EEN NEDERLANDSE PERSONENVENNOOTSCHAP MET BEPERKTE AANSPRAKELIJKHEID: WENSELIJK?

EEN NEDERLANDSE PERSONENVENNOOTSCHAP MET BEPERKTE AANSPRAKELIJKHEID: WENSELIJK?

A Dutch Limited Liability Partnership: desirable?

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus

Prof.dr. H.G. Schmidt
en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op
donderdag 17 februari 2011 om 15.30 uur

door

Iris Stefanie Wuisman
geboren te Leiden

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Promotiecommissie

Promotoren:	Prof.mr. M.J. Kroeze Prof.mr. J.B. Wezeman
Overige leden:	Prof.mr. B.F. Assink Prof.mr. L. Timmerman Prof.dr. J.C.M. van Sonderen

Deze dissertatie is ook verschenen in de serie Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 81, onder ISBN 978-90-13-08628-7.

Voorwoord

En dan is het boek ineens echt af! Naar dat moment heb ik net als veel promovendi erg uitgekeken. De ontdekkingstocht, het ongelimiteerd nieuwsgierig mogen zijn, de uitdaging, het uitpluizen, de verrijking van je inzicht, het zelf kunnen creëren maar ook het moeten missen van veel leuke en mooie momenten, het ploeteren, altijd het gevoel hebben dat je eigenlijk aan het proefschrift moet werken en die laatste zware loodjes; en nu is het klaar! Het proefschrift draagt weliswaar mijn naam maar ik had het niet tot stand kunnen brengen zonder de hulp van een aantal voor mij belangrijke mensen die ik hierbij graag ga bedanken.

Allereerst mijn twee promotoren Maarten Kroeze en Jan Berend Wezeman. Dank dat jullie mij, met mijn scriptie als uitgangspunt, de mogelijkheid hebben gegeven om te promoveren. Ik bewonder jullie gedrevenheid en enthousiasme voor het ondernemingsrecht. Die heeft aanstekelijk en motiverend gewerkt. Dank voor jullie inzichten en de mij vergunde vrijheid bij het schrijven van dit proefschrift.

Prof. mr. L. Timmerman, Prof. dr. J.C.M. van Sonderen en Prof. mr. B.F. Assink zijn bereid geweest zitting te nemen in de kleine commissie. Zij hebben mijn proefschrift van zeer deskundig en constructief commentaar voorzien. Commentaar dat mij gestimuleerd heeft mijn proefschrift verrijkt met hun toegevoegde waarde de finishing touch te geven. Ik spreek daarvoor hier graag mijn waardering uit.

Een bijzonder woord van dank gaat uit naar Stibbe. Zowel voor als tijdens mijn dienstverband heb ik letterlijk en figuurlijk de ruimte gekregen om aan mijn proefschrift te schrijven. Norbert, Peter, Peter en Aernout van Plugwise, het was een moeilijke beslissing om van het ondernemerschap over te stappen naar de wetenschap. Dank voor jullie begrip voor die beslissing en het mogelijk maken dat ik aan mijn promotie kon werken.

Lieve en begripvolle vrienden en vriendinnen. Ik ben blij dat ik jullie heb. De afgelopen tijd hebben mijn werk, de advocatenopleiding en het proefschrift zo'n beetje al mijn tijd opgeslokt en daardoor zijn jullie er vaak bij ingeschoten.

Nu zijn zowel de opleiding als het proefschrift af waardoor we weer veel leuke dingen samen kunnen doen.

Lieve familie en in het bijzonder lieve papa. Onvoorwaardelijke steun. Moreel en inhoudelijk. Jullie weten hoeveel ik dat waardeer.

Lieve Martien mijn laatste dank gaat naar jou. Jij bent mijn liefde, jij bent mijn maatje. Zonder jou zou ik dit project niet hebben volbracht. Ook voor jou was promoveren af en toe een uitputtingsslag en ik heb ontzag voor jouw uithoudingsvermogen. Samen hebben we alle hoogtepunten gevierd en de moeilijke momenten gedeeld. Ik zal nog vaak terugdenken aan onze 'momentjes' zoals het ritje naar de andere kant van het land om daar de perfecte lundia-stelling bij elkaar te vinden om mijn eindeloze papieren thuis een plekje te geven of aan de heerlijke champagne en onze taart. Lieve Martien, het is het feestje om jou in mijn leven te hebben.

Iris

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1. Inleiding 1
1.1 Inleiding 1
1.2 Opbouw 5

Hoofdstuk 2. Jurisdictionele competitie 9
2.1 Inleiding 9
2.2 Jurisdictionele competitie 11
2.2.1 Het model van Tiebout 11
2.2.2 Het model van Tiebout in juridische context 13
2.2.3 Voorwaarden voor een jurisdictionele competitie 14
2.2.4 Jurisdictionele competitie en het vennootschapsrecht 14
2.2.4.1 Aanbodzijde in het vennootschapsrecht 15
2.2.4.1.1 Horizontale en verticale competitie 16
2.2.4.2 Vraagzijde in het vennootschapsrecht 16
2.2.4.2.1 Vennootschapsrechtelijke belangen van vennootschappen 16
2.2.4.2.2 Andere belangen van vennootschappen 18
2.3 Jurisdictionele competitie in de VS 18
2.3.1 Mobiliteit van kapitaalvennootschappen in de VS 19
2.3.2 Mobiliteit van personenvennootschappen in de VS 20
2.3.3 Stimulansen aan de aanbodzijde in de Verenigde Staten 21
2.3.4 Stimulansen aan de vraagzijde in de Verenigde Staten 22
2.3.4.1 *Home-state-preference* van kleine besloten vennootschappen 24
2.3.4.2 De vraag naar ander recht 25
2.3.5 Conclusie jurisdictionele competitie in de Verenigde Staten 27
2.4 Jurisdictionele competitie in Europa 29
2.4.1 Inleiding Europese Unie (algemeen) 29
2.4.2 Harmonisatie versus deregulering (algemeen) 30
2.4.3 Harmonisatie en deregulering in het vennootschapsrecht 30
2.4.4 Mobiliteit van vennootschappen in de Europese Unie 32
2.4.5 Incorporatieleer vs. werkelijke zetelleer 33
2.4.5.1 De werkelijke zetelleer 33
2.4.5.2 De incorporatieleer 35
2.4.5.3 Toepasselijkheid van de twee leren op kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen? 36
2.4.6 Europese maatregelen en mobiliteit van vennootschappen 37

2.4.6.1 *Societas Europaea* en de *Societas Cooperativa Europaea* 38
2.4.6.2 *Societas Privata Europaea* 39
2.4.6.3 Grensoverschrijdende juridische fusie 40
2.4.6.4 Belastingheffing en de mogelijkheid van statutaire zetelverplaatsing 41
2.4.6.5 Conclusie Europese maatregelen en mobiliteit van vennootschappen 42
2.4.7 Arresten van het Europese Hof over vrijheid van vestiging van vennootschappen 42
2.4.7.1 Immigratie: Centros, Überseering en Inspire Art 43
2.4.7.1.1 Centros 43
2.4.7.1.2 Überseering 44
2.4.7.1.3 Inspire Art 44
2.4.7.2 Emigratie: Daily Mail, Hughes de Lasteyrie du Saillant, Cadbury Schweppes, Sevic en Cartesio 45
2.4.7.2.1 Daily Mail 45
2.4.7.2.2 Hughes de Lasteyrie du Saillant 47
2.4.7.2.3 Cadbury Schweppes 48
2.4.7.2.4 Sevic 48
2.4.7.2.5 Cartesio 49
2.4.7.3 De gevolgen van de uitspraken van het Europese Hof 49
2.4.7.3.1 Conclusie – Immigratie 50
2.4.7.3.2 Conclusie – Emigratie 50
2.4.7.4 Conclusie uitspraken van het Europese Hof 51
2.4.8 Stimulansen aan de vraagzijde in de Europese Unie 52
2.4.8.1 Europese jurisdictionele competitie gericht op kleine besloten vennootschappen 54
2.4.8.2 Aantallen (her)incorporaties 55
2.4.9 Stimulansen aan de aanbodzijde in de Europese Unie 56
2.5 Conclusies en verschillen tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten in de mobiliteit van vennootschappen 58
2.6 Nederland 63
2.7 Afsluitende conclusie 63

Hoofdstuk 3. Rechtsvormkeuze 65
3.1 Inleiding 65
3.2 Vennootschapstructuur 67
3.2.1 Het spectrum van vennootschappen 68
3.2.2 Gemeenschappelijke en conflicterende belangen 68
3.3 Fiscaliteit 69
3.4 Aansprakelijkheid 70
3.4.1 Redenen voor (beperkte) aansprakelijkheid 71
3.4.2 Gerechtigheid, doelmatigheid en rechtszekerheid 72
3.4.3 Utilisme – Rechtseconomie 73
3.4.4 Kantianisme – Liberalisme 75
3.4.5 Toegepast op het aansprakelijkheidsregime 76

3.4.6 Rechtseconomie en aansprakelijkheid 77
3.4.7 Kantianisme en aansprakelijkheid 77
3.4.8 Aansprakelijkheid in het vennootschapsrecht 78
3.5 Pro rato theorie 79
3.5.1 Pro rato theorie en verzekeringen 79
3.5.2 Kritiek op de pro rato theorie 80
3.6 Efficiëntietheorie 81
3.6.1 Efficiëntie en winstmaximalisatie 82
3.6.2 Efficiëntie en transactiekosten 83
3.6.3 Kritiek op de efficiëntietheorie 84
3.6.4 Relativering van de kritiek op de efficiëntietheorie 85
3.6.5 Verschillende soorten schuldeisers 86
3.6.6 De risico's van schuldeisers 88
3.6.7 Efficiëntietheorie en risico's 89
3.6.8 Efficiëntietheorie en verzekeringen 89
3.7 Beschermingsmechanismen bij beperkte aansprakelijkheid 91
3.8 Kapitaalbescherming door dwingende regelgeving 92
3.8.1 Twee soorten kapitaalbeschermingsregels 92
3.8.2 Minimumkapitaalregels 92
3.8.3 Uitkeringsregels 93
3.8.4 Argumenten voor dwingende uitkeringsregels 95
3.8.5 Argumenten tegen dwingende uitkeringsregels 95
3.8.6 Gevolgen van ongeoorloofde uitkeringen 97
3.8.7 Openbaarmaking 97
3.9 Conclusie dwingendrechtelijke kapitaalbeschermingsregels 98
3.10 Bescherming door *creditor self help* 100
3.10.1 Informatie en convenanten 100
3.10.2 Zekerheden en garanties 102
3.10.3 Verzekering en diversificatie 102
3.10.4 Argumenten voor het *creditor self help*-mechanisme 102
3.10.5 *Creditor self help* en *non-adjusting* schuldeisers 103
3.10.6 Argumenten tegen het *creditor self help*-mechanisme 103
3.10.7 Relativering argumenten tegen het *creditor self help*-mechanisme 105
3.10.8 Conclusie *creditor self help* 106
3.11 Bescherming door standaarden 107
3.11.1 Doorbraak van aansprakelijkheid in de Verenigde Staten 108
3.11.2 *Fraudulent transfers* in de Verenigde Staten 109
3.11.3 Doorbraak van aansprakelijkheid in het Verenigd Koninkrijk 110
3.11.4 *Fraudulent trading* in het Verenigd Koninkrijk 111
3.11.5 *Wrongful trading* in het Verenigd Koninkrijk 112
3.11.6 Doorbraak van aansprakelijkheid in Nederland 113
3.11.7 Aansprakelijkheid van bestuurders en *wrongful trading* 115
3.11.7.1 De Beklamel-situatie 115
3.11.7.2 De Oosterhof-situatie 116
3.11.8 Aansprakelijkheid van aandeelhouders en *wrongful trading* 117

