

Ondernemingsrecht en de *i*-samenleving: *mind the gap, take the next step*²

Ondernemingsrecht 2014/87

De *i*-samenleving waarin eigen verantwoordelijkheid, keuzevrijheid en co-creatie centraal staan, eist bijpassend ondernemingsrecht. In onze geïndividualiseerde en geprofessionaliseerde samenleving maakt het individueel ondernemerschap een ongekende opmars door. Dat weerspiegelt zich in het grote aantal zzp-ers op dit moment, dat het traditionele werkgever- en werknemerschap aan het verdringen is. Daarnaast heeft de samenleving te maken met een terugtrekkende overheid die verantwoordelijkheid en zorg bij de burger teruglegt. En zo wordt van de individuele burger in toenemende mate eigen ondernemerschap gevraagd. De juridische vormgeving van het ondernemerschap dient aan te sluiten op deze ontwikkelingen.

Om op de complexe vraagstukken en de behoefte aan zorg een antwoord te kunnen geven, is samenwerking nodig. Bij zzp-ers is dat al een bekend gegeven. Samen nemen ze werk aan waardoor ze grote en kleine opdrachten aan kunnen. Voor de zelfverantwoordelijke burger is dat niet anders. Samen zorg organiseren geeft zekerheid dat die zorg er voor ieder individueel ook zal zijn. Moderne persoonsgebonden samenwerkingsvormen zijn verbanden tussen zelfstandige individuen en vragen flexibiliteit en verantwoordelijkheid voor alleen de eigen inbreng. Want modern samenwerken is niet meer synoniem met aansprakelijkheid voor elkaar. Burgerinitiatieven bevinden zich in een spanningsveld van maatschappelijke belangen en commerciële verdienmodellen. Zij hebben behoefte aan herkenbaarheid van hun gewaarborgde principes naar buiten toe. Het Nederlandse ondernemingsrecht faciliteert deze vormen van ondernemerschap onvoldoende. Ook de recent geïntroduceerde Flex-bv voldoet niet.

Het Verenigd Koninkrijk is vergevorderd met de ondersteuning van burgerinitiatieven. Oplossingen voor de herkenbaarheid kunnen gevonden worden in wettelijke regelingen, maar ook via certificering. Voor de samenwerkende zzp-ers kan de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid zoals die elders in Europa en de Angelsaksische landen voorkomt, een uitkomst bieden. De formele wetgever en de rechterlijke macht dienen zich meer bewust te zijn van het effect van de *i*-samenleving op aansprakelijkheidskwesties in persoonsgebonden samenwerkingsvormen.

¹ Prof. mr. drs. I.S. Wuisman is hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Universiteit Leiden.

² Tekst van de oratie die de auteur op 7 juni 2013 aan de universiteit Leiden uitsprak.

1. Inleiding

Toekomstige studenten *International Business Law* vragen mij tijdens de voorlichtingsdagen dikwijls of ze moeten kunnen rekenen om deze primair juridische studie te kunnen voltooien. Als ik hen dan de vraag stel: wat denk je zelf? Dan is het antwoord veelvuldig dat ze op internet hebben gelezen dat vakken, zoals *Principles of Economics* en *Business Accounting* aardig veel met cijfers te maken hebben. Ik zeg dan dat elke goede jurist twee essentiële nieuwe rekenkundige beginselen in ieder geval moet begrijpen en moet kunnen toepassen. De eerste is dat één plus één drie is. Het tweede is dat als je niet kan delen, je toch kan vermenigvuldigen. Dat is ook voor u misschien even wennen.

Aan deze twee nieuwe beginselen besteed ik graag wat nadere aandacht in het kader van de kleine persoonsgebonden ondernemingsvormen. Dat doe ik door de beginselen te bespreken tegen de achtergrond van de maatschappelijke ontwikkelingen die ten grondslag liggen aan recente veranderingen in de samenleving, in de vormen van omgang met elkaar en in de onderlinge samenwerking. Het gaat dan allereerst om de individualisering met de daarbij behorende informalisering, keuzevrijheden en toename van persoonlijke aansprakelijkheid. Daarnaast om de digitalisering met bijbehorende collectieve intelligentie en netwerken. Wat betekenen deze ontwikkelingen voor het ondernemingsrecht? Ik neem u mee langs mogelijke discrepanties (*gaps*) tussen deze maatschappelijke ontwikkelingen en het ondernemingsrecht en tussen de verschillende rechtsvormen die het Nederlandse ondernemingsrecht voor persoonsgebonden samenwerking kent.

2. De *i*-samenleving

Ook u bent er intussen in meegezogen. Sinds het begin van de eenentwintigste eeuw leven we in een wereld van aanduidingen die beginnen met de letter *i* oftewel het Engelse *i*. Het begon met de *ipod*, de *imac* en de *iphone*, maar de aanduiding van producten, activiteiten en organisaties met beginnend met '*i*', werd al snel een integraal onderdeel van onze maatschappij. Zo hebben we nu bijvoorbeeld ook een *i*-overheid en een *i*-university. En tikt u maar eens de term *i*-oratie in *google* in. Toen ik dit tijdens het schrijven zelf uitprobeerde, kwam tot mijn verbazing de aankondiging van mijn eigen oratie in de top drie van hits voor. De door Apple ingezette trend om productnamen te laten beginnen met '*i*' staat symbool voor de opkomst en aanwezigheid van de ik-cultuur (of *i*-samenleving) in combinatie met de digitale en technologische revolutie (*ICT*-revolutie). De '*i*' staat symbool voor de huidige individualisering, informalisering en digitalisering.

Sinds de jaren zestig is de samenleving liberaler geworden met toenemende aandacht voor het individu. De verzor-

gingsstaat van de jaren '70 is in rap tempo veranderd in een activerende participatiemaatschappij,³ waarin steeds meer wordt overgelaten aan individuen zelf. De opkomst van de in Nederland nog niet zo bekende burgerinitiatieven bij de uitoefening van publieke verantwoordelijkheden is daarvan een uiting.⁴ Deze trend weerspiegelt zich in de eigen verantwoordelijkheid als kernwaarde in het huidige overheidsbeleid. Die waarde heeft zich vertaald in een verzameling instrumenten die de eigen positie van de burger centraal stelt, zoals vraagsturing, eigen risico's en marktwerking.⁵ De staat doet een stap terug ten gunste van de vrije markt en de individuele verantwoordelijkheid. Individuen hebben daardoor steeds meer vrijheid om eigen keuzes te maken. Ons dagelijks leven is vol met het maken van die keuzes uit een veelvoud van opties. Als je vroeger ergens een kopje koffie ging drinken dan bestelde je een kopje koffie met misschien wat melk en suiker erbij. Als je nu een kopje koffie gaat drinken, kom je in een heus 3D keuzemenu terecht. Een kleine, medium of grote beker kiezen gaat nog wel, maar dan komt de keuze uit cappuccino's, cafe latte's, cafe mocha's, latte macchiato's, frappuccino's, in iced versies en skinny versies. En dan heb je sinds kort ook nog de keuze voor het soort koffiebonen met weer verschillende soorten brandingen en bovendien heb je ook nog verschillende toppings. Ik heb het niet uitgerekend maar een leek kan zien dat legio combinaties mogelijk zijn. Zo is het intussen ook met de keuzen in het maatschappelijk verkeer.

