbele rol van de participant
persoonsgebondenheid

beheersing door regelend recht
beheersing door dwingend recht
aandelenstructuur
ledenstructuur
fiscale transparantie

* Basis € 5,00 + € 2,00 per karakteristiek, maximaal 4 karakteristieken per rechtsvorm

4 Nieuwe rechtsvormformules

Bepaalde combinaties van karakteristieken, zoals beperking van aansprakelijkheid en een contractuele basis voor de samenwerking beheerst door regend recht, worden in sommige jurisdicties niet aangeboden. Om toch het effect van deze gewenste – maar niet bestaande – combinatie te bewerkstelligen worden vennootschapsconstructies gecreëerd. Anderen kiezen ervoor om de bestaande 'suboptimale' rechtsvorm te behouden of een alternatieve rechtsvorm aan te nemen die eigenlijk ook niet goed past. In verschillende jurisdicties is als gevolg hiervan het menu aan rechtsvormen sinds eind van de jaren negentig aanzienlijk uitgebreid door het maken van nieuwe gewenste combinaties van karakteristieken van de rechtsvorm. Het zijn als het ware nieuwe rechtsvormformules. Die worden enerzijds gecreëerd door bestaande categorieën rechtsvormen uit te breiden met de optie van een nieuwe karakteristiek ('een nieuwe smaak') en anderzijds door geheel nieuwe categorieën rechtsvormen in het leven te roepen ('een nieuw product'). Een belangrijke nieuwe combinatie is die van beperkte aansprakelijkheid, contractuele flexibiliteit en een transparante belastingbehandeling.⁵ Die samenstelling is zowel door middel van nieuwe smaken als door nieuwe producten tot stand gekomen. Enerzijds door toekenning van een vorm van beperkte aansprakelijkheid aan bepaalde personenvennootschappen, zoals de *Limited Liability Partnerships* (LLP). Deze rechtsvormen worden beheerst door het personenvennootschapsrecht aangevuld met speciale LLP-regels. Anderzijds door de introductie van rechtsvormen zoals de *Limited Liability Companies* (LLC), die geen onderdeel zijn van een bestaande categorie, zoals de kapitaalvennootschappen of personenvennootschappen, maar een geheel nieuwe categorie vormen.⁶ Binnen de categorie LLC's zijn inmiddels ook weer nieuwe smaken ontstaan, zoals de *single-member LLC* en *L3C's* voor lowprofitbedrijven (zie kader 'De L3C'). Deze laatste rechtsvorm past in de ontwikkeling dat – naast rechtsvormen die openstaan voor allerlei soortige activiteiten – ook gekozen is om rechtsvormen speciaal te ontwikkelen voor bepaalde sectoren, activiteiten of initiatieven, zoals

de *social enterprises*⁷ en de non-profitsector. Aan organisaties die een maatschappelijk doel nastreven staan allerlei nieuwe vormen ter beschikking, zoals de *community interest company* (Verenigd Koninkrijk), de *benefit corporation* (Verenigde Staten), de *société coopérative d'intérêt collectif* (Frankrijk), de *cooperative sociali di tipo A* en *cooperative sociali di tipo B* (Italië), de *cooperativa de solidariedade social* (Portugal) en de *koinSEP* (Griekenland). Een andere doelgroep waarvoor specifieke rechtsvormen in het leven zijn geroepen, is het vrije beroep.⁸ Dit betreft onder andere de *LLP* (New York), de *societate civilă profesională cu răspundere limitată* (Roemenië), de *spółka partnerska* (Polen) en de *Partnerschaftsgesellschaft* al dan niet *mit beschränkter Berufshaftung* (Duitsland).

5 Uitbreiding van het Nederlandse menu van rechtsvormen?

Dient het Nederlandse ondernemingsrecht ook verrijkt te worden met vergelijkbare rechtsvormen? Bij de sociale ondernemingen is de wens van herkenbaarheid van met name de doelstelling waarmee de onderneming wordt gedreven (bijvoorbeeld geen winstmaximalisatie) of het soort activiteit van belang. Het is de vraag of deze herkenbaarheid reden genoeg is om het Nederlandse menu van rechtsvormen uit te breiden. Uit een recente brief van minister Asscher blijkt dat het kabinet samen met de SER niet overtuigd is dat het wenselijk is om een aparte rechtsvorm voor sociale ondernemingen te introduceren.⁹ De sector zou zelf een soort 'label' kunnen ontwikkelen. Dit label is volgens de SER een tussenvorm tussen een nieuwe rechtsvorm en een keurmerk. De idee is dat maatschappelijke initiatieven bij de notaris een 'bijzonder statuut' kunnen verkrijgen als ze aan bepaalde criteria voldoen. Vervolgens zouden aan het bezit van een dergelijk statuut juridische consequentie verbonden kunnen worden. Welke dit zijn, is nog onduidelijk.¹⁰ Afbakeningsproblematiek van de doelgroep is een belangrijke reden voor de keuze van deze route. Afbakeningsmoeilijkheden bestaan ook bij specifieke rechtsvormen voor het vrije beroep. Het onderscheid tussen beroep en bedrijf vervaagt.¹¹ Deze problematiek speelt veel minder als het gaat om rechtsvormen die de gewenste combinatie van beperkte aansprakelijkheid, flexibiliteit in de vormgeving van de interne organisatie en transparante belastingbehandeling bieden en die algemeen beschikbaar worden gesteld. Het feit dat ondernemers en adviseurs constructies met verschillende rechtsvormen optuigen om deze gewenste combinatie van karakteristieken te creëren, lijkt mij onwenselijk. Het bloed kruipt echter waar het niet gaan kan. Het ondernemingsrecht zou dan ook meer faciliterend kunnen zijn door een rechtsvorm te introduceren die deze gewenste combinatie biedt. Het kan bijdragen aan de doelstelling van Nederland om ondernemers meer ruimte te geven omdat een uitgebreidere keuze van rechtsvormen wordt geboden. In het kader van de huidige ontwikkelingen en het debat rondom start-ups en ondernemerschap, zou de uitbreiding van het menu van rechtsvormen met deze variant meer aandacht verdienen.