3.11.9 Aansprakelijkheid van bestuurders en vermogensonttrekkingen 117
3.11.10 Aansprakelijkheid van aandeelhouders en vermogens-onttrekkingen 118
3.12 Welk schuldeisersbeschermingsmechanisme onder een beperkt aansprakelijkheidsregime is geschikter? 120
3.12.1 Beschermingssystemen en het utilisme/kantianisme 120
3.12.2 Beschermingssystemen en *common law/civil law* 121
3.12.3 Beperkte aansprakelijkheid, welvaartsmaximalisatie en redelijkheid 122
3.12.4 Schuldeiserbescherming, welvaartsmaximalisatie en redelijkheid 123
3.13 Kleine besloten vennootschappen en beperkte aansprakelijkheid 125
3.13.1 Kleine besloten kapitaalvennootschappen en beperkte aansprakelijkheid 125
3.13.2 Personenvennootschappen en beperkte aansprakelijkheid 127
3.13.3 Reputatie en beperkte aansprakelijkheid 128
3.13.4 Nadelen van onbeperkte aansprakelijkheid 129
3.13.5 Het *creditor self help*-mechanisme en kleine besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid 130
3.13.6 Beperkte aansprakelijkheid en individuele garantstellingen 130
3.13.7 Overwegingen van efficiëntie en democratie voor kleine besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid 131
3.14 Kapitaalbescherming bij personenvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid 132
3.14.1 Kapitaalbescherming bij LLP's in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk 133
3.14.2 Uitbreiding van aansprakelijkheid 133
3.14.3 Openbaarmakingsvereisten 134
3.14.4 Uitkeringen en de 'Amerikaanse' LLP 136
3.14.5 Uitkeringen en de Engelse LLP 137
3.14.6 Doorbraakaansprakelijkheid, *wrongful trading* en *fraudulent trading rule* in het Verenigd Koninkrijk 138
3.14.7 Doorbraakaansprakelijkheid, *wrongful trading* en *fraudulent transfer rule* in de Verenigde Staten 138
3.14.8 Vennootschap en verzekering 139
3.15 Argumenten tegen kleine besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid 141
3.15.1 Overwegingen van efficiëntie en democratie tegen kleine besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid 142
3.15.2 Tegenargumenten vanuit het verzekeren 143
3.16 Conclusie beperkte aansprakelijkheid voor kleine besloten vennootschappen 143
3.17 Conclusie 145

Hoofdstuk 4. De Verenigde Staten 147
4.1 Inleiding 147
4.2 Rechtsvormen in de Verenigde Staten 147

4.2.1 *Corporations vs. Partnerships* 147
4.2.2 Ontwikkeling van nieuwe rechtsvormen 148
4.3 *Corporations* (kapitaalvennootschappen) 149
4.3.1 *Business corporations (public* en *close)* 150
4.3.1.1 Wetgeving voor *close corporations* 151
4.3.1.2 Gevolgen van de kwalificatie als *close corporation* 151
4.3.2 *Professional corporations* 152
4.4 Fiscaliteit: *C-corporations* en *S-corporations* 153
4.4.1 *C-Corporation* 153
4.4.2 *S-Corporation* 154
4.5 *Limited Liability Company* 155
4.5.1 Ontwikkeling van de *Limited Liability Company* 155
4.5.2 Introductie van de LLC in de diverse staten 155
4.5.3 LLC-wetgeving 156
4.5.4 Kenmerken van de LLC 156
4.5.5 Vennootschapstructuur 157
4.5.6 Aansprakelijkheid 159
4.5.7 Fiscaliteit 161
4.5.7.1 *Kinter regulations* 161
4.5.7.2 *Check-the-box regulations* 161
4.5.7.3 Gevolgen van de *check-the-box regulations* 162
4.6 *Partnerships* 162
4.6.1 *General Partnership* 163
4.6.2 Wetgeving 163
4.6.3 *Limited Partnership* 164
4.7 *Limited Liability Partnership* 165
4.7.1 Ontwikkeling van de LLP 165
4.7.2 Introductie van de LLP in Texas 166
4.7.3 Introductie van de LLP in de andere staten 167
4.7.4 Kenmerken van de LLP 167
4.7.5 Vennootschapstructuur 168
4.7.5.1 Bestuursbevoegdheid en winst&verliesdeling 168
4.7.5.2 Vertegenwoordigingsbevoegdheid 169
4.7.6 Aansprakelijkheid 170
4.7.6.1 Externe en interne aansprakelijkheid 170
4.7.6.2 Drie generaties LLP-regelingen 172
4.7.6.2.1 De eerste generatie 172
4.7.6.2.2 De tweede generatie 173
4.7.6.2.3 De derde generatie 174
4.7.6.2.4 Uitzonderingen op de *full shield*-bescherming 177
4.7.6.3 Externe aansprakelijkheid na uittreding, ontbinding en toetreding 179
4.7.6.4 Verzekeringen, verbod op uitkeringen en *piercing the corporate veil* 180
4.7.6.5 Aansprakelijkheid en beroepsregels 181
4.7.7 Fiscaliteit 182

4.8 Verschillen en overeenkomsten tussen de LLC en LLP 182
4.9 Het gebruik van de LLC en LLP in de Verenigde Staten 184
4.10 Aandachtspunten voor Nederland 187
4.11 Conclusie 188

Hoofdstuk 5. Het Verenigd Koninkrijk 191
5.1 Inleiding 191
5.2 Rechtsvormen in het Verenigd Koninkrijk 191
5.2.1 *Partnerships vs. Companies* 192
5.3 Veranderend ondernemingsrecht 193
5.4 *Partnerships* 194
5.4.1 *Partnership* 194
5.4.2 *Limited Partnership* 195
5.5 *Companies* 196
5.5.1 *Limited companies vs. Unlimited companies* 196
5.5.2 *Small-, Medium- en Large companies* 197
5.5.3 *Public companies vs. Private companies* 198
5.5.3.1 Een nieuwe vorm van besloten kapitaalvennootschap? 198
5.5.3.2 Herziening van het kapitaalvennootschapsrecht 199
5.6 *Limited Liability Partnership* 200
5.6.1 Ontwikkeling van de LLP 200
5.6.2 Wetgeving 203
5.6.3 Kenmerken van de LLP 204
5.6.4 Beschikbaarheid van de LLP 205
5.6.5 Structuur 207
5.6.6 Aansprakelijkheid 207
5.6.6.1 Persoonlijke aansprakelijkheid 207
5.6.6.2 *Contributions* en andere waarborgen voor schuldeisers 210
5.6.7 Fiscaliteit 212
5.7 Kritiek op de LLP-vorm voor het MKB 213
5.8 Vergelijking tussen het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten 214
5.9 Het gebruik van LLP's in het Verenigd Koninkrijk 215
5.10 Aandachtspunten voor Nederland 217
5.11 Conclusie 218

Hoofdstuk 6. Nederland 221
6.1 Inleiding 221
6.2 Rechtsvormen in Nederland 223
6.2.1 Personenvennootschappen 223
6.2.2 Kapitaalvennootschappen 224
6.3 Veranderend ondernemingsrecht 225
6.3.1 Modernisering van het BV-recht 225
6.3.2 Belangrijkste wijzigingen in het BV-recht 227
6.3.3 Herziening van het personenvennootschaprecht 227
6.3.4 Belangrijkste wijzigingen in het personenvennootschaprecht 228
6.3.5 Veranderingen in het vennootschapsrecht voldoende? 229

6.3.6 Een nieuwe rechtsvorm in het vennootschapsrecht? 230
6.3.7 Conclusies en aanbevelingen uit het WODC-onderzoek 233
6.4 Gewenste vennootschappelijke structuur voor het MKB en de vrije beroepsbeoefenaren 234
6.4.1 Het juridische karakter van de BV 234
6.4.2 Dwingend BV-recht/duale orgaanstructuur 235
6.4.3 Het juridische karakter van de personenvennootschap 238
6.4.4 Welke vennootschappelijke structuur is voor het MKB en de vrije beroepsbeoefenaren wenselijk? 240
6.5 Gewenst aansprakelijkheidsregime voor het MKB en de vrije beroepsbeoefenaren 241
6.5.1 Externe aansprakelijkheid bij de vennootschappen uit Titel 7.13 241
6.5.2 De aansprakelijkheid bij de OV/OVR: artikel 7:813 Wetsvoorstel Titel 7.13 242
6.5.3 Artikel 7:813 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13 243
6.5.4 Artikel 7:813 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 243
6.5.5 Artikel 7:813 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13 246
6.5.6 Externe aansprakelijkheid van de besturende derde 246
6.5.7 Externe aansprakelijk van een uitgetreden, toegetreden of gewezen vennoot 247
6.5.8 Interne aansprakelijkheid 248
6.5.9 Suppletieplicht van vennoten bij vereffening 250
6.5.10 Interne aansprakelijkheid bij uittreding, toetreding of opvolging 250
6.5.11 Inperking van de onbeperkte aansprakelijkheid 251
6.5.12 Afwijkingen van het externe aansprakelijkheidsregime van personenvennootschappen: contractuele aansprakelijkheids-bedingen 251
6.5.13 Werking van contractuele aansprakelijkheidsbedingen 251
6.5.14 Contractuele aansprakelijkheidsbedingen en derden 255
6.5.15 Conclusie contractuele aansprakelijkheidsbedingen 257
6.5.16 Gevolgen van het onbeperkte aansprakelijkheidsregime van personenvennootschappen 257
6.5.17 Conclusie gewenst aansprakelijkheidsregime voor het MKB en de vrije beroepsbeoefenaren 259
6.6 Gewenst belastingregime voor het MKB en de vrije beroepsbeoefenaren 260
6.6.1 Inkomstenbelasting 261
6.6.2 Belastingplichtige onder de Wet IB 2001 262
6.6.3 (Belastbare) Winst uit onderneming 262
6.6.4 Vennootschapsbelasting 263
6.6.5 Het winstbegrip 263
6.6.6 Dubbele belastingheffing 264
6.6.7 Belastingheffing personenvennootschap ‘nieuwe stijl’ 264
6.6.8 Voordelen en nadelen Vpb en IB 265
6.6.9 Conclusie gewenst belastingregime voor het MKB en de vrije beroepsbeoefenaren 266
6.7 Een Nederlandse LLP gewenst 267