Voor de jongere generaties is de keuzevrijheid als vanzelfsprekend. De generatie Y, waartoe ik behoor, weet niet beter.⁶ De wereld ligt voor je open en door de vele mogelijkheden

ben je vrij om je eigen idealen te verwezenlijken. Een mooi voorbeeld daarvan zijn de 'slashers'. *Slashers* zijn mensen die ervoor kiezen om niet één enkele arbeidsrelatie aan te gaan, maar in verschillende hoedanigheden economisch actief te zijn. Zij hebben bijvoorbeeld een vaste baan voor een aantal dagen en werken de rest van de week als zelfstandige aan diverse projecten. Werknemer slash ondernemer. De groei van het aantal zzp'ers is een teken van de mobiliteit tussen baan en ondernemerschap.⁷ Kenmerken en waarden die de generatie Y belangrijk vinden, zijn zelfontplooiing, afwisseling, inspraak, waardering, uitdaging, autonomie/zelfstandigheid, vrijheid en flexibiliteit. Dit geldt echter niet alleen voor generatie Y. Ook eerdere generaties zoals generatie X en de *baby-boom* generatie adopteren deze voorkeuren graag. Het verschil is dat zij destijds niet de digitale middelen hadden om effectief en breed invulling te geven aan hun wensen. De Y-generatie heeft die wel en geeft invulling aan wat sociale innovatie wordt genoemd.⁸ Die heeft gevolgen voor de werkverhoudingen die wij hebben en de wijze waarop wij ons organiseren. Ook binnen traditionele organisaties zijn de veranderingen in het werknemerschap te zien. Van werknemers wordt het nemen van verantwoordelijkheid en een ondernemende houding verwacht. De hiërarchische ordening vervlakt met het verdwijnen van het autoritaire model. Verticale gezagsverhoudingen worden gehorizontaliseerd, er is sprake van informalisering. Ook in uw directe omgeving is dit gaande.

Horizontalisering en nieuwe vormen van organiseren zijn mede het gevolg van de digitalisering van de samenleving in combinatie met de overgang van een overwegende maakindustrie naar een kenniseconomie in een netwerkmaatschappij.⁹ In onze digitale wereld zorgt de breed beschikbare toegang tot internet voor meer gelijkheid doordat het de informatieasymmetrie wegneemt. Ook kunnen we op eenvoudige en continue wijze communiceren met anderen. *Social media* zoals Facebook en Twitter, professionele netwerken als LinkedIn en digitale discussiefora zorgen ervoor dat wij 24/7 met elkaar in verbinding staan. Mensen zijn zo

3 Sociaal-Economische Raad (2006), 'Welvaartsgroei voor en door iedereen', advies 06/08, Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (2012), 'Vertrouwen in burgers', Den Haag/Amsterdam: WRR/Amsterdam University Press en Vereniging Nederlandse Gemeenten en Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (2013), 'Actieprogramma Lokaal Bestuur: In actie met burgers', Den Haag: Sdu Uitgevers. Ook elders in Europa is deze verschuiving waar te nemen. Zie bijvoorbeeld voor het Verenigd Koninkrijk: Minister for Government Policy (2011), 'Open Public Services: White Paper', beschikbaar via www.cabinetoffice.gov.uk.

4 Raad van State (2012), 'Jaarverslag 2012', Leiden: OBT, p. 22.

5 Vgl.: Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling (2006), 'Verschil maken: Eigen verantwoordelijkheid na de verzorgingsstaat', Amsterdam: Uitgeverij SWP Amsterdam, p. 9.

6 In onderzoeken worden verschillende geboortecohorten gebruikt voor de generatie-indeling. In Nederland wordt vaak verwezen naar het onderzoek van H.A. Becker (1992), 'Generaties en hun kansen', Amsterdam: Meulenhoff, p. 23. Het onderzoek van Becker is voor een groot deel gebaseerd op het werk van K. Mannheim (1928), 'Das Problem der Generationen', Kölner Vierteljahreshefte für Soziologie 7, p. 157-185 en (1952), 'Essays on the Sociology of Knowledge', London: Routledge and Kegan Paul. Zie onder andere Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (1999), 'Generatiebewust beleid', Den Haag: Sdu Uitgevers en A.C. Bontekoning (2012), 'Generaties! Werk in uitvoering', Amsterdam: Mediawerf Uitgevers. In de Verenigde Staten wordt veelal een andere indeling gebruikt gebaseerd op het werk van W. Strauss en N. Howe (1991), 'Generations; the history of America's future, 1584 to 2069', New York: William Morrow and Company. Andere indelingen worden ook gebruikt bijvoorbeeld door het internationaal opererende PR bureau Edelman. Zie bijvoorbeeld: Edelman (2011), 'The 8095 Exchange: Millennials, Their Actions Surrounding Brands, and the Dynamics of Reverberation', te downloaden via: www.edelman.com/white-paper/the-8095-exchange-millennials-their-actions-surrounding-brands-and-the-dynamics-of-reverberation/. Mijn geboortjaar valt volgens sommige onderzoeken in het cohort van generatie Y en volgens andere in het laatste jaar van generatie X. De verschillende indelingen laten zien dat het lastig is een strakke grens te trekken.

7 Sociaal-Economische Raad (2010), 'Zzp'ers in beeld: Een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel', Advies 10/04, p. 28. De definitie die de SER gebruikt voor een zzp'er is: "Een zzp'er is een ondernemer die geen personeel in dienst heeft, waarbij voor de vaststelling of er sprake is van een ondernemer de volgende criteria gelden, zoals ook gehanteerd door de Belastingdienst in het kader van de inkomstenbelasting: (1) zelfstandigheid bij de inrichting van de eigen werkzaamheden en het uitvoeren daarvan; (2) het voor eigen rekening en risico verrichten van werkzaamheden, (3) het gericht zijn op en het perspectief hebben van het maken van winst, (4) bekendmaking van het ondernemerschap, (5) het streven naar meerdere opdrachtgevers." Zie p. 52.

8 Erasmus Universiteit Rotterdam definieerde sociale innovatie als volgt: "Sociale innovatie is het ontwikkelen van nieuwe managementvaardigheden (dynamisch managen), het hanteren van innovatieve organisatievormen (flexibel organiseren), het realiseren van hoogwaardige arbeidsrelaties (slimmer werken) en hoogwaardige samenwerkingsverbanden (externe samenwerking) om het concurrentievermogen en de productiviteit te verbeteren." Zie: Erasmus Universiteit Rotterdam (2009), 'Erasmus Concurrentie en Innovatie Monitor 2008-2009: Sociale Innovatie: flexibel organiseren, dynamisch managen, slimmer werken en externe samenwerking', p. 7.

9 Volgens Peter Drucker zijn kenniswerkers mensen die autonoom functioneren en zelf verantwoordelijk zijn voor hun werk. Het werk bestaat uit voortdurende vernieuwingen en leren is er een constant integraal onderdeel van. P. Drucker (1999), 'Knowledge-worker productivity: The Biggest Challenge', California Management Review, Vol. 41, nr. 2, p. 79-94.

in staat om zich eenvoudiger, sneller en goedkoper te organiseren. Zij kunnen dit zowel *online* als *offline*, zonder *top-down* controle of centrale organisatie. Zij passeren daarbij conventionele instituties in actualiteit en deskundigheid.¹⁰ In een complexe wereld is dat noodzakelijk omdat via nieuwe wegen gezocht moet worden naar innovatieve oplossingen. Vernieuwingen komen tot stand door middel van open innovatie, co-creatie en *crowd sourcing*.¹¹ Het gaat om het collectief werken en uitwisselen van kennis, de gecombineerde of collectieve intelligentie. Wikipedia is daarvan een goed voorbeeld. *Wiki* is Hawaïaans voor snel en het is de afkorting van '*what i know is*'. Dankzij *wiki* kunnen mensen een grote hoeveelheid informatie gestructureerd bijebrengen. Men kan samen beslissingen gaan nemen of zelfs nieuwe organisatieverbanden creëren. Individualisering en digitalisering vereisen als exponenten van de postmoderne kenniseconomie een andere manier van met elkaar omgaan.¹² Ook op het gebied van economisch samenwerken. Het maakt nieuwe vormen van samenwerking mogelijk die in de toekomst steeds belangrijker worden.¹³