5 Jurisdicties waarin deze combinatie voorkomt, zijn onder andere de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk, Belize, Canada, China, Dubai IFC, Duitsland, Gibraltar, Guernsey, Hong Kong, India, Jersey, Kenya, Maleisië, Polen, Roemenië, Singapore en Qatar FC.

6 Zowel de LLP's als de LLC's worden geschaard in de groep 'nieuwe rechtsvormen' maar zij verschillen dus wezenlijk van elkaar vanwege het feit dat de één onderdeel vormt van een groep bestaande rechtsvormen terwijl de ander volledig nieuw is. T.E. Rutledge, 'Let's Stop Describing LLCs as "Hybrids"', *Journal of Passthrough Entities* 2014, afl. sep./okt., p. 33-38.

7 Zie T.E. Lambooy, "Maatschappelijk" ondernemen: begripsbepaling en ontwikkelingen; in: B.F. Assink et al. (red.), *De toekomst van het ondernemingsrecht. Het ondernemingsrecht van de toekomst*. Opstellen voor Prof. mr. L. (Vino) Timmerman, ter gelegenheid van zijn 65ste verjaardag en 25+ jaar hoogleraarschap, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 281-313.

8 Zoals de Professional Limited Liability Company, de Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung en de Limited Liability Partnership. De Verenigde Staten is in het aanbieden van rechtsvormen voor bepaalde categorieën personen en activiteiten enigszins doorgeslagen. Zie voor een overzicht van rechtsvormen in de Verenigde Staten: Franklin 2016, Paper 982, Appendix.

9 Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 'Kabinetsreactie SER-advies Sociale ondernemingen', 1 juli 2016, p. 6, www.rijksoverheid.nl/kamerstukken/2016/07/01/kamerbrief-met-kabinetsreactie-ser-advies-sociale-ondernemingen, geraadpleegd augustus 2016.

10 SER, 'Sociale ondernemingen: een verkennend advies', Den Haag: Sociaal-Economische Raad 2015, p. 106.

11 Asser/Maeijer, 5-V, nr. 19, Asser/Van Olfen 7-VII, nr. 19; V.A.E.M. Meijers & A.L. Mohr, *Van personenvennootschappen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 48 en 49; J.B. Huizink, *Contractuele samenwerkingsvormen in beroep en bedrijf*, Deventer: Kluwer 2011, p. 21; W.J. Slagter/B.F. Assink, *Compendium Ondernemingsrecht, Deel (II)*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1876; J.J.A. Hamers & L.P.W. van Vliet, *Inleiding Personenvennootschappen*, Den Haag: BJu 2012, p. 59 en Chr. Stokkermans, 'Rechtsvormkeuzevrijheid in beroep en bedrijf', *WPNR* 2016/7109, p. 405-413.

De L3C

De L3C-wetgeving is voor het eerst aangenomen in Vermont en in 2008 in werking getreden. Op 31 juli 2014 werd deze vorm aangeboden in negen staten (Illinois, Louisiana, Maine, Michigan, North Carolina, Rhode Island, Utah, Vermont en Wyoming) en waren er 1.051 L3C's in de VS (zie hiervoor: http://ssir.org/articles/entry/benefit_corporation_and_l3c_adoption_a_survey). Inmiddels is de wetgeving voor de nieuwe L3C ook weer ingetrokken door de staat North Carolina (D. Batey, 'North Carolina becomes the first state to drop L3Cs', *LLC Law Monitor* 9 juli 2013, www.llclawmonitor.com/2013/07/articles/low-profit-llcs/north-carolina-becomes-the-first-state-to-drop-l3cs/). Zie voor uitleg over deze vorm onder andere J.A. Pearce & J.P. Hopkins, 'Regulation of L3Cs for Social Entrepreneurship: A Prerequisite to Increased Utilization', *Nebraska Law Review* 2013, afl. 2, p. 259-288.