6.8 De Nederlandse LLP 272
6.8.1 Wettelijke verankering van de Nederlandse LLP 273
6.8.2 Beschikbaarheid 275
6.8.3 Het ontstaan van een OVBA 275
6.8.3.1 Rechtspersoonlijkheid 275
6.8.3.2 Redenen voor het optionele stelsel van rechtspersoonlijkheid in het Wetsvoorstel Titel 7.13 276
6.8.3.3 Rechtspersoonlijkheid en de OVBA 279
6.8.3.4 Oprichtingsvereisten van een Amerikaanse LLP 280
6.8.3.5 Verkrijging van rechtspersoonlijkheid in Wetsvoorstel Titel 7.13 282
6.8.3.6 Inschrijving in het handelsregister 283
6.8.3.7 Notariële akte voor de oprichting van een OVR of de verkrijging van rechtspersoonlijkheid 285
6.8.3.8 Inschrijving en formele oprichtingseisen van de OVBA 287
6.8.3.9 Plaatsing van de OVBA in het Wetsvoorstel Titel 7.13 288
6.8.3.10 Nadere eisen of waarborgen 290
6.8.3.11 Verkrijging van beperkte aansprakelijkheid en omzetting in een OVBA 292
6.8.3.12 Omzetting en de Amerikaanse LLP 292
6.8.3.13 Verkrijging van rechtspersoonlijkheid door een OV 293
6.8.3.14 Omzetting van een OVR in een BV 294
6.8.3.15 Uitwerking van de verkrijging van beperkte aansprakelijkheid en de omzetting in een OVBA 295
6.8.3.16 Uitwerking in de wetgeving van het verkrijgen van beperkte aansprakelijkheid door de OV en OVR 296
6.8.3.17 Omzetting van een BV en een NV in een OVBA? 297
6.8.3.18 Uitwerking in de wetgeving van de omzetting van een BV in een OVBA 300
6.8.3.19 Omzetting van een NV in een OVBA 300
6.8.3.20 Het opgeven van beperkte aansprakelijkheid en de omzetting van een OVBA in een BV 301
6.8.3.21 Uitwerking in de wetgeving van het opgeven van beperkte aansprakelijkheid en de omzetting van een OVBA in een BV 302
6.8.3.22 Reorganisaties 302
6.8.4 Vennootschapstructuur 303
6.8.5 Aansprakelijkheid 305
6.8.5.1 Externe aansprakelijkheid van de vennoten van de OVBA 306
6.8.5.2 Uitwerking in de wetgeving van de externe aansprakelijkheid van de vennoten van de OVBA 307
6.8.5.3 Aansprakelijkheid: toetreden en opvolgen 312

6.8.5.4 Externe aansprakelijkheid van de vennoten van de OVBA na uittreding en omzetting 313
6.8.5.5 Interne aansprakelijkheid bij uittreding van vennoten van de OVBA 314
6.8.6 Crediteurenbescherming 314
6.8.6.1 OVBA en bescherming door de overeenkomst 315
6.8.6.2 OVBA en bescherming door de wet en standaarden 316
6.8.6.3 Regels over ongeoorloofde vermogensonttrekkingen/uitkeringen 317
6.8.6.4 Uitkeringsregels in de Verenigde Staten 317
6.8.6.5 Uitkeringsregels in het Verenigd Koninkrijk 318
6.8.6.6 Uitkeringsregels in Nederland 319
6.8.6.7 Uitkeringen in het Wetsvoorstel flex-BV 320
6.8.6.8 Uitkeringsregels en de OVBA 322
6.8.6.9 Bestaande waarborgen voor vermogensonttrekkingen bij de OVBA 322
6.8.6.10 Winstuitkeringen 323
6.8.6.11 Aansprakelijkheid bij OVBA-winstuikeringen 325
6.8.6.12 Aansprakelijkheid op grond van artikel 7:809 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13 (besturende vennoten) 325
6.8.6.13 Aansprakelijkheid op grond van artikel 7:800 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 (besturende, niet-besturende en opeisende vennoten) 328
6.8.6.14 Aansprakelijkheid van vennoten voor de uitkeringsbepaling uit de vennootschapsovereenkomst en de ontvangers van de uitkering zonder dat deze opgeëist is 328
6.8.6.15 Aansprakelijkheid van derden die bevoegd zijn besluiten tot uitkering te nemen 329
6.8.6.16 Vorderingsrechten op grond van artikel 7:800 lid 2 en 7:809 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13 329
6.8.6.17 Acties van individuele schuldeisers 330
6.8.6.18 Acties van de curator buiten Titel 7.13 331
6.8.6.18.1 Artikel 42 Faillissementswet 331
6.8.6.18.2 Artikel 47 Faillissementswet 333
6.8.6.18.3 Onrechtmatige daad 333
6.8.6.19 Transacties met dezelfde financiële consequenties als winstuitkeringen 333
6.8.6.20 Voldoende waarborgen of een specifieke OVBA-uitkeringsregel vereist? 334
6.8.6.21 Specifieke uitkeringsregel voor de OVBA 335
6.8.6.22 Wat valt er onder het begrip uitkeringen? 336
6.8.6.23 De maatstaven voor de bepaling of een uitkering geoorloofd is 338
6.8.6.24 Opeisbare schulden, het omslagpunt en voorzienbaarheid 339

6.8.6.25 Wie is aansprakelijk voor ongeoorloofde uitkeringen bij de OVBA 340
6.8.6.26 De plaats van de uitkeringsregel in het recht 343
6.8.6.27 Verjaringstermijn van de vordering op grond van de uitkeringsregel 345
6.8.6.28 *Wrongful trading* en de OVBA 345
6.8.6.29 Minimumkapitaal en jaarrekening 348
6.8.6.30 Aansprakelijkheidsverzekering en beroepsorganisaties 348
6.8.7 Fiscaliteit 349
6.9 Afsluiting; de Nederlandse OVBA 349
6.10 Conclusie 352

Hoofdstuk 7. Fiscale classificatie van de OVBA 355
7.1 Inleiding 355
7.2 Zelfstandige belastingplichtigen 356
7.2.1 Binnenlandse belastingplichtigen 357
7.2.1.1 Rechtspersonen 357
7.2.1.2 Rechtspersoonachtigen 358
7.2.2 Buitenlandse belastingplichtigen 359
7.3 De classificatie van de OVBA 360
7.4 De rechtsgronden van de Vpb 363
7.4.1 Het buitenkansbeginsel 363
7.4.2 De leer van het globale evenwicht 364
7.4.3 Antropomorfe visie – draagkrachtbeginsel 365
7.5 Zelfstandigheid en rechtspersonen bekeken vanuit de wetgever 366
7.5.1 Zelfstandigheid van de vennootschap 368
7.5.1.1 Zelfstandig vermogen 369
7.5.1.2 Zelfstandig vermogen en de OVBA 370
7.5.1.3 Zelfstandig vermogen en (toekomstige) personenvennootschappen 371
7.5.1.4 Conclusie zelfstandig vermogen 374
7.5.1.5 Afgescheiden winst 374
7.5.1.6 Afgescheiden winst en de OVBA 376
7.5.1.7 Afgescheiden winst en (toekomstige) personenvennootschappen 377
7.5.1.8 Afgescheiden winst en vennootschapbelastingplichtigen 377
7.5.1.9 Conclusie afgescheiden winst 379
7.5.2 Zelfstandigheid van de aandeelhouders 379
7.5.2.1 Vereenzelviging: aandeelhouder en ondernemer 380
7.5.2.2 Vereenzelviging en de OVBA 381
7.5.2.3 Vereenzelviging en (toekomstige) personenvennootschappen 382
7.5.2.4 Vereenzelviging en vennootschapsbelastingplichtigen 382
7.5.2.5 Conclusie vereenzelviging 383
7.5.2.6 Aansprakelijkheid 384
7.5.2.7 Aansprakelijkheid en de OVBA 384

7.5.2.8 Aansprakelijkheid en (toekomstige) personenvennootschappen 385
7.5.2.9 Aansprakelijkheid en vennootschapsbelastingplichtigen 386
7.5.2.10 Conclusie aansprakelijkheid 387
7.5.2.11 Verhandelbaarheid 387
7.5.2.12 Verhandelbaarheid: open karakter en het toestemmingsvereiste 388
7.5.2.13 Verhandelbaarheid en de OVBA 390
7.5.2.14 Verhandelbaarheid en (toekomstige) personenvennootschappen 391
7.5.2.15 Verhandelbaarheid en vennootschapsbelastingplichtigen 392
7.5.2.16 Conclusie verhandelbaarheid 392
7.6 Conclusie rechtsgronden en huidige criteria voor de fiscale classificatie van Nederlandse rechtsvormen 393
7.7 Classificatiemethode buitenlandse rechtsvormen 393
7.7.1 Ad 1: Eigendom 394
7.7.2 Ad 2: Aansprakelijkheid 395
7.7.3 Ad 3: Samenwerkingsverband met een in aandelen verdeeld kapitaal 395
7.7.4 Ad 4: Verhandelbaarheid 396
7.8 De classificatiemethode voor buitenlandse rechtsvormen en de OVBA 398
7.8.1 Vragen een en twee van de classificatiemethode 398
7.8.1.1 De aansprakelijkheid van participanten bij de Minnesota LLP, de New York LLP en de Delaware LLP 399
7.8.1.2 De aansprakelijkheid van participanten bij de Engelse LLP 400
7.8.2 Vragen drie en vier van de classificatiemethode 401
7.8.3 Conclusie classificatiemethode buitenlandse rechtsvormen 402
7.9 De classificatie van buitenlandse rechtsvormen in de jurisprudentie 403
7.10 Jurisprudentie in het kader van de classificatie van buitenlandse rechtsvormen en de OVBA 405
7.11 Conclusie classificatie van de OVBA in het huidige Nederlandse belastingregime 406
7.12 Gewenste classificatie van de OVBA en het gewenste toekomstige belastingregime 407

Hoofdstuk 8. Samenvattende conclusie 411

Summary 419

Literatuurlijst 427

Trefwoordenregister 459

Curriculum vitae 469

Hoofdstuk 1. Inleiding

1.1 Inleiding

In de afgelopen twintig à dertig jaar heeft het Europese ondernemersklimaat door de mondialisering van de economieën en de technologische ontwikkelingen een snelle verandering doorgemaakt. In 2000 heeft de Europese Raad in de Lissabon-strategie voor de Europese Unie het strategische doel gesteld om in 2010 de meest concurrerende en dynamische markt te worden.[1] De spectaculaire groei van de internationale economie heeft in de laatste decennia de vraag naar het belang van het recht, en mogelijk ook dat van verschillend recht, doen ontstaan.[2] Het concurrentievermogen en de dynamiek van bedrijven is rechtstreeks afhankelijk van de mate waarin het regelgevend klimaat in een land bevorderlijk is voor investeringen, innovatie en ondernemerschap.[3] Dit is voor de Europese Commissie in 2003 aanleiding geweest om een actieplan voor de modernisering van het vennootschapsrecht en verbetering van de corporate governance in de Europese Unie vast te stellen.[4] Mede als gevolg van een aantal uitspraken van het Europese Hof van Justitie in het kader van de vrijheid van vestiging,[5] zijn ook de wetgevers van de lidstaten overgegaan tot een verbeterproces voor het eigen ondernemingsrecht. Deze uitspraken hebben de mogelijkheden vergroot om buiten de eigen landsgrenzen te kijken naar bruikbare buitenlandse vennootschapsvormen.[6] Daardoor is het fenomeen van jurisdictionele concurrentie zichtbaar geworden en zijn de lidstaten