In de tijd van digitale bevrijding blijft de wens van het individu om onderdeel te zijn van een groep omdat men daarin een toegevoegde waarde ziet: weet u nog $1 + 1 = 3$. We willen deel uitmaken van grotere gehelen en tegelijkertijd streven we naar onafhankelijkheid. Dat levert in eerste instantie een tegenstrijdigheid op. De Griekse filosoof Empedokles sprak al over twee alles bepalende oerkrachten die voortdurend vereniging en splitsing veroorzaken. *Philia*: liefde en *Neikos*: strijd.¹⁴ Maar er hoeft geen strijd te zijn. Men kan ook onderdeel worden van een groep zonder dat je er als persoon helemaal in op gaat. In die situatie blijft men individu binnen die groep. Horizontale samenwerkingsvormen waarbij dat principe centraal staat, zijn in opkomst. Omdat in een horizontale samenleving niemand meer de volledige controle heeft over het geheel, moeten de individuele mensen zelf de verantwoordelijkheid nemen voor de gevolgen van hun inbreng in het geheel.¹⁵ Succes of falen is afhankelijk van de eigen inspanningen. Daar pluk je zelf de vruchten van maar je draagt ook zelf de consequenties van het misgaan. Spreekwoorden als iedereen krijgt wat hij/zij verdient en boontje komt om zijn loontje, illustreren dit onderliggende gedachtegoed. Deze ontwikkeling wordt ook wel meritocratie genoemd, de macht (*kratos*) dankzij de inzet, de verdienste (*merite*).¹⁶ Bij een samenleving van autonoom samenwerkende individuen past de opvatting dat

fouten van een ander ook door die ander moeten worden gedragen. Individuele aansprakelijkheid en compensatieplicht gaan derhalve zwaarder wegen naarmate een samenleving meer zelfredzaamheid eist van het individu.¹⁷ De vrije samenleving schuift daarmee in de richting van een samenleving gedomineerd door individuele risico's. Het tijdperk dat individuele fouten op de collectiviteit kunnen worden afgewenteld, heeft zijn langste tijd gehad. Het moderne ondernemingsrecht, en dus ook het personenvennootschapsrecht of misschien zelfs juist het personenvennootschapsrecht, zal met name op het vlak van de aansprakelijkheidsregels moeten aansluiten op deze dynamiek in de *i*-samenleving.

3. De *i*-samenleving en ondernemerschap

Zoals ik hiervoor heb vermeld, zijn de veranderingen in de *i*-samenleving fundamenteel. Wat betekent dit voor het ondernemerschap en het ondernemingsrecht? Een alles omvattend en met de toekomst rekening houdend antwoord op die vraag is niet te geven. Wel kan ik iets zeggen over twee ontwikkelingen op het gebied van het zelfstandig ondernemerschap die richting gaan geven in de ontwikkeling van het ondernemingsrecht. Laat ik beginnen met vormen van ondernemerschap die antwoord geven op de wens van autonomie en de centrale positie van het individu. De *i*-samenleving heeft aan het kleinschalig ondernemerschap een enorme impuls gegeven. Steeds meer mensen beginnen voor zichzelf. Nederland bevindt zich wat deze groei betreft internationaal gezien in de voorhoede.¹⁸ Het dienstverlenende karakter van het nieuwe ondernemen zorgt ervoor dat de noodzaak van een groot startkapitaal geringer is. Daardoor wordt de stap naar zelfstandigheid kleiner. Het aantal eenmanszaken heeft de afgelopen jaren een vlucht genomen.¹⁹ Om in onze efficiënte, complexe en snelle wereld echter weerstand te kunnen bieden aan de grote spelers zoeken de nieuwe eenpitters elkaar op om zich samen te organiseren. Door complementariteit van competenties kan men gezamenlijk de dienst of het product optimaliseren en concurrerend zijn. Dure overhead en kantoororganisaties hebben ze niet. Er ontstaan verbanden van samenwerkende zzp'ers met elk hun eigen expertise. De samenwerkingsvorm mag echter niet ten koste gaan van de zelfstandigheid van de individuele partners. Op dit moment ontbreekt het echter aan een op hun maat toegesneden Nederlands ondernemingsrecht.

Naast de opkomst van samenwerkende zelfstandigen in de markteconomie, leiden de hiervoor door mij besproken maat-

10 Vergelijk: J. Zuure (2012), 'De terugkeer van de massa's', in: M. Kreijveld (2012), 'Samen slimmer: Hoe de 'wisdom of crowds' onze samenleving zal veranderen', Den Haag: STT – Deltahage, p. 18.
 11 H. Volberda (2013), 'De mens centraal', in: FD Outlook (2013), 'Holland's Got It: Talent voor de Kenniseconomie', Amsterdam: Dijkman, p. 30-32.
 12 D. Tapscott en A.D. Williams (2008), 'Wikinomics: How Mass Collaboration Changes Everything', New York: Penguin Group, p. 153-154.
 13 Center for Public Innovation (2012), 'Toekomstig Internet: Een verkennend onderzoek naar het toekomstige internet en de gevolgen hiervan op de beleidsterreinen van BKZ', Rotterdam: EUR, p. 32.
 14 P. Verhaeghe (2013), 'Identiteit', Amsterdam: De Bezige Bij, p. 19.
 15 C. Leadbeater en 257 andere mensen (2009), 'We-Think: Delen – creëren – innoveren', Den Haag: Sdu Uitgevers, p. 126.
 16 Vgl: P. Verhaeghe (2013), 'Identiteit', Amsterdam: De Bezige Bij, p. 116.

17 G. Groot (2008), 'Vrijheid in grimmig vaarwater', in: S. Knepper en J. Kortenray et al. (2008), 'De vertrouwenscrisis: Over het krakend fundament van de samenleving', Amsterdam: J.M. Meulenhoff, p. 46.
 18 Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (2013), 'Flexibiliteit en zekerheid op een dynamische arbeidsmarkt: De balans in beweging', Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, p. 115-117.
 19 In 2007 was nog 55% van de nieuwe opgerichte bedrijven een eenmanszaak. Na vijf jaar is dit opgelopen tot 66%. Vooral in de bouw starten veel eenmanszaken (80%). Ook in de zakelijke dienstverlening en IT- en informatiedienstverlening is het percentage hoog. Centraal Bureau voor de Statistiek (2013), Webmagazine 9 april 2013: www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/bedrijven/publicaties/artikelen/archief/2013/2013-3813-wm.htm.

schappelijke ontwikkelingen ook tot een ander ondernemerschap. De burger die in toenemende mate zelf moet voorzien in behoeften waarin de overheid voorzagt. De nadruk die meer en meer op de eigen verantwoordelijkheid wordt gelegd, gaat er toe leiden dat er publieke verantwoordelijkheden worden overgeheveld naar de burger. Die verantwoordelijkheid kan de burger alleen dragen als hij rond die taken met anderen samenwerkt. Ook zullen er in die sector verdienmodellen geïntroduceerd moeten worden door de afname van publieke financiering. De samenwerking krijgt elders vorm in zo geheeten burgerinitiatieven. Die hebben behoefte aan een juridisch ondersteunende vormgeving van hun organisatie en activiteiten en zoeken naar mogelijkheden om extern kenbaar te maken dat hun collectieve waarden en principes verankerd en gewaarborgd zijn. Het huidige ondernemingsrecht biedt te beperkte mogelijkheden.

3.1 Samenwerkende zzp'ers

Laten we eens kijken wat het ondernemingsrecht de eerste vorm van zelfstandig ondernemerschap, de samenwerkende zzp'ers, te bieden heeft. Ik neem als voorbeeld drie zzp'ers die gezamenlijk opdrachten willen uitvoeren waarbij het doel is het maken van winst voor elk van de zzp'ers. Er is geen onderlinge arbeidsrelatie en ieder levert zijn eigen specialistische bijdrage. Er zijn in verband met hun bevoegdheden, aansprakelijkheid en fiscaliteit verschillende opties om de samenwerking juridisch vorm te geven. Gedacht kan worden aan de overeenkomst van opdracht waarbij alle zzp'ers contractspartij zijn. Of die waarbij één zzp'er als opdrachtnemer fungeert, de 'hoofd zzp'er', die de andere zzp'ers op basis van overeenkomsten van opdracht inschakelt om hun deel van de opdracht van de hoofd zzp'er uit te voeren. Ook het oprichten van een BV of een coöperatie behoort tot de mogelijkheden.²⁰ Omwille van de tijd beperk ik mij tot het schetsen van de grove contouren van deze opties.

3.1.1 Personenvennootschap

Als de drie zzp'ers gezamenlijk een opdracht aanvaarden met het oog op het maken van winst voor ieder door inbreng van ieder, zal er al snel sprake zijn van een personenvennootschap. Of de zzp'ers zich daar van bewust zijn, is de vraag. Ook onbewust en ongewild kan de rechtsvorm van de personenvennootschap zijn aangenomen.²¹ Afhankelijk van de aard van de activiteiten, beroeps- of bedrijfsactiviteiten, is er sprake van een maatschap of een vennootschap onder firma. De kwalificatie als personenvennootschap kan vergaande gevolgen hebben voor de aansprakelijkheidsrisico's die de zzp'ers lopen. Omdat ieder vanuit de eigen expertise aan het project werkt, dat is vanuit de complementariteitsgedachte vaak de reden om te gaan samenwerken, hebben zij veelal

geen goed inzicht in de taak die de andere zzp'ers uitvoeren en of dat op de juiste wijze gebeurt. Toch zijn zij voor elkaars handelen persoonlijk aansprakelijk. Bij de maatschap voor gelijke delen (artikel 7A:1680 BW) en hoofdelijk voor de vennootschap onder firma (artikel 18 WvK). Indien de samenwerkende zzp'ers niet gedacht hebben aan het uitsluiten van de aansprakelijkheidsregel van artikel 7:407 lid 2 BW, dan leidt deze regel bij deze samenwerking van drie zzp'ers in beginsel ook bij de maatschap tot een hoofdelijke aansprakelijkheid van alle drie de zzp'ers.²² Onder het huidige recht betekent dat voor maten van een maatschap een verzwaaring van de aansprakelijkheid.²³ Maar dit aansprakelijkheidsgevolg bij de overeenkomst van opdracht is regelend recht en dus heb je zelf de keuze om deze aansprakelijkheid te voorkomen door het artikel uit te sluiten.²⁴ Bij het aansprakelijkheidsregime dat hoort bij de personenvennootschappen heb je die keuze echter niet. Tegen de achtergrond van de maatschappelijke ontwikkelingen en het concept van individuele aansprakelijkheid past dit aansprakelijkheidsgevolg van het huidige personenvennootschapsrecht niet meer bij deze tijd. Dat pleit ervoor binnen de personenvennootschappen een keuzevrijheid in het aansprakelijkheidsregime mogelijk te maken.

Ondanks het nadeel van de onbeperkte aansprakelijkheid is de personenvennootschap toch populair. Qua vrijheid van inrichting van de organisatie biedt de personenvennootschap vrijheid blijheid. Geen dwingende structuren, geen verplichte gang naar de notaris, de mogelijkheid van inbreng van arbeid, de externe werking van vertegenwoordigingsregelingen die in het handelsregister zijn opgenomen, geen verplichting tot het openbaar maken van een jaarrekening en vrijheid in het vormgeven van de toe- en uittredingsregels waaronder ook uitstotingsregelingen. Daarnaast is voor de kleinere ondernemingen de fiscale transparante behandeling in combinatie met de ondernemersfaciliteiten veelal voordelig. De vraag is hoelang deze voordelen in een steeds complexer wordende risicomaatschappij nog opwegen tegen het gevolg persoonlijk aansprakelijk te zijn voor het werk van anderen waarop je geen grip hebt. Nu al zoeken samenwerkende individuen naar oplossingen om deze aansprakelijkheid te voorkomen of te beperken. Bijvoorbeeld door het oprichten van een BV of een coöperatie.

3.1.2 Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Door het nieuwe BV-recht is het makkelijker geworden om een BV op te richten. De BV heeft meer contractuele trekken gekregen en de beperking van aansprakelijkheid zorgt ervoor dat de aandeelhouders in beginsel alleen hun geïnvesteerde vermogen kunnen verliezen. Dat betekent niet dat persoon-

20 Er zijn ook andere opties denkbaar zoals het oprichten van een BV waarvan de 3 zzp'ers aandeelhouders zijn en het bestuur vormen, waarbij de BV met de individuele zzp'ers overeenkomsten sluit en de zzp'ers sluiten op hun beurt weer overeenkomsten van opdracht met derden. Een deel van de opbrengsten wordt afgedragen aan de BV. De BV voert alleen ondersteunende activiteiten uit. Een alternatieve wijze om als zzp'er andere zzp'ers in te zetten is inschakeling op basis van aanneming van werk. Deze vorm laat ik hier buiten beschouwing.

21 HR 2 september 2011, NJ 2012/75.

22 HR 15 maart 2013, RvdW 2013/406, r.o. 3.5.1.

23 Uit het arrest blijkt ook dat een constructie met een praktijk-BV als maat en de maatschap als opdrachtnemer er niet toe leidt dat de handelende persoon die juridisch geen opdrachtnemer is niet voor eigen beroepsfouten persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld op grond van artikel 7:404 BW. Deze aansprakelijkheid geldt naast de aansprakelijkheid van de maatschap als juridisch opdrachtnemer en indien van toepassing de praktijk-BV als maat op grond van artikel 7:407 lid 2 BW.

24 Artikel 7:400 lid 2 BW.

lijke aansprakelijkheid bij de BV geen rol speelt. Aan het eind van de vorige eeuw is in de rechtspraak meer aandacht gekomen voor doorbraak van aansprakelijkheid en bestuurdersaansprakelijkheid.²⁵ In de persoonsgebonden BV zullen de aandeelhouders veelal ook bestuurder zijn. Daarvoor geldt een aansprakelijkheid gebaseerd op bestuurderscollegialiteit. Met een beroep op de taakverdeling met bijbehorende disculpatiemogelijkheden is het mogelijk die te ontlopen, behalve wanneer het gaat om zaken die van algemene aard zijn. Dit is sinds 1 januari 2013 duidelijk in de wet opgenomen. In de BV-vorm kan dus geregeld worden dat ieder zijn eigen expertise inbrengt en daar individueel verantwoordelijk voor is.²⁶ Dat sluit aan bij de behoeften in de *i*-samenleving. Ook de toegelaten keuzevrijheid met betrekking tot de inrichting van een BV als gevolg van de flexibilisering van het BV-recht, past bij de maatschappelijke ontwikkelingen. Een *one-size-fits-all*-rechtsvorm die geschikt is voor allerlei soorten ondernemingen biedt de flex-BV echter niet. De dwingende regels voor de aandelen- en de orgaanstructuur, de besluitvormings- en vertegenwoordigingsregels en de uitstotingsregelingen staan daaraan in de weg. Ook is de BV vennootschapsbelastingplichtig en kan geen gebruik worden gemaakt van de ondernemersfaciliteiten. Bovendien past het karakter van de BV niet bij de samenwerking tussen dienstverlenende zzp'ers.

3.1.3 Coöperatie

Een rechtsvorm die juist vanwege het gepercipieerde karakter van duurzaamheid, zelfstandigheid van leden in combinatie met commerciële activiteiten weer in de belangstelling staat, is de coöperatie. In het achttiennummer van 6 februari 2013 was een bijna twee minuten durend item over de ondernemerscoöperatie te zien.²⁷ Presentator Rob Trip begon zijn inleiding met de woorden: "Het klinkt als iets van vroeger, de coöperatie een hele oude ondernemingsvorm die een beetje uit beeld leek te zijn maar die weer helemaal terug is (...)." De reportage laat vervolgens samenwerkende zzp'ers uit de creatieve en IT-sector zien die zich als groep zzp'ers graag onder één naam naar buiten willen presenteren. Precies het soort samenwerking waar ik het vandaag over heb. De groep zzp'ers heeft gekozen om samen een coöperatie op te richten. Het aantrekkelijke daarvan is dat het aansprakelijkheidsregime door de leden zelf gekozen kan worden, dus los van bijvoorbeeld de aard van de coöperatieve activiteiten, de omvang van de coöperatie en de afstand tussen de rechtspersoon en de leden. In volgorde van afnemende aansprakelijkheid is de keus uit de wettelijke aansprakelijkheid, de beperkte aansprakelijkheid en de uitgesloten aansprakelijkheid. Ook als men kiest voor de meest vergaande aansprakelijkheid dan is die aansprakelijkheid beperkter dan bij een personenvennootschap.²⁸ De aansprakelijkheid van de