1. Europese Raad van Lissabon (2000), 'Conclusies van het voorzitterschap', punt 5.
2. Slot, P.J. en M. Bulterman (2004), 'Globalisation and Jurisdiction', Den Haag: Kluwer International Law, blz. 1.
3. Europese Raad van Lissabon (2000), *supra* noot 1, punt 14.
4. Commissie van de Europese Gemeenschappen (2003), 'Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement; modernisering van het vennootschapsrecht en verbetering van de corporate governance in de Europese Unie – Een actieplan', Brussel 21 mei 2003, COM (2003) 284 definitief.
5. HvJ EG 9 maart 1999, *Centros Ltd. v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, Zaak 212/97 (Centros), HvJ EG 5 november 2002, *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumangament GmbH*, Zaak 208/00 (Überseering) en HvJ EG 30 september 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken te Amsterdam v. Inspire Art Ltd.*, Zaak 167/101 (Inspire Art).
6. Smits, J.M. (2006), 'Competitie tussen vennootschapsvormen: wat is het 'beste' stelsel van ondernemingsbestuur?', Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2006-1, blz. 21-26.

geconfronteerd met het gegeven dat hun vennootschapsrecht een factor van betekenis is voor de concurrentiekracht van hun economie.[7]

In de Verenigde Staten heeft de jurisdictionele competitie tussen staten geleid tot vergaande veranderingen op het gebied van vennootschapsrecht. Het 'menu' aan rechtsvormen is aanzienlijk uitgebreid,[8] en het bestaande vennootschapsrecht is aantrekkelijker gemaakt door nieuwe en meer efficiënte juridische structuren die wetgevers daarvoor nog niet konden voorzien.[9] Zo is de *Limited Liability Company* als nieuwe hybride rechtsvorm geïntroduceerd en heeft de *partnership*-vorm zich ontwikkeld met een nieuwe subvorm: de *Limited Liability Partnership*. Ook in Europa is een vergelijkbare ontwikkeling te zien. Het Italiaanse recht is op januari 2004 geheel hervormd[10] en in Spanje is de *Sociedad Limitada Nueva Empresa* geïntroduceerd.[11] Frankrijk biedt ondernemers sinds 1994 de *Société par Actions Simplifiée* aan,[12] waarvan de regelingen in 1999 zijn herzien.[13] Op 21 juli 2003 is het minimumkapitaalvereiste voor de *Sociétés à Responsabilité Limitée* verlaagd tot 1 euro.[14] In Duitsland is per 1 november 2008 het recht voor de *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* in een nieuwe wettelijke regeling vastgelegd.[15] Het Verenigd Koninkrijk lijkt echter de beste papieren te hebben in een Europese jurisdictionele competitie op het gebied van het vennootschapsrecht.[16] Onder leiding van de *Company Law Review Steering Group*[17] is een fundamentele herziening van het vennootschapsrecht tot stand gekomen. Deze herziening heeft er toe geleid dat in oktober 2009 een nieuwe *Companies Act* in werking is

7. Vgl: Raaijmakers, M.J.G.C. (2005), 'Vrijheid van ondernemerschap en 'bruikbaar ondernemingsrecht'; alternatieven voor formele wetgeving in het ondernemingsrecht?', in: 'Tussen Themis en Mercurius'; bedrijfsjuridische bijdragen aan een Europese beleidsconcurrentie bij gelegenheid van het 75 jarig bestaan van het Nederlands genootschap van bedrijfsjuristen, Deventer: Kluwer, blz. 257-287.
8. Vermeulen, E.P.M. (2003), 'The Evolution of Legal Business Forms in Europe and the United States; Venture Capital, Joint Venture and Partnership Structures', Proefschrift Universiteit van Tilburg, Den Haag: Kluwer Law International, blz. 326.
9. Ribstein, L.E. (2001), 'The Evolving Partnership', 26 Journal of Corporation Law, blz. 819-854.
10. www.governo.it/governoinforma/dossier/diritto_societario/index.html.
11. Ley 30/2005.
12. Wet. No. 94-1 van 3 januari 1994, J.O. 4 januari 1994, blz. 129.
13. Wet No. 99-587 van 12 juli 1999, J.O. 13 juli 1999, blz. 10396.
14. www.pme-commerce-artisanat.gouv.fr/grands-dossiers/index.htm.
15. *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen* (MoMiG).
16. Raaijmakers M.J.G.C. et al. (2003a), 'Herziening persoonsgebonden ondernemingsvormen; Enkele kanttekeningen bij het wetsvoorstel tot invoering van titel 7.13 BW, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, blz. 149.
17. Zie onder andere: Company Law Review Steering Group (2001), 'Modern Company Law; For a Competitive Economy, The Strategic Framework, Final Report, Volumes 1 and 2.

getreden en de *Limited Partnership Act 1907* is gemoderniseerd. In 2001 is de *Limited Liability Partnership* geïntroduceerd.[18] Ook zijn enkele voorstellen ingediend om de *Partnership Act 1890* te wijzigen.[19] De Engelse *Limited* wordt door veel ondernemers als een zeer aantrekkelijke rechtsvorm beschouwd als gevolg van de beperkte oprichtingsformaliteiten en de lage kosten van oprichting.

Ook Nederland heeft intussen niet stilgezeten. In de nota Modernisering van het ondernemingsrecht uit 2004[20] benadrukt de minister van Justitie dat aandacht voor de structuur van Nederlandse rechtsvormen en het ondernemingsrecht in brede zin noodzakelijk is om Nederland te profileren als vestigings- en ondernemingsland. Dit moet tot uiting komen in een concurrerende juridische infrastructuur, die onder andere flexibele rechtsvormen biedt die beantwoorden aan de behoeften van gebruikers, belanghebbenden en derden. Om dit te bereiken is door de minister een expertgroep ingesteld, die op 6 mei 2004 een rapport heeft aangeboden over de vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht.[21] De groep heeft aanbevelingen gedaan voor knelpunten en lacunes in het BV-recht. Dat heeft geleid tot het voorontwerp wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek inzake de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid. Inmiddels is het wetsvoorstel Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht aangenomen door de Tweede Kamer. Naast de flexibilisering van het BV-recht heeft de Tweede Kamer het wetsvoorstel Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek[22] aangenomen, dat een moderne en voor de praktijk bruikbare regeling van de personenvennootschappen bevat die flexibele samenwerkingsvormen mogelijk maakt.[23] Beide wetsvoorstellen liggen bij de Eerste Kamer.

Om de aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsland te beoordelen, is het van belang te weten in welke opzichten Nederlandse vennootschappen gelijk zijn aan buitenlandse en, in welke opzichten er sprake is van verschil.[24] Bij de behandeling van het wetsvoorstel personenvennootschappen alsook in de wetenschap is de vraag gesteld, waarom niet is voorgesteld om een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid, lijkend op de *Limited Liability*

18. Limited Liability Partnerships Act 2000.
19. Partnership Law, Law Commission Report No. 283/Scottish Law Commission Report No. 192.
20. *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 752, nr. 2.
21. Kluiver, H.J. de et al. (2004), 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht: Rapport van de expertgroep ingesteld door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken', Den Haag: 6 mei 2004.
22. *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 065, nr. 2.
23. *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 752, nr. 2, blz. 16.
24. *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 752, nr. 2, blz. 4.

Partnership, in Nederland te introduceren.[25] Deze rechtsvorm combineert de inrichtingsvrijheid van de personenvennootschap met de beperkte aansprakelijkheid van de kapitaalvennootschap en een fiscaal transparante classificatie. De minister heeft geantwoord dat voor een beperkte aansprakelijkheid van de vennoten de figuur van de kapitaalvennootschap open staat. Volgens de minister kon in het kader van de flexibilisering van het BV-recht nader worden bezien of aan een dergelijke nieuwe rechtsvorm behoefte bestaat.[26] In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht is vervolgens aangegeven dat er gekozen is voor het oplossen van de knelpunten binnen het huidige BV-recht en niet voor een nieuwe rechtsvorm. De minister van Justitie hanteert daarmee een *one-size-fits-all*-uitgangspunt. Belangrijke redenen voor dit uitgangspunt zijn dat de praktijk vertrouwd is met de huidige BV-regeling en dat wijziging van de wettelijke regeling (te) veel inspanningen van zowel ondernemers als de juridische adviespraktijk zou vergen. Bovendien zouden de jurisprudentie en de doctrine met betrekking tot de huidige BV deels hun waarde kunnen verliezen.[27] Na de invoering van de nieuwe wetsvoorstellen zou alsnog bekeken kunnen worden of er een behoefte is aan een dergelijke nieuwe rechtsvorm.[28] In opdracht van het WODC heeft een onderzoek plaatsgevonden naar de rechtsvormen in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk, die de beperkte

---

25. Zie onder andere: *Kamerstukken I*, 2005-2006, 28 746, D, blz. 3 en blz. 7-8, *Kamerstukken II*, 2004-2005, 29 752, nr. 3, blz. 3, J.A. McCahery en E.P.M. Vermeulen (2005a), 'De behoefte aan een Nederlandse 'personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid", Ondernemingsrecht 2005/11, blz. 382-391, J.A. McCahery en E.P.M. Vermeulen (2005b), 'De weg naar een Nederlandse L(imited) L(iability) P(artnership); waarom de totstandkoming van nieuwe rechtsvormen moeizaam verloopt', in: "Tussen Themis en Mercurius'; bedrijfsjuridische bijdragen aan een Europese beleidsconcurrentie bij gelegenheid van het 75 jarig bestaan van het Nederlands genootschap van bedrijfsjuristen', Deventer: Kluwer, blz. 189-203, A.J.S.M. Tervoort (1995), 'Haalt de Personenvennootschap het jaar 2015?', in: M.J.G.C. Raaijmakers (1995), 'Ondernemingsrecht in internationaal perspectief', Deventer: Kluwer, blz. 245-259, VNO-NCW (2005), 'Commentaar op het consultatiedocument 'vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht eerste tranche', T. de Waard (2003), 'De vormgeving van grensoverschrijdende samenwerking tussen vrije beroepsbeoefenaren', in: L.J. Hijmans van den Bergh et al. (2003), 'Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief', Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, Deventer: Kluwer, B. Wessels (1995), 'Zorgen om morgen: beheersing van beroepsaansprakelijkheid in discussie', NJB 1995/7, blz. 233-239, B. Wessels (1997), 'Is Nederland toe aan een PMBA; Praktijk-Maatschap met Beperkte Aansprakelijkheid?', NJB 1997/27, blz. 1207-1211 en D.F.M.M. Zaman (2004), 'De vennootschap (titel 7.13 BW): een hybridisch schepsel dat uitstekend past in de flexibilisering van het ondernemingsrecht', WPNR 04/6583, blz. 499-506.
26. *Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 746, nr. 5, blz. 8 en *Kamerstukken I*, 2005-2006, 28 746, C, blz. 1-2.
27. *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 3, blz. 4.
28. *Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 746, nr. 5, blz. 8 en *Kamerstukken I,* 2005-2006, 28 746, C, blz. 1-2.