leden²⁹ komt pas bij de ontbinding van de coöperatie aan de orde. Er is geen rechtstreekse gebondenheid tegenover derden, zodat derden dus niet zomaar een lid aansprakelijk kunnen stellen. Dit is de taak van de vereffenaar en de leden kunnen alleen aansprakelijk gesteld worden voor het tekort. De interne organisatie kan voor een groot deel flexibel ingericht worden, maar de structuur met een algemene vergadering is dwingend. De zzp'ers kunnen allen lid worden van het bestuur, maar dat hoeft niet. Leden die bestuurder zijn, kunnen wel last krijgen van interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid.³⁰ Bij de ondernemerscoöperatie worden de bevoegdheden van de bestuurder(s) overigens veelal ingeperkt. De coöperatie neemt de opdrachten aan en de zzp'ers voeren deelopdrachten uit als lid. Zij sluiten daartoe overeenkomsten met de coöperatie. Hoewel er onder omstandigheden een beroep kan worden gedaan op gunstige fiscale winstregelingen, blijft de coöperatie vennootschapsbelastingplichtig. Ook geldt dat de zzp'ers bij de coöperatie twee petten op kunnen hebben, die van bestuurder en die van lid. Indien niet alle leden bestuurder zijn, betekent dit een ongelijkheid tussen de zzp'ers.

3.1.4 Overeenkomsten van opdracht

Naast het aangaan van een personenvennootschap en het oprichten van een BV en een coöperatie kunnen zzp'ers ook hun heil zoeken in een vorm van samenwerken waarmee ze het ondernemingsrecht op afstand houden. Geen vast verband dat als rechtsvorm kwalificeert en daarmee ook geen regels over de organisatiestructuur. Om dit te bewerkstelligen, kan gewerkt worden met overeenkomsten van opdracht met telkens een contracterende hoofd zzp'er³¹ zodat de ondernemersrisico's van de opdracht niet worden gedeeld met de anderen.³² Welke aansprakelijkheidsrisico's lopen onze drie zzp'ers? De hoofd zzp'er kan voor zijn eigen

25 L. Timmerman (2013), 'Structuur en gedragsnorm in de ondernemingsrechtspraak van de Hoge Raad', WPNR 144/6969, p. 245-248.

26 Kanttekening moet wel geplaatst worden bij de voorwaarde dat moet worden aangetoond dat er maatregelen zijn genomen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur van medebestuurders af te wenden: artikel 2:9 lid 2 BW.

27 www.youtube.com/watch?v=NU6OnUS6WBM.

28 Artikel 2:55 jo. 56 BW.

29 Of een ex-lid dat in de periode van 1 jaar of zoveel langer als de statuten aangeven voor de ontbinding lid was.

30 Onder andere op grond van de artikelen 2:9, 2:29 lid 2 en 2:50a jo. 131, 138, 139, 149, 150 BW en onrechtmatige daad.

31 Een zzp'er die arbeid verricht voor een opdrachtgever is altijd werkzaam op basis van een overeenkomst tot het verrichten van werk tegen beloning. Het kan een overeenkomst van opdracht zijn (artikel 7:400 BW e.v.) of een overeenkomst tot aanneming van werk (artikel 7:750 BW e.v.). Ook als de zzp'er daartoe niet expliciet een overeenkomst heeft gesloten: M.A.C. Posthumus (2011), 'Aansprakelijkheid van zelfstandigen zonder personeel', Tijdschrift Recht en Arbeid, 98, p. 11-17.

32 Hier speelt de afbakeningsvraag met de personenvennootschap. Uit het dierenartsenpraktijk-arrest (HR 2 september 2011, NJ 2012/75) is gebleken dat ook in de situatie dat partijen uitdrukkelijk de aard van de samenwerking hebben vastgelegd, het risico van herkwalficatie van die benoemde overeenkomst bestaat op grond van verklaringen en gedragingen van partijen en wat partijen over en weer uit deze verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijze mochten afleiden. De objectieve uit de feiten af te leiden wil is dus leidend. Contractuele samenwerkingsvormen kunnen derhalve onder omstandigheden ongewild en onbewust kwalificeren als personenvennootschap. Bij het vormgeven van de samenwerking dient men zich daar wel bewust van te zijn. Belangrijk is dat als men niet wil kwalificeren als personenvennootschap niet aan alle materiële kenmerken van een personenvennootschap wordt voldaan. Dat kan bijvoorbeeld door de winstverdelingsregeling. Indien de vergoeding van de zzp'ers die door de hoofd zzp'er worden ingeschakeld niet afhankelijk is van de winst dan zal dit een contra-indicatie voor het bestaan van een personenvennootschap kunnen opleveren. Indien de zzp'ers gezamenlijk opdrachtnemer zouden zijn, iedere zzp'er vanuit een enigszins gelijke positie arbeid verricht en de daaruit voortvloeiende voordelen en risico's worden onder de zzp'ers gedeeld, zal er al snel sprake zijn van een personenvennootschap.

handelen aangesproken worden op grond van wanprestatie en onrechtmatige daad.³³ Maar daar blijft het niet bij. Ook kan de hoofd zzp'er aansprakelijk zijn voor de gedragingen van de twee zzp'ers die hij heeft ingeschakeld. Het gaat dan om aansprakelijkheid voor hulppersonen (wanprestatie o.g.v. artikel 6:76 BW) en indien er sprake is van bedrijfsmatige activiteiten voor niet-ondergeschikten (onrechtmatige daad o.g.v. artikel 6:171 BW). De aansprakelijkheid op grond van inzet van hulppersonen kan worden beperkt door een exoneratiebeding in de overeenkomst met de opdrachtgever op te nemen. De exoneratie kan echter opzij worden gezet indien deze in strijd is met de wet, goede zeden of op grond van de redelijkheid en billijkheid en werkt in beginsel niet jegens derden. Voor de onrechtmatige daad van de niet-ondergeschikte is vereist dat er sprake is van een eenheid van onderneming, anders behoort de schade niet tot de risicosfeer van de hoofd zzp'er.³⁴ Onder eenheid van onderneming wordt wel verstaan dat de niet-ondergeschikte werkzaamheden verricht ter uitvoering van het bedrijf van de opdrachtnemer. Deze risicoaansprakelijkheid berust op de gedachte dat de eenheid die een onderneming naar buiten vormt, behoort mee te brengen dat het voor een buitenstaander die schade lijdt, niet te onderkennen is of deze schade te wijten is aan een fout van een ondergeschikte of aan een ander die ter uitoefening van het desbetreffende bedrijf werkzaamheden verricht.³⁵ Het criterium dient echter objectief uitgelegd te worden. Met andere woorden ook ingeval dat het voor de partij die de opdracht aan de hoofd zzp'er geeft duidelijk is dat de andere twee zzp'ers een eigen bedrijf hebben en bijvoorbeeld niet in een arbeidsrechtelijke verhouding tot de hoofd zzp'er staan, kan deze partij (succesvol) beroep doen op de aansprakelijkheid voor niet-ondergeschikten.³⁶ De omstandigheid dat artikel 6:171 BW niet van toepassing is bij beroepsmatige uitoefening sluit meer aan bij de idee dat ieder zelf de gevolgen van het eigen handelen draagt ook in de verhouding naar derden.³⁷ Bij beroepen zou die eigen verantwoordelijkheid en de zelfstandigheid meer kenbaar zijn dan bij de uitoefening van een bedrijf. Los van de vraag of dat inderdaad het geval is³⁸, zou in een moderne samenwerking tussen partijen die niet-

ondergeschikt zijn aan elkaar en waarvan de partijen extern kenbaar zijn, een dergelijke aansprakelijkheid niet moeten gelden.³⁹ Bij de constructie met een hoofd zzp'er die de twee andere zzp'ers inschakelt, kunnen de ingeschakelde zzp'ers ook persoonlijk worden aangesproken op grond van onrechtmatige daad, maar niet voor elkaars handelen en ook niet voor dat van de hoofd zzp'er. Is deze constructie de oplossing voor onze drie zzp'ers? Waterdicht is zij zeker niet. Voor de hoofd zzp'er brengt zij meer onzekerheid en extra risico mee, want exoneratiebedingen kunnen opzij gezet worden en het zorgen voor het ontbreken van een eenheid van onderneming kan lastig zijn.

Het geheel van mogelijkheden leidt allereerst tot de conclusie dat de aantrekkelijkheid van de personenvennootschap in een *i*-samenleving zwaar onder druk komt te staan door het geldende aansprakelijkheidsregime. De nadelen van een BV zijn niet onoverkomelijk. De BV-vorm is bovendien in het buitenland bekend en dat is een voordeel in een *i*-samenleving waarin de grenzen vervagen. Het blijft echter een rechtsvorm die past bij de klassieke onderneming. En ondanks de flexibilisering is er nog steeds structureel onhandig dwingend recht. De coöperatie lijkt op het eerste gezicht een aantrekkelijk alternatief. Zij brengt de samenwerkingsgedachte meer tot uiting dan dat de BV dat doet. Ook hier geldt echter dat de dwingende structuur voor een persoonsgebonden samenwerking gekunsteld is. Een constructie met een hoofd zzp'erschap leidt tot veel flexibiliteit en een gunstige fiscale behandeling, maar brengt voor de hoofd zzp'er tegelijkertijd hoge aansprakelijkheidsrisico's met zich voor het werk van anderen. En dat is nu juist wat net niet gewenst is.

3.1.5 *Personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid*

Waarom bieden we dan toch niet de optie van een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid aan. In mijn proefschrift heb ik beschreven hoe die rechtsvorm elders in de wereld goed werkt.⁴⁰ Dat hoofdelijke aansprakelijkheid of aansprakelijkheid voor gelijke delen nu eenmaal hoort bij het karakter van de samenwerking van een personenvennootschap en de persoonsgebondenheid, is geen natuurwet. Het past niet bij het systeem van de vrije rechtsvormkeuzen en het gegeven dat er ook persoonsgebonden kapitaalvennootschappen en verenigingen kunnen zijn. Hetzelfde geldt ook voor het argument dat de onbeperkte aansprakelijkheid een gevolg is van het niet-zijn van rechtspersoon. Het ingetrokken wetsvoorstel personenvennoot-

33 Artikel 6:74 BW respectievelijk artikel 6:162 BW. Daarnaast kan hij aansprakelijk zijn voor de door hem of haar gebruikte zaken die daartoe ongeschikt zijn (artikel 6:77 BW).

34 Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 719-720.

35 HR 21 december 2001, NJ 2002/75 (*Energie Delfland NV/Stoeterij De Kraal BV*), r.o. 3.5. Zie ook Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 728.

36 HR 18 juni 2010, NJ 2010/389 (*Koeman/Sijm Agro*).

37 In een vonnis van de Rechtbank Den Haag heeft de kantonrechter in het kader van een tandartspraktijk het volgende geoordeeld: "De waarnemer/praktijkmedewerker heeft zijn eigen tandheelkundige verantwoordelijkheid en verzekert zijn beroepsaansprakelijkheid. Daaruit volgt dat in dit verband de aansprakelijkheid voor de beweerdelijk verwijtbaar onzorgvuldige uitvoering van de tandheelkundige behandelingen door [tandarts L] bij [tandarts L] ligt en niet bij [tandarts M]": Rb. Assen april 2007, LJN BA3939. Een dergelijke opvatting zou ook kunnen gelden in een langdurige samenwerking tussen beroepsbeoefenaars (en daarnaast ook voor uitoefening van het bedrijf). Het feit dat de beroepsbeoefenaar een beroepsaansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten, speelt in dit geval ook een rol bij het oordeel dat artikel 6:171 BW niet van toepassing is bij beroepen.

38 Zie voor een kritische beschouwing: B. Wessels (1989), "Beroep, bedrijf en onderneming" (oratie UVA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink, p. 36-37, 46-47 en 59.

39 Lubach stelt dat artikel 6:171 BW past in de heersende trend om benadeelden zo veel mogelijk te compenseren, althans een gemakkelijke begaanbare route te bieden naar een 'deep pocket' ter vergoeding van hun schade. Het gebrek aan aandacht voor dit artikel bevremdt volgens Lubach in het licht van de specialisatie- en uitbestedingsgolf. Men zou juist meer aandacht verwachten voor een dergelijke uitbreiding van het aansprakelijkheidsrisico: R.D. Lubach (2006), 'Onbekend maakt onbemind? De aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen van artikel 6:171 BW', AV&S, nr. 8, p. 47-51.

40 I.S. Wuisman (2011), 'Een Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid: wenselijk?', Deventer: Kluwer.

schappen voorzag in een optionele rechtspersoonlijkheid voor de openbare vennootschappen. Deze rechtspersoonlijkheid werd gecombineerd met onbeperkte aansprakelijkheid. Rechtspersoonlijkheid leidt bovendien niet altijd tot een beperking van aansprakelijkheid. De rechtsvorm van de informele vereniging laat zien dat het aansprakelijkheidsregime ten principale niet afhankelijk hoeft te zijn van het al dan niet zijn van rechtspersoon. De Hoge Raad heeft de stap naar de 'i'-maatschappij nog niet gemaakt getuige een recent arrest.⁴¹ Daarin houdt hij onder andere aan die koppeling vast. Hij overweegt:

“De maatschap heeft geen rechtspersoonlijkheid. Indien een overeenkomst wordt gesloten met een maatschap, zijn daarom de individuele maten jegens de wederpartij persoonlijk aansprakelijk voor de nakoming van de daaruit voortvloeiende verplichtingen van de maatschap (cursivering IWU).”⁴²

De Hoge Raad zal deze redenering los moeten laten en zal zich daarnaast meer bewust dienen te worden van de weerslag die de veranderingen van de *i*-samenleving hebben op aansprakelijkheidskwesties in persoonsgebonden samenwerkingsverbanden. Het moge duidelijk zijn dat dat ook voor de formele wetgever geldt.

De rechtvaardigheid van persoonlijke aansprakelijkheid kan liggen in het risico van misbruik. Maar tegen welke prijs moet het worden voorkomen? Risico's horen bij het leven en het zoeken naar absolute zekerheid is een doodlopende weg. Risico nemen door mensen vertrouwen te schenken is een essentiële voorwaarde voor zowel een creatieve warme samenleving als een welvarende economie.⁴³ Ik hoor jullie al denken: wie te goed van vertrouwen is, kan bedrogen uitkomen. In tijden van crisis, financiële wantoestanden en 'graaierende bestuurders' is een roep om vertrouwen niet makkelijk, maar moeten juist de kleintjes, die de moderne motor van de economie zijn, daarvan de dupe worden?⁴⁴ Bovendien kunnen er ook in het personenvennootschapsrecht waarborgen worden opgenomen die ervoor zorgen dat de vennootschap niet ten koste van de schuldeisers wordt leeggetrokken. In het buitenland is voor personenvennootschappen de keuzevrijheid voor aansprakelijkheidsregimes al geïntroduceerd. In Nederland is het nog behelpen.

41 HR 15 maart 2013, RvdW 2013/406.

42 HR 15 maart 2013, RvdW 2013/406, r.o. 3.4.2.

43 L. Bovenberg (2011), 'We leven in een cultuur waarin het individueel geluk wordt losgekoppeld van het welzijn van de ander', Het Financieel dagblad 20 augustus 2011, p. 21.