aansprakelijkheid combineren met de vrijheid van inrichting van de vennootschap.[29] Onderzocht is of een dergelijke rechtsvorm in Nederland gewenst is. De onderzoekers concluderen dat het voor de gebruikers van rechtsvormen niet veel zal uitmaken of de beleidskeuzes hun neerslag vinden in uitbreiding van het aantal rechtsvormen of in een aanpassing van de bestaande rechtsvormen. Het voornaamste belang is dat aan de behoeften in de regelgeving wordt tegemoet gekomen. Volgens de onderzoekers is het aanpassen van de bestaande wetgeving te prefereren boven de invoering van een nieuwe rechtsvorm. Zij stellen daarbij dat de flexibilisering van het BV-recht, zoals die nu is voorgesteld, niet voldoende verstrekkend is om in de behoeften van de praktijk te voorzien.[30] Zij geven aan dat er extra onderzoek zou moeten plaatsvinden naar de mogelijkheid van een rechtsvorm waarin beperkte aansprakelijkheid gecombineerd wordt met fiscale transparantie.[31]

In dit proefschrift onderzoek ik of het in het kader van bovengenoemde ontwikkelingen wenselijk is toch een nieuwe personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid in het Nederlandse vennootschapsrecht te introduceren, hoe een dergelijke rechtsvorm ingevuld zou kunnen worden, en of het mogelijk is om deze rechtsvorm binnen het Nederlandse belastingstelsel fiscaal transparant te classificeren. Ik ben met mijn onderzoek begonnen nog voor het verschijnen van het voornoemde WODC-onderzoek.

1.2 Opbouw

Dit proefschrift is onderverdeeld in acht hoofdstukken. In hoofdstuk 2 staat de jurisdictionele competitie centraal. Ik bespreek de economische theorie die aan dit proces ten grondslag ligt. Ik zet uiteen hoe de jurisdictionele competitie zich in de Verenigde Staten heeft ontwikkeld op het gebied van het vennootschapsrecht en welke factoren daarbij een rol hebben gespeeld. Vervolgens besteed ik aandacht aan de jurisdictionele competitie in de Europese Unie. Daarbij zijn twee leren van belang: de incorporatieleer en de reële zetelleer. Ik bespreek een aantal belangrijke uitspraken van het Europese Hof van Justitie en de gevolgen daarvan op de ontwikkeling van het nationale vennootschapsrecht van de EU-lidstaten. Hoofdstuk 3 staat in het teken van factoren die van belang zijn bij de keuze van een rechtsvorm. Hierbij wordt voornamelijk aandacht besteed aan de keuze van het midden- en klein bedrijf en de beoefenaren van het vrije beroep.

29. Blanco Fernández J.M. en M. van Olffen (2007), 'Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's; onderzoek in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum Ministerie van Justitie', Deventer: Kluwer.
30. Blanco Fernández J.M. en M. van Olffen (2007), *supra* noot 29, blz. 97.
31. Blanco Fernández J.M. en M. van Olffen (2007), *supra* noot 29, blz. 103.

De aansprakelijkheid van deelnemers in een vennootschap, en de beperking daarvan, staan centraal. Ik belicht vanuit diverse invalshoeken de gevolgen van de beperking van de aansprakelijkheid. Daarbij spits ik mij toe op de verschuiving van ondernemingsrisico's en de visies op de rol en de functie die het vennootschapsrecht daarbij heeft vanuit verschillende moraaltheorieën. Daarbij leg ik een link met aansprakelijkheidsregimes en de mogelijke methoden om (ongewenste) risicoverschuivingen te ondervangen. Ik bespreek zowel de aansprakelijkheid van aandeelhouders en bestuurders in publieke kapitaalvennootschappen, als die van de deelnemers en bestuurders in kleine besloten vennootschappen. In het kader van de beschermingsmechanismen komen de situaties in de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk en Nederland aan bod. Naast de bespreking van de Amerikaanse en Britse situatie in hoofdstuk 3, zijn hoofdstuk 4 en 5 volledig gewijd aan de inrichting van het vennootschapsrecht in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk.

In de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk zijn *Limited Liability Partnerships* ('**LLP's**') ontstaan als resultante van de jurisdictionele competitie. Het zijn vennootschappen die bestaan uit een combinatie van inrichtingsvrijheid voor de vennootschapstructuur, beperkte aansprakelijkheid en een fiscaal transparante classificatie. Inmiddels zijn recentelijk ook in Japan, India en Maleisië LLP's geïntroduceerd. Deze bespreek ik niet. Hoofdstuk 4 staat in het teken van vennootschapsrecht van de Verenigde Staten en hoofdstuk 5 in dat van het Verenigd Koninkrijk. In hoofdstuk 4 kijk ik naar het vennootschapsrecht dat door de meeste staten wordt ondersteund en de invulling die de uniforme wetgeving daaraan heeft gegeven. Globale verschillen komen naar voren, maar ik heb de regelingen die in de meeste staten worden ondersteund als voornaamste uitgangspunt gekozen. De redenen die ten grondslag liggen aan de introductie van nieuwe vennootschapsvormen passeren in beide hoofdstukken de revue en ik bespreek punten die van belang kunnen zijn bij een eventuele nieuwe Nederlandse personenvennootschapsvorm. De LLP's zijn in de Verenigde Staten ingebed in het personenvennootschap, terwijl de LLP in het Verenigd Koninkrijk meer als losstaande rechtsvorm is gecreëerd. Deze verschillen in invulling van LLP-wetgeving laten zien op welke wijzen de LLP kan worden vormgegeven en een plek kan krijgen binnen de vennootschappelijke ordening. Daarnaast bieden de LLP-regelingen op detailniveau inzicht in de uitwerking van de rechtsvorm en zijn zo behulpzaam geweest voor mijn voorstellen voor een mogelijke inrichting van een nieuwe rechtsvorm in het Nederlandse vennootschapsrecht. In hoofdstuk 6 neem ik het Nederlandse vennootschapsrecht en de ontwikkelingen op dat gebied onder de loep. Hierbij besteed ik in het bijzonder aandacht aan de flexibilisering van het BV-recht en de aanpassing van de wetgeving aan, en de invoering van, titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek. Ik onderzoek of ten behoeve van het midden- en klein bedrijf en in het bijzonder de vrije beroepsbeoefenaren en

zakelijke dienstverleners het wenselijk is een nieuwe personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid te introduceren en welke vorm een mogelijke nieuwe rechtsvorm zou moeten aannemen. Dit zal plaatsvinden tegen de achtergrond van de huidige en (toekomstig) voorgestelde vennootschapsstructuren, aansprakelijkheidsaspecten en de fiscaliteit van de diverse Nederlandse vennootschapsvormen. In hoofdstuk 7 bekijk ik of een nieuwe rechtsvorm waarin beperkte aansprakelijkheid wordt gecombineerd met een vennootschapstructuur van een personenvennootschap, binnen het huidige fiscale stelsel fiscaal transparant geclassificeerd zou kunnen worden. Het achtste en laatste hoofdstuk, bevat de samenvattende conclusie.

Het onderzoek is afgesloten op 1 juni 2010.

Hoofdstuk 2. Jurisdictionele competitie

2.1 Inleiding

Het concurrentievermogen en de dynamiek van vennootschappen zijn afhankelijk van het regelgevend klimaat dat daarop van toepassing is. Gunstige regelgeving trekt ondernemers aan en ondersteunt vennootschappen daar waar mogelijk. Als het juridische kader waarin de vennootschappen opereren te ver af gaat staan van hun behoeften, zou dit voor vennootschappen een reden kunnen zijn om de staat te verlaten. De invulling van de statelijke regelgeving heeft derhalve invloed op de investeringen, de innovatie en het ondernemerschap in die staat. Gunstige regelgeving kan de sociale welvaart versterken. Regelgeving is met andere woorden een *factor endowment* die, zowel positief als negatief, de concurrentiekracht van een staat in de internationale handel kan beïnvloeden.[1] Als gevolg hiervan kan tussen verschillende staten een competitie voor regelgeving ontstaan, die jurisdictionele competitie wordt genoemd. De jurisdictionele competitie is een competitie voor regelgeving tussen de staten binnen bijvoorbeeld de Verenigde Staten of de Europese Unie, of bijvoorbeeld tussen staten van de totale internationale gemeenschap.[2]

Een dergelijke competitie kan zich ook ontwikkelen voor het vennootschapsrecht. Er ontstaat dan een markt voor vennootschapsrecht waarin de verschillende staten fungeren als aanbieders van het product 'vennootschapsrecht' en waarin vennootschappen optreden als consumenten. Deze consumenten kunnen ingedeeld worden in de consumentencategorie 'beursvennootschappen' en de categorie 'kleine besloten vennootschappen', met elk hun eigen vennootschapsrechtelijke behoeften en belangen. De competitie is een proces van vraag en aanbod tussen de vennootschappen aan de vraagzijde en de decentrale overheden aan de aanbodzijde. Het aanbod zal worden afgestemd op de preferentie van de vennootschappen om ervoor te zorgen dat de vennootschappen zullen kiezen voor het meest aantrekkelijke product. Voor de ontwikkeling van een jurisdictionele competitie voor vennootschapsrecht dient aan verschillende voorwaarden voldaan te zijn. Een belangrijke voorwaarde is de (tweeledige)

1. Trachtman, J.P. (1993), 'International Regulatory Competition, Externalization, and Jurisdiction', 34 Harvard International Law Journal, blz. 47-104.
2. Vgl: Trachtman, J.P. (1993), *supra* noot 1, blz. 47-104.

mobiliteit van vennootschappen. Deze mobiliteit kan ontstaan door (1) de vrijheid van ondernemers om de vestigingsstaat van de nieuw op te richten vennootschap te kiezen (*incorporatie*) en (2) door de vrijheid van bestaande vennootschappen om de statutaire zetel te verplaatsen naar een andere staat (*herincorporatie*). Naast de horizontale competitie voor regelgeving tussen verschillende staten, bestaat er ook een verticale competitie voor regelgeving. In deze competitie wordt bepaald op welk niveau de economische activiteiten het meest efficiënt gereguleerd kunnen worden. Een voorbeeld van een dergelijke competitie is de regelgeving die wordt gemaakt door de Europese Unie op het ene niveau en de wetgeving die door de lidstaten wordt voortgebracht op het lagere niveau. Dit is de strijd tussen harmonisatie en deregulering. Deze strijd heeft gevolgen voor het wel of niet ontstaan van een jurisdictionele competitie.