44 Zie over dit vertrouwen M.J.G.C. Raaijmakers in zijn afscheidsrede waarin hij spreekt over het maatschappelijke belang van ondernemerschap en een positief maatschappelijk draagvlak: "Het vraagt om een positief maatschappelijk draagvlak, niet om een houding waarin alle ondernemers met een zeker dedain, of sterker nog minachting, worden gezien en behandeld als onbetrouwbare randfiguren die met alsmaar meer regulering en toezicht in het gareel moeten worden gehouden", en "Daarbij past echter niet een geïnstitutionaliseerd wantrouwen dat alle vrijheid en initiatief in de kiem smoort (...)." M.J.G.C. Raaijmakers (2009), 'Naar een Wetboek Ondernemingsrecht?', Afscheidsrede 27 november 2009, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, p. 14 en 15.

3.2 Burgerinitiatieven

Ik kom nu toe aan de tweede vorm van nieuw ondernemerschap die ik vandaag wil bespreken, de burgerinitiatieven. Het gaat om burgers die gezamenlijk het initiatief nemen om activiteiten te ontplooiën voor het maatschappelijke belang of een publieke taak op zich nemen. Ook hier gelden de nieuwe rekenkundige beginselen. Door de samenwerking tussen burgers wordt duurzame waarde voor de maatschappij gecreëerd. $1 + 1 = 3$. Het tweede beginsel: als je niet kan delen kan je toch vermenigvuldigen sluit niet uit dat als je wel kan delen je ook kan vermenigvuldigen. De burgerinitiatieven zijn gericht op het delen van verantwoordelijkheden die eerder alleen door de overheid werden gedragen. In het Verenigd Koninkrijk is men al erg ver met de overdracht van publieke taken aan de samenleving. Onder de noemer *Big Society* zijn er verschillende instrumenten ingezet om *communities* te betrekken bij het uitvoeren van activiteiten voor het maatschappelijke belang en rechten te geven om hier uitvoering aan te geven zoals *'the right to bid'* en *'the right to challenge'*.⁴⁵ Door *'the right to challenge'* kan een gemeenschap de (lokale) overheid uitdagen om een bepaalde publieke taak over te dragen aan de gemeenschap omdat de gemeenschap van mening is dat zij deze taak beter kan uitvoeren dan de overheid. De gemeenschap dient gehoord te worden en er dient een reactie te komen op de *challenge*. Indien de overheid de *challenge* accepteert, wordt er een aanbestedingstraject gestart. De gemeenschap heeft het recht om deel te nemen aan de aanbesteding en een bod uit te brengen. Door *'the right to bid'* zijn lokale overheden verplicht om op verzoek van de gemeenschap een lijst op te stellen van gebouwen en grond die een belangrijke functie hebben voor de gemeenschap. Op het moment dat de lokale overheden voornemens zijn om goederen die op de lijst staan te verkopen, moeten zij de gemeenschap daarover informeren. Gemeenschappen dienen vervolgens voldoende tijd te krijgen om een bod samen te stellen om de gebouwen en/of de grond te kopen en de financiering rond te krijgen. Hierdoor kunnen publieke voorzieningen toegankelijk blijven voor de gemeenschap. De Raad van State refereert aan de initiatieven in het Verenigd Koninkrijk in zijn jaarverslag over 2012.⁴⁶ Volgens de Raad is gebleken dat er bij dergelijke initiatieven grote behoefte bestaat aan enige vorm van een 'afgescheiden rechtspersoonlijkheid'. Hij verwijst naar de *public trust* waarin de maatschappelijke activiteiten kunnen worden ingebracht. De Raad voegt daaraan toe dat er in Nederland op dat punt vooralsnog slechts zeer beperkte mogelijkheden bestaan. Het is niet duidelijk wat de Raad van State hier precies met een afgescheiden rechtspersoonlijkheid bedoelt. Ik denk dat hij doelt op een afgescheiden vermogen, aangezien een trust in het Verenigd Koninkrijk geen rechtspersoonlijkheid heeft. Een afgescheiden vermogen wordt echter voor zo'n beetje alle Nederlandse rechtsvormen aangenomen.

45 Zie: Department for Communities and Local Government (2011), 'A plain English guide to the Localism Act', London: DCLG, p. 8 en 9. De Localism Act is geïntroduceerd in november 2011. *The right to challenge* en *the right to bid* zijn in werking getreden in juni 2012 respectievelijk september 2012.

46 Raad van State (2012), 'Jaarverslag 2012', Leiden: OBT, p. 22.

Bij Nederlandse projecten en organisaties die zich bezighouden met de ondersteuning en ontwikkeling van burgerinitiatieven spreekt men vaak over een ander soort trust, de *development trust*.⁴⁷ Bij dergelijke trusts gaat het echter niet noodzakelijkerwijs om een speciale vorm van de juridische trustfiguur, maar om een categorie van organisaties die zijn gebaseerd op specifieke principes en waarden.⁴⁸ De grondgedachte van de trust – het beheer van vermogen ten bate van anderen – wordt aangegrepen om het kernelement van de eigen activiteit – het dienstbaar zijn aan het maatschappelijke – zichtbaar te maken.⁴⁹ Het duurzame aspect van de onderneming wordt benadrukt, maar er is wel degelijk een focus op winst. Dat komt doordat maatschappelijke doelen gekoppeld moeten worden aan verdienmodellen om het levensvatbaar te maken. De winst vloeit nu nog terug naar de ontwikkeling van het initiatief of naar maatschappelijke belangen, maar zal in de toekomst waarschijnlijk in beperkte mate ook terugvloeien naar anderen, zoals financiers. Het maatschappelijk belang wordt beschermd doordat de maatschappelijke doelstelling niet vervangen mag worden door een commercieel doel. Bij beëindiging van een *development trust* kan een positief saldo niet voor persoonlijke of commerciële doeleinden worden gebruikt en de onderneming legt in een maatschappelijk verslag verantwoording af over draagvlak, financiën en organisatie.⁵⁰ Hoewel bepaalde Britse rechtsvormen zoals de *Community Interest Company* en de *Charitable Incorporated Organisation* wettelijke invulling hebben gegeven aan deze principes, kan door de *development trusts* ook een rechtsvorm worden gekozen die hiervoor geen regelingen bevat. Dat gebeurt over het algemeen ook. Dan spelen richtlijnen en principes van bijvoorbeeld de overkoepelende vereniging een rol, maar is er geen wettelijke afdwingbaarheid.

Dat er in ons land in relatie tot kleine burgerinitiatieven zoveel wordt verwezen naar de *development trusts* in het Verenigd Koninkrijk, is een uiting van de wens van groepen burgers om herkenbaar te zijn. Het gaat daarbij niet zo zeer

om de juridische figuur van de trust, maar om de herkenbaarheid van de aan de activiteiten ten grondslag liggende principes en waarden en de waarborgen die zijn ingesteld. Met de in Nederland beschikbare rechtsvormen kan deze herkenbaarheid maar beperkt naar buiten worden uitgedragen. De vereniging en de stichting komen het dichtst bij. Daaraan wordt vanwege hun historie een meer sociaal karakter toegedicht dan bijvoorbeeld aan de BV en de NV. Deze worden gekenmerkt door een overheersend commercieel karakter. De coöperatie zit daar een beetje tussenin. Vanwege het spanningsveld tussen maatschappelijke en commerciële doelen en de daarmee gepaard gaande winstuitkeringen, worden vaak de vereniging en de stichting als rechtsvorm gekozen voor burgerinitiatieven.

De vraag is of er in de toekomst niet meer wordt opgeschoven in de richting van hybride vormen, waarbij een combinatie van private en maatschappelijke winstuitkeringen het uitgangspunt gaat vormen. Indien beperkte winstuitkeringen aan bijvoorbeeld commerciële investeerders een onderdeel gaan vormen van de bedrijfsvoering liggen risico's op de loer. Het maatschappelijk belang kan in het gedrang komen. Samenwerkingsvormen waarbij participanten meer betrokken zijn bij de onderneming in al zijn facetten, gaan echter over het algemeen op een andere wijze met risico's om. Er bestaat een grotere risicoaversie. Het zorgt voor stabiliteit, verantwoordelijkheid en gereduceerde risico's.⁵¹ Het voorstel om de maatschappelijke onderneming als modaliteit van de stichting of de vereniging te introduceren, is afgeketst.⁵² Dat was ook meer gericht op de problemen die spelen bij grotere maatschappelijke ondernemingen zoals ziekenhuizen en woningcorporaties. Herkenbaarheid van burgerinitiatieven kan ook buiten het ondernemingsrecht om worden bereikt, bijvoorbeeld door certificering. De principes die nu bijvoorbeeld gelden voor *development trusts* met daaraan toegevoegd de mogelijkheid om beperkt winst uit te keren met een ander doel dan het ideële, zouden daarvoor als criteria kunnen gelden. De introductie van groeimodellen met governance structuren zouden de burgerinitiatieven kunnen helpen bij het aangaan van uitdagingen die horen bij de verschillende ontwikkelfasen die zij kunnen doormaken. Ook als dit buiten het wettelijk geregeld ondernemingsrecht om gaat, kunnen de ondernemingsrechtjuristen een rol spelen bij de vormgeving van een dergelijk systeem. Zij hebben kennis en ervaring in de omgang met ondernemingsvormen, interne structuren, bevoegdheden en aansprakelijkheden.

4. Afronding

Ik ben begonnen met te zeggen dat individualisering, informalisering en digitalisering leiden tot een andere maatschappelijke dynamiek. De zich vernieuwende economie is meer gebaseerd op dienstverlening, en zelfstandig onder-

47 Kamerstukken II 2011/12, 29 614, nr. 33. Wanneer het aantal *development trusts* in Engeland wordt vermeld, wordt verwezen naar het aantal leden van de overkoepelende organisatie Locality.

48 "(...) certain categories of organisation within the voluntary sector are described in a manner which might suggest that the type of legal entity involved was a trust; these include community development trusts (...). Eg. Out of the community development trusts which are members of DTAS, none take the legal form of a trust": Highlands & Islands Enterprise & Development Trusts Association Scotland (2005), 'Demystifying Trusts Guidance Note', Glasgow: Burness, p. 6. Niet duidelijk is of potentiële leden worden getoetst op de kaders, waarden en principes die Locality toedicht aan de *development trusts*.

49 Bij de traditionele trustvorm worden financiële middelen en/of goederen gehouden door een persoon of door verschillende personen (*trustee(s)*) met het oogmerk hierover te beschikken in het kader van een specifiek doel waar anderen door gebaat zijn. *Trusts* zijn er in vele soorten en maten. Een in het Verenigd Koninkrijk veelgebruikte definitie is de volgende: 'A trust is an equitable obligation, binding a person (called a trustee) to deal with property owned by him (called the trust property, being distinguished from his own property) for the benefit of persons (called beneficiaries, or in old cases, cestuis que trust), of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation': A. Underhill en D.J. Hayton (2003), 'Law relating to trusts and trustees', London: Butterworths/LexisNexis, p. 3. Deze definitie laat zien dat de trustee dus ook onderdeel van de groep 'anderen' kan zijn.

50 Zie onder andere www.locality.uk.co en www.bewonersbedrijven.nl.

51 The Ownership Commission (2012), 'Plurality, Stewardship and engagement: The Report of the Ownership Commission March 2012', Borehamwood: Mutuo, p. 19.

52 Kamerstukken II, 2012-2013, 32 003, nr. 7.

nemerschap staat in de belangstelling. Eigen verantwoordelijkheid met bijpassende aansprakelijkheid wint terrein. Een deel van het Nederlandse ondernemingsrecht is inmiddels gemoderniseerd. Wij hebben dat onder andere mogen meemaken door de wijziging en aanpassing van het BV-recht. De *i*-samenleving met nieuwe vormen van samenwerking en de centralere plaats voor de eigen aansprakelijkheid vraagt echter ook om herziening van het personenvennootschapsrecht. Het beginsel van $1 + 1 = 3$ wordt in de toenemende persoonsgebonden samenwerkingsvormen manifest. Het bundelen van individuele krachten zorgt voor toegevoegde waarde. Het beginsel van als je niet kan delen, je toch kan vermenigvuldigen, gaat door dynamiek van de *i*-samenleving in een modern personenvennootschapsrecht helemaal op. Door de aansprakelijkheidsrisico's niet te delen, ontstaat er een samenwerkingsvorm die het beste past bij het nieuwe ondernemerschap.

Een pluraliteit van gewenste eigendoms- en bestuursstructuren en de variëteit in business modellen, creëert de behoefte aan een corresponderende diversiteit in organisatievormen die allemaal *up-to-date* zijn. Keuzevrijheid moet over de gehele linie bestaan. Transparante rechtsvormen hebben ten slotte de voorkeur boven ondoorzichtige constructies. Die vormen een groter risico voor de samenleving dan een goed geregelde aansprakelijkheid van deelnemers in het economisch verkeer. De Nederlandse opvatting dat de BV-vorm de vanzelfsprekende manier is om een commerciële onderneming te drijven, is aan fundamentele herziening toe. Voor samenwerkende zzp'ers moet er een geschikte rechtsvorm komen. Bij voorkeur door aanpassing van de aansprakelijkheidsregels in het personenvennootschapsrecht. Ik zou de wetgever het volgende mee willen geven: *Mind the gap, take the next step!*

Het zou goed zijn als jonge generaties juristen en ondernemers bij de ontwikkeling van het personenvennootschapsrecht worden betrokken, ook in het informele proces waarin het zich nu bevindt. Door gebruik te maken van de mogelijkheden van bijvoorbeeld *crowd sourcing* kan op een andere wijze dan via de traditionele, input worden verkregen. Ook op dit punt zou er geïnnoveerd moeten worden. Voor kleinschalige burgerinitiatieven is het belangrijk dat er herkenbaarheid en waarborging ontstaat voor het toepassen van principes die horen bij het dienen van het maatschappelijk belang in combinatie met de noodzaak van een commercieel verdienmodel. De ondernemingsrechtjuristen kunnen daaraan dienstbaar zijn.

De ondernemingspraktijk is in de *i*-samenleving gebaat bij laagdrempelige, heldere en toegankelijke informatie over de *ins* en *outs* van de in Nederland beschikbare ondernemingsvormen. De startende ondernemer zal voor die informatie vaak als eerste gaan buurten bij de KvK, eventuele medeondernemers uit het eigen netwerk en zal op zoek gaan naar internetfora waar informatie tussen ondernemers wordt uitgewisseld. Ik vind de KvK-informatie en het ondersteunende karakter daarvan op dit moment tamelijk mager.

Misschien zou er door middel van bijvoorbeeld *Wiki* een nieuw openbaar systeem ontwikkeld kunnen worden dat in de informatiebehoefte voorziet. Daarnaast valt te denken aan software waarmee aan samenwerkende zelfstandige ondernemers en burgers door vraag en antwoord, richting wordt gegeven aan de rechtsvormkeuze. Die zou dan ook als *app* gepresenteerd kunnen worden want we leven inmiddels op een *Planet of the Apps*. In het buitenland is dergelijke software in ieder geval al via internet toegankelijk.⁵³

Ik hoop dat mijn oratie studenten aanzet tot denken over maatschappelijke ontwikkelingen in relatie tot het ondernemingsrecht. Naast het bestuderen van het bestaande ondernemingsrecht voor het tentamen, verdient bezinning en dialoog over wat de toekomst eist, meer ruimte. Een tweetweet van @tufan023 is daarvan een mooi voorbeeld.⁵⁴ De tweet luidt als volgt: "me filosofieboek kent geen punten na elke zin. Alleen maar vraagtekens. Ik ben dus allerlei vragen aan het leren". Ook op het gebied van het ondernemingsrecht en het kleinschalig ondernemerschap liggen nog vele vraagstukken in het verschiet. Het is een voorrecht én een uitdaging om als hoogleraar Ondernemingsrecht hier in Leiden te mogen bijdragen aan het vinden van antwoorden daarop.

53 Zie bijvoorbeeld: www.uk.coop/our-work/select-structure-tool.

54 Zieltweet @tufan023 NRC 3 april 2012.