In de Verenigde Staten is voor het vennootschapsrecht al geruime tijd een jurisdictionele competitie waar te nemen. Door deze competitie is niet alleen veel vennootschapsrecht herzien en aantrekkelijker gemaakt, maar is ook het palet aan rechtsvormen in nagenoeg elke staat uitgebreid. Met deze nieuwe rechtsvormen zouden de staten beter kunnen voldoen aan de behoeften van de ondernemers en kunnen blijven concurreren met de andere staten. In de Europese Unie is daarentegen van oudsher de ontwikkeling van een dergelijke competitie beperkt gebleven. Hierbij hebben onder andere twee leren inzake de erkenning van buitenlandse vennootschappen en buitenlands recht een grote rol gespeeld, de werkelijke zetelleer en de incorporatieleer. Recente ontwikkelingen in de rechtspraak van het Europese Hof over de mobiliteit van vennootschappen binnen de Europese Unie, hebben echter ook in Europa de discussie over de jurisdictionele competitie aangewakkerd. Of en in welke mate een mogelijke jurisdictionele competitie zich binnen de Europese Unie zal ontwikkelen, kan van betekenis zijn voor de invulling van het Nederlandse vennootschapsrecht en de door Nederland aangeboden rechtsvormen. Een mogelijke jurisdictionele competitie zou kunnen betekenen dat het voor Nederland een interessante optie zou kunnen zijn om naast de herzieningen van het bestaande vennootschapsrecht, ook een nieuwe rechtsvorm aan te bieden. Hiermee zou Nederland de concurrentiepositie kunnen versterken en de vestiging van vennootschappen binnen de grenzen kunnen houden.

In dit hoofdstuk bekijk ik of zich een dergelijke Europese regelgevingconcurrentie tussen lidstaten ontwikkelt, en welke consequenties deze ontwikkeling voor de lidstaten zou kunnen hebben. Hierbij ga ik na of de jurisdictionele competitie een mogelijke reden voor Nederland kan zijn om een nieuwe rechtsvorm, zoals de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid, aan het scala van bestaande rechtsvormen toe te voegen. Hiervoor zal ik de volgende deelvragen beantwoorden: *Zal zich binnen de Europese Unie een jurisdictionele competitie voor vennootschapsrecht ontwikkelen en zo ja, op*

welke wijze zal dit plaatsvinden? en *Welke consequenties zou een jurisdictionele competitie voor de lidstaten kunnen hebben?* Voordat ik deze vragen bespreek, ga ik allereerst in op enkele vragen die iets meer achtergrond geven aan het verschijnsel jurisdictionele competitie. Ik besteed daarom aandacht aan de deelvragen: *Wat is jurisdictionele competitie*? en *Aan welke voorwaarden voldaan dient te zijn voor een ontketening en juiste werking van deze competitie?* De situatie in de Verenigde Staten kan als voorbeeld dienen voor hoe een dergelijke jurisdictionele competitie zich kan ontwikkelen. Daarnaast zou het Amerikaanse proces, dat uiteindelijk heeft geleid tot een concurrentiestrijd tussen de staten, duidelijk kunnen maken aan welke voorwaarden voldaan moet zijn voor de eventuele ontwikkeling van een dergelijke competitie. De vragen: *Op welke wijze heeft de jurisdictionele competitie zich in de Verenigde Staten ontwikkeld?* en *Welke gevolgen heeft deze competitie voor het Amerikaanse vennootschapsrecht gehad?* komen dan ook aan bod. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

2.2 Jurisdictionele competitie

2.2.1 Het model van Tiebout

Jurisdictie is gedefinieerd als het recht van de staat om onder internationaal recht handelingen te reguleren, die niet exclusief een nationale aangelegenheid zijn.[3] Dit recht van de staat kan op verschillende manieren worden uitgeoefend. Onderscheiden kunnen worden de jurisdictie *om voor te schrijven* (het toepasbaar maken van het eigen recht op activiteiten en relaties, door wetgeving, regulatie of bij besluit van een gerecht), de jurisdictie *om te berechten* (om personen of zaken te onderwerpen aan de gerechtelijke procedure) en, ten slotte, de jurisdictie *om af te dwingen* (het aanzetten tot of afdwingen van naleving, door gerechten of door het gebruik van uitvoerende of administratieve macht).[4] Jurisdictionele competitie is gebaseerd op de economische theorie van Charles Tiebout inzake de productie van publieke goederen, zoals wegen en diensten van de politie.[5] In het model van Tiebout staat een mechanisme centraal dat gezien kan worden als een markt voor publieke goederen, verschaft

3. Mann, F.A. (1964), 'The Doctrine of Jurisdiction in International Law', Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1964-I, blz. 2.
4. Wautelet, P. (2004), 'What has international private law achieved in meeting the challenges posed by globalisation', blz. 55, in: P.J. Slot en M. Bulterman (2004), 'Globalisation and Jurisdiction', Den Haag: Kluwer International Law.
5. Tiebout, Ch. M. (1956), 'A Pure Theory of Local Expenditures', 64 Journal of Political Economy, blz. 416-424.

door concurrerende decentrale overheden en gericht op de mobiele en belastingbetalende inwoners.[6] Publieke goederen worden door decentrale overheden geproduceerd en aangeboden en in ruil daarvoor betalen de inwoners belasting. Elke gemeenschap heeft een eigen belastingsysteem en zal een specifieke reeks van publieke goederen produceren. Het model legt een verband tussen de mobiliteit van inwoners en hun individuele preferenties. Dit wil zeggen dat de keuze van inwoners om ergens te gaan wonen, laat blijken welke publieke goederen en welk belastingstelsel zij het meest prefereren. Hierbij moet wel voldaan zijn aan een aantal voorwaarden, zoals onder andere (i) volledige kostenloze mobiliteit voor actoren die zich verplaatsen naar de gemeenschap die hun preferenties het beste bevredigt, (ii) aanwezigheid van een groot aantal gemeenschappen waaruit actoren kunnen kiezen en (iii) volledige informatie over de publieke goederen die elke gemeenschap aanbiedt. Indien de inwoners zich niet, of moeizaam, naar een andere gemeenschap kunnen verplaatsen zullen de decentrale overheden weinig druk voelen om aantrekkelijke producten aan te bieden. Pas indien de inwoners zich kunnen vestigen in een andere jurisdictie zullen overheden bereid zijn om de concurrentie met de andere gemeenschappen aan te gaan. Om ook daadwerkelijk te kunnen kiezen voor een andere gemeenschap, dienen er geen kosten aan deze verplaatsing verbonden te zijn. In de optimale situatie zijn de kosten dan ook gelijk aan nul. Inwoners zullen echter ook de keuze maken om zich elders te vestigen indien de voordelen die de nieuwe gemeenschap biedt groter zijn dan de kosten van de verplaatsing. Vervolgens is van belang dat de inwoners voldoende keus hebben tussen gemeenschappen. Bij een tekort aan verschillende gemeenschappen zullen de inwoners niet snel beslissen zich te verplaatsen. Ten slotte dient er voldoende informatie beschikbaar te zijn over de producten die de verschillende gemeenschappen aanbieden en het verkrijgen van deze informatie mag niet al te hoge kosten met zich brengen.

Volgens het model ontstaat er, wanneer voldaan is aan de voorwaarden, een proces van vraag en aanbod tussen overheden en inwoners, waarbij de overheden net zoals producenten van private goederen en diensten, zullen concurreren met hun publieke goederen en belastingsysteem om nieuwe inwoners aan te trekken en huidige inwoners te behouden. Uiteindelijk zullen de overheden hiermee belastinginkomsten genereren, alsook inwoners die kunnen bijdragen aan de groei en de ontwikkeling van de economie. De inwoners zullen op hun beurt in de gemeenschap wonen die het best aansluit bij hun behoeften. Dit proces van vraag en aanbod zal uiteindelijk leiden tot een marktevenwicht. Een centrale of supranationale overheid wordt hierbij gezien

6. Bratton, W.W. and J.A. McCahery (1997a), 'The New Economies of Jurisdictional Competition: Devolutionary Federalism in a Second-Best World', 86 Georgetown Law Journal, blz. 201-278.

als kartel: zoals samenwerking tussen producenten van producten leidt tot een afname in prijscompetitie en een vermindering van prikkels tot innovatie, zal wetgeving door een centrale of supranationale wetgever het aantal potentiële concurrenten doen afnemen en het aantal ondernemersstimulansen beperken.[7] Decentralisering is derhalve in dit model gewenst. De competitie die vervolgens zou kunnen ontstaan tussen de decentrale of nationale overheden, zal volgens Tiebout ondersteund moeten worden, omdat het zal leiden tot een optimale balans tussen belastingheffing en het verschaffen van publieke goederen.

2.2.2 Het model van Tiebout in juridische context

Het model van Tiebout is in de juridische context toegepast op een breed scala van rechtsgebieden. Deze toepassingen breiden het concept van publieke goederen uit naar de wetgeving die door de decentrale overheden wordt gemaakt. De aanwezigheid van marktgestuurde krachten kan monopolistische wetgevende machten dwingen tot wijziging van hun recht, zodanig dat het leidt tot efficiënte resultaten.[8] Het toestaan van decentralisatie zorgt voor een betere aansluiting van de wetgeving op de lokale behoeften en condities, aangezien elke decentrale overheid zelf kan bepalen welke wetgeving het best past bij de eigen doelgroep.[9] Daarnaast kunnen de decentrale overheden met hun aantrekkelijke regelgeving doelgroepen aantrekken, die niet zozeer al onderdeel zijn van de eigen gemeenschap, maar die zich wel kunnen verplaatsen naar de betreffende jurisdictie. De keuze van doelgroepen voor een bepaalde jurisdictie, met het oog op het daar geldende recht om bijvoorbeeld investeringen te doen of economische activiteiten uit te oefenen, wordt ook wel *regulatory arbitrage* genoemd.[10] De competitie die vervolgens ontstaat tussen de jurisdicties om doelgroepen te behouden en aan te trekken, zou leiden tot juridische innovaties, differentiatie in regelgeving en een markt voor wetgeving. Het zou leiden tot efficiënter recht en uiteindelijk tot een verhoging van de sociale welvaart.[11] *Jurisdictionele competitie* is met andere woorden de competitie tussen

7. Bratton, W.W. and J.A. McCahery (1997b), 'An Inquiry into the Efficiency of the Limited Liability Company: Of Theory of the Firm and Regulatory Competition', 54 Washington and Lee Law Review, blz. 629-686.
8. McCahery, J.A. (2006), 'Harmonisatie in het Europese vennootschapsrecht: de politieke economie van economische integratie', preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging: in: Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging (2006), 'Verslag van de op 9 juni 2006 te Maastricht gehouden vergadering over: Europese integratie', Deventer: Kluwer, blz. 166.
9. Vgl: Woolcock, S. (1996), 'Competition among rules in the single European market', in: W. Bratton et al. (1996), 'International Regulatory Competition and Coordination', Oxford: Clarendon Press, blz. 298.
10. Woolcock, S. (1996), *supra* noot 9, in: W. Bratton et al. (1996), *supra* noot 9, blz. 298.
11. Vgl: Geradin, D. en J.A. McCahery (2005), 'Regulatory Co-opetition: Transcending the Regulatory Competition Debate', Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2005-06.

wetgevers om investeringen en bedrijfsactiviteiten aan te trekken of om de concurrentiekracht van de eigen industrieën te vergroten door het bieden van een gunstig juridisch klimaat.[12]

2.2.3 Voorwaarden voor een jurisdictionele competitie

Voor een ontwikkeling en vervolgens een juiste werking van jurisdictionele competitie moet wel aan bepaalde voorwaarden zijn voldaan. Niet alleen dient voldaan te zijn aan de al genoemde voorwaarden van voldoende stimulansen aan zowel de vraag- als de aanbodzijde, kostenloze mobiliteit van doelgroepen, aanwezigheid van volledige informatie, en de aanwezigheid van veel gemeenschappen, ook is bijvoorbeeld van belang dat er voldoende verschillen tussen de regels van de diverse jurisdicties zijn. De belangen van de diverse groepen moeten kenbaar zijn zodat het recht hierop kan worden aangepast en handhaving van de regels door de centrale overheid is van belang. Het aanbieden van een gunstige regelgeving door een staat, die de handhaving achterwege laat, ondermijnt de geloofwaardigheid en zorgt voor onzekerheid. Een ander probleem dat een eventuele competitie kan belemmeren is de lastige bescherming van juridische innovaties. Dit kan tot gevolg hebben dat andere overheden, de goedwerkende en aantrekkelijke innovatieve regelgeving kopiëren indien deze zich bewezen heeft. De (verdwijnende) voordelen die een overheid behaalt door de juridische innovaties kunnen in sommige gevallen niet opwegen tegen de tijd en investeringen die de ontwikkeling van het nieuwe recht heeft gekost.[13] Verder kan een bepaalde vertrouwdheid en ervaring met het al bestaande recht ervoor zorgen dat bepaalde groepen niet bereid zijn van jurisdictie te wisselen. Voor een goede werking van de jurisdictionele competitie bestaan aldus verschillende voorwaarden waaraan voldaan dient te zijn. Ook verschilt het per rechtsgebied of aan voldoende van deze voorwaarden is tegemoetgekomen.

2.2.4 Jurisdictionele competitie en het vennootschapsrecht

Voor het vennootschapsrecht speelt de jurisdictionele competitie zich af rondom de mobiliteit van vennootschappen en het wetgevingsproces waarin overheden streven naar het creëren van een gunstiger klimaat van regelgeving voor deze vennootschappen. Competitieve druk zorgt ervoor dat wetgevers regelgeving creëren die waarde vermeerderend is. Vennootschappen worden gezien als consumenten in een markt van vennootschapsrecht, waarin de wetgevers een

---

12. Woolcock, S. (1996), *supra* noot 9, in: W. Bratton et al. (1996), *supra* noot 9, blz. 297-298.
13. Vgl: Geradin, D. en J.A. McCahery (2005), *supra* noot 11 en J.A. McCahery en E.P.M. Vermeulen (2001a), 'High-tech Start-ups in Europe: The Effect of Regulatory Competition on the Emergence of New Business Forms', European Law Journal, vol. 7, no. 4, blz. 459-481.

voorspelbaar juridisch product proberen te ontwikkelen dat de kosten van de onderneming reduceert.[14] Overheden strijden in de eerste plaats om het aantrekken van nog op te richten vennootschappen, de (nieuwe) *incorporaties*. Daarnaast gaat de strijd om bestaande vennootschappen die kunnen overwegen hun statutaire zetel te verplaatsen naar een andere staat. Dit zijn de vennootschappen die kunnen beslissen tot *herincorporatie*. De competitie is een proces van vraag en aanbod tussen de vennootschappen aan de vraagzijde en de decentrale overheden aan de aanbodzijde. Voor de ontwikkeling van dit proces dienen voldoende stimulansen aan beide kanten aanwezig te zijn. Deze bespreek ik in de volgende paragrafen.

2.2.4.1 Aanbodzijde in het vennootschapsrecht

Overheden zullen alleen tot een jurisdictionele competitie worden aangezet indien zij een *incentive* hebben om hun wetgeving aan te passen aan de behoeften van degene die beslissen over de (her)incorporatie.[15] Het aantrekken van (her)incorporaties dient met andere woorden te zorgen voor een voordeel voor de overheid. Dit voordeel kan, net als in het Tiebout model, bijvoorbeeld gelegen zijn in het behoud, of de vermeerdering van belastinginkomsten. Andere voordelen kunnen zijn het bevorderen van de concurrentiekracht van de nationale economie, het aantrekken van (extra) werkgelegenheid in de primaire economie en ook de secundaire economie (zoals werk voor professionele dienstverlenende organisaties), het binnenhalen van nieuwe innovatieve technologieën of bijvoorbeeld het behoud van controle over de bescherming van minderheidsaandeelhouders, crediteuren en werknemers. Niet alleen het aantrekken van nieuwe (her)incorporaties maar zeker ook de mogelijkheid van bedrijven om een hun onwelgevallige jurisdictie te verlaten, stimuleert nationale overheden om hun rechtsstelsel zo aantrekkelijk mogelijk te houden.[16] Kleinere jurisdicties neigen er toe een leidende rol te nemen in deze competitie aangezien in deze jurisdicties de voordelen van deze competitie (voor de overheid) een grotere impact kunnen hebben op de inkomsten en de economie.[17]

---

14. McCahery, J.A. et al. (2006a), 'Traditional and Innovative Approaches to Legal Reform: 'The New Company Law', RIETI Discussion Paper Series 07-E-033, blz. 2 en R. Romano (1993), 'Genius of American Corporate Law', Washington; AEI Press, blz. 6.
15. Kieninger, E-M. (2004), 'The Legal Framework of Regulatory Competition Based on Company Mobility: EU and US Compared', 6 German Law Journal, blz. 741-770 en J.A. McCahery en E.P.M. Vermeulen (2001a), *supra* noot 13, blz. 459-481.
16. Vgl: Smits, J.M. (2006), 'Competitie tussen vennootschapsvormen: wat is het 'beste' stelsel van ondernemingsbestuur?', Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2006-1, blz. 21-26.
17. Vgl: Geradin, D. en J.A. McCahery (2005), *supra* noot 11. Hetzelfde fenomeen is waar te nemen bij de kleine belastingparadijsjes en J.A. McCahery en E.P.M. Vermeulen (2001a), *supra* noot 13, blz. 459-481.

2.2.4.1.1 Horizontale en verticale competitie

In het model van Tiebout speelt de competitie zich in de optimale situatie volledig af tussen de decentrale overheden. De federale of supranationale overheid heeft geen invloed op het wetgevingsproces. In de realiteit zullen de decentrale overheden ook rekening dienen te houden met eventuele politieke beperkingen, indien zij onderdeel zijn van een groter geheel. Voorbeelden van dergelijke verbanden zijn de Verenigde Staten en de Europese Unie ('**EU**'). De supranationale of federale overheid kan bovendien besluiten om zelf bepaalde zaken te reguleren. Door deze harmonisering ontstaat er een verticale competitie. Verticale competitie wil zeggen dat er een strijd ontstaat tussen harmonisatie en deregulering.[18] Een nadeel van harmonisatie is dat er minder prikkels zijn om het product continu te verbeteren. Inefficiëntie kan ontstaan omdat de wetgeving het resultaat is van compromissen. De regelgeving zal in dat geval over het algemeen een reflectie zijn van de politieke belangen in plaats van wetgeving die tegemoet komt aan de belangen van degene voor wie de wetgeving is ontwikkeld.[19] Verder is het proces van totstandkoming van geharmoniseerde regels een zeer traag proces. In een tijd van snelle veranderingen van technologieën en markten resulteert dit in reactieve wetgeving. Hoe meer harmonisering des te kleiner de kans is op ontwikkeling van een jurisdictionele competitie.

2.2.4.2 Vraagzijde in het vennootschapsrecht

Aan de vraagzijde dienen de vennootschappen een stimulans te krijgen om te kiezen voor een bepaalde jurisdictie. Ze zullen een voorkeur hebben voor het stelsel dat hun belangen het best behartigt. Aan sommige van deze belangen wordt tegemoetgekomen door de regels van het geldende vennootschapsrecht. Andere factoren die meewegen in de keuze zijn bijvoorbeeld de fiscale regels en het arbeidsklimaat. Ik ga eerst in op de vennootschapsrechtelijke belangen, waarna ik kort andere relevante factoren bespreek.

2.2.4.2.1 Vennootschapsrechtelijke belangen van vennootschappen

De vennootschapsrechtelijke belangen zijn op verschillende wijze in te delen in categorieën. Een indeling die gemaakt kan worden, is een verdeling met aan de

18. Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin staat A bepaalde luchtvervuiling door vennootschappen toestaat omdat de vervuiling door de wind van staat A naar staat B wordt vervoerd. Het 'gunstige' recht heeft derhalve geen negatief effect op land A, maar wel op land B, dat nu juist strenge milieueisen aan de eigen vennootschappen oplegt. De vennootschappen zullen dan sneller kiezen voor land A dan voor land B, terwijl B de staat is die hieronder lijdt. Land B zou als reactie hierop land A kunnen boycotten op andere politieke vlakken. Indien de overkoepelende overheid de milieuregels opstelt zullen deze voor beide staten gelijk zijn zodat politieke gevolgen achterwege blijven.
19. Woolcock, S. (1996), *supra* noot 9, in: W. Bratton et al. (1996), *supra* noot 9, blz. 299.

ene kant een categorie die bestaat uit de regels inzake de kosten die gepaard gaan met oprichting en de instandhouding van de ondernemingsvorm (*cost-based*),[20] en aan de andere kant een categorie belangen die bestaat uit regels van meer inhoudelijk vennootschapsrecht (*rule-based*). De eerste categorie belangen omvat allereerst de directe kosten van de oprichting, zoals de incorporatiebelasting of registratiekosten, de kosten van juridisch advies en de procedures en doorlooptijd van de oprichting. Daarnaast vallen ook de indirecte kosten, zoals de minimumkapitaalvereisten, in deze categorie. Ten slotte zijn dit ook de kosten die de netto contante waarde omvatten van lopende uitgaven gedurende de 'levensloop' van de vennootschap zoals accountantskosten voor de jaarrekeningen en kosten voor de inschrijving in de Kamer van Koophandel. De tweede categorie belangen bestaat uit de regels van het vennootschapsrecht die een directe invloed hebben op onder andere de vennootschapstructuur, de aansprakelijkheid en tegenstrijdig belang, en bijvoorbeeld de beschermingsregels ten gunste van onder andere minderheidsaandeelhouders, crediteuren en werknemers.[21] In deze categorie horen ook de kwaliteit van het juridische stelsel en de aanwezigheid van *network benefits*. Dit zijn de voordelen die een vennootschap verkrijgt doordat andere vennootschappen zich al in de betreffende staat hebben gevestigd. Deze voordelen zijn bijvoorbeeld het geheel van aanwezige jurisprudentie, de expertise van onder andere rechters en advocaten, de lagere kosten van juridisch advies, de geringere kans op inconsistentie en leemtes in de statuten of vennootschapsovereenkomsten en de bekendheid met, en acceptatie van, het recht door belangrijke zakenpartners zoals banken.[22] Een verschil in het zwaartepunt van de belangenpreferentie van vennootschappen bij de diverse categorieën (*cost-based* of *rule-based*), kan voor een groot deel bepalen of een jurisdictionele competitie ook daadwerkelijk ontstaat. Elementen als de grootte van de vennootschap, de vennootschapstructuur alsook de ontwikkelingsfase van de vennootschap bepalen welke belangen een sterkere invloed hebben op de beslissingen van de bestuurders en aandeelhouders of participanten, voor een bepaalde jurisdictie.

20. Vgl: Sangen, G.J.H. van der (2008), 'Een beschouwing over de interne markt, vrijheid van ondernemerschap en competitive law-making binnen de EU', Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2008-4, blz. 98-105.
21. Ventoruzzo, M. (2006), '"Cost-based" and "Rules-Based" Regulatory Competition: Markets for Corporate Charters in the U.S. and in the E.U.', 3 New York University Journal of Law and Business, blz. 91-153.
22. Vgl: Ribstein, L.E. en B.H. Kobayashi (2000), 'The Fable of the B.A.'s Network Externalities and the Choice of Business Form', George Mason University of Law, Law and Economics Working Papers Series, Working Paper no. 00-18, blz. 5.

2.2.4.2.2 Andere belangen van vennootschappen

De belangen van vennootschappen liggen niet alleen op het gebied van hetgeen geregeld is in het vennootschapsrecht. Ook andere factoren zoals het belastingregime, de aanwezigheid van gekwalificeerde arbeidskrachten, (haven)infrastructuur, woonklimaat, sociale en politieke stabiliteit, beschikbare grondstoffen en bijvoorbeeld het geldende arbeids- en milieurecht spelen een belangrijke rol bij de keuze voor vestiging. Dus naast het toepasselijke vennootschapsrecht op de vennootschap, is de plek waar de vennootschap fysiek haar activiteiten uitoefent tevens van groot belang. Een essentiële voorwaarde voor het ontstaan van een jurisdictionele competitie (wat betreft het vennootschapsrecht), is dan ook dat de plaats waar de vennootschap zich fysiek heeft gevestigd, losgekoppeld kan worden van de regels van het toepasselijke nationale vennootschapsrecht. Deze regels, die het ontstaan en einde, de inrichting, de rechtsbevoegdheid en het intern en extern functioneren van de vennootschap, regeren worden ook wel aangeduid met de term 'vennootschapsstatuut' (*lex societatis*).[23] De nationaliteit van het vennootschapsstatuut wordt in de EU bepaald door de verwijzingsregels van internationaal privaatrecht en komt daardoor niet per definitie overeen met de lidstaat waar zich het centrum van de activiteiten van de vennootschap bevindt. Kern van een verwijzingsregel is de aanknopingsfactor aan de hand waarvan kan worden vastgesteld welk recht van toepassing is.[24] Verschillende aanknopingstheorieën zijn in de loop der tijden gehanteerd om de bepalende aanknopingsfactor aan te wijzen, zoals de incorporatieleer en de werkelijke zetelleer. Voordat deze leren in de context van de EU aan bod komen, bespreek ik eerst de ontwikkeling van de jurisdictionele competitie voor vennootschapsrecht in de Verenigde Staten.

2.3 Jurisdictionele competitie in de VS

In de Verenigde staten bestaat al geruime tijd een jurisdictionele competitie op het gebied van het vennootschapsrecht. De concurrentie tussen staten was oorspronkelijk gericht op de *her*incorporaties van grote beursvennootschappen.[25] De nadruk heeft bij de competitie dan ook lange tijd gelegen op de herziening van het vennootschapsrecht voor de beursvennootschappen. Uiteindelijk heeft de competitie zich uitgebreid naar het recht voor kleine besloten vennootschappen door de introductie van innovatieve rechtsvormen. In de

23. Bellingwout, J.W. (1996), 'Zetelverplaatsing van rechtspersonen; privaatrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten', Serie monografieën vanwege het van der Heijden Instituut, deel 54, Deventer: Kluwer, blz. 12.
24. Bellingwout, J.W. (1996), *supra* noot 23, blz. 18.
25. Kieninger, E-M. (2004), *supra* noot 15, blz. 741-770 en M. Ventoruzzo (2006), *supra* noot 21, blz. 91-153.

volgende paragrafen bekijk ik op welke wijze in de Verenigde Staten aan de hiervoor besproken voorwaarden voor jurisdictionele competitie is voldaan. Ik bespreek de mobiliteit van de vennootschappen, waarbij ik zowel de *internal affairs*-doctrine als de andere voorwaarden voor het ontstaan van deze mobiliteit, belicht. Daarnaast bespreek ik de stimulansen voor de staten om een aantrekkelijk juridisch kader te creëren en de motieven van vennootschappen om zich in een bepaalde staat te vestigen. De uiteenzetting van de jurisdictionele competitie voor vennootschapsrecht in de Verenigde Staten, kan bijdragen aan de beantwoording van de vraag of ook in de Europese Unie een jurisdictionele competitie voor kleine besloten vennootschappen zou kunnen ontstaan. Dit bespreek ik aan het einde van dit hoofdstuk.

2.3.1 Mobiliteit van kapitaalvennootschappen in de VS

In de Verenigde Staten bestaan er geen 'federale' regels van conflictenrecht en is het vennootschapsrecht grotendeels een aangelegenheid van de onafhankelijke staten. De Amerikaanse Constitutie verplicht niet tot het toepassen van het oprichtingsrecht of tot het toepassen van het lokale recht.[26] Desondanks passen de staten over het algemeen een uniforme regel van erkenning van kapitaalvennootschappen toe.[27] Kapitaalvennootschappen kunnen hierdoor het recht dat van toepassing is op de interne organisatie van de vennootschap kiezen, zonder dat rekening gehouden hoeft te worden waar de vennootschap werkelijk haar activiteiten zal uitvoeren.[28] In de Verenigde Staten wordt dit de *internal affairs*-doctrine genoemd. De regel van de *internal affairs*-doctrine is opgenomen in de *Restatement (Second) Conflict of Laws* die geen wetgeving noch een constitutie is ('***Restatement (Second)***').[29] Het is een *common law*-doctrine die kan worden geïnterpreteerd of kan worden afgewezen en vervangen door elke staat of iedere rechter.[30] De incorporatieregel is niet waterdicht. In de *Restatement (Second)* § 302(2) staat een uitzondering op de regel dat het incorporatierecht toegepast dient te worden namelijk indien: *'(...) [S]ome other state has a more significant relationship to the occurrence and the parties (...)'*.[31] Indien een vennootschap een voldoende significant aanknopingspunt met een staat heeft kan deze staat bepaalde eigen vennootschapsrechtelijke

26. Reese, W.L.M. en E.M. Kaufman (1958), 'The Law Governing Corporate Affairs: Choice of Law and the Impact of Full Faith and Credit', 58 Columbia Law Review, blz. 1118-1145.
27. Romano, R. (1993), *supra* noot 14, blz. 1. Het gaat hier om toepassing van een uniforme regel bij geïncorporeerde vennootschappen: de *corporations*.
28. Trachtman, J.P. (1993), *supra* noot 1, blz. 47-104.
29. § 301 en § 302.
30. Hansmann, H. En R. Kraakman (1992), 'A Procedural Focus on Unlimited Shareholder Liability', 106 Harvard Law Review, blz. 446-459.
31. Zie ook: *Thomas v. Matthiesen*, 232 U.S. 221 (1914), *Pinney v. Nelson*, 183 U.S. 144 (1901) en *CTS Corp. v. Dynamics Corp. Of America*, 481 U.S. 69, 90 (1987).

regels van toepassing verklaren.[32] Californië en New York zijn voorbeelden van staten die hun eigen recht toepassen op bepaalde interne aangelegenheden van de buitenstatelijke vennootschappen. Er zijn ook andere staten die minder verstrekkende bepalingen in hun regelgeving hebben opgenomen.[33] Daarnaast mag in beginsel alles wat geen interne aangelegenheid is door de staat van activiteit of werkelijke zetel gereglementeerd worden.[34]

De *internal affairs*-doctrine is van toepassing op alle kapitaalvennootschappen, zowel de publieke als de besloten.[35] Kleine besloten vennootschappen die de *close corporation* als rechtsvorm hebben gekozen, hebben daardoor net als de beursvennootschappen over het algemeen de vrijheid om het toepasselijke recht te kiezen los van de plaats van activiteiten. Personenvennootschappen hebben daarentegen van oudsher als contractuele samenwerkingsvormen geen gebruik kunnen maken van de *internal affairs* regel.[36] Dat komt doordat *general partnerships* zich niet hoeven te registreren nadat zij zijn gevormd.[37] Het is lastig de *internal affairs* regel toe te passen als de staat van oprichting niet altijd duidelijk vaststaat.

2.3.2 Mobiliteit van personenvennootschappen in de VS

De *Restatement (Second)* bepaalt dat personenvennootschappen worden beheerst door het recht van de staat: *'[T]hat has the most significant relationship to the transaction at issue'*.[38] Deze relatie wordt bepaald aan de hand van de factoren van § 6 van de *Restatement (Second)* en geselecteerd in overeenstemming met de criteria voor contracten vervat in § 187-189.[39] Indien een rechtskeuze is opgenomen in de vennootschapsovereenkomst wordt deze keuze in

32. Buxbaum, R.M. (1987), 'The Threatened Constitutionalisation of the Internal Affairs Doctrine in Corporation Law', 75 Californian Law Review, blz. 29-57 en E.R. Latty (1955), 'Pseudo-Foreign Corporations', 65 Yale Law Journal blz. 137-173.
33. DeMott, D.A. (1985), 'Perspectives on Choice of Law for Corporate Internal Affairs', 48 Law and Contemporary Problems, blz. 161-198.
34. Wulf, H. de (1999), 'Centros: vrijheid van vestiging zonder race to the bottom', Ondernemingsrecht 1999/12, blz. 318-324.
35. Ribstein, L.E. (2007), 'Corporations and the Market for Law', Illinois Law and Economics Working Papers Series Research Paper No. LE07-002, blz. 33.
36. Johnson, J.J. (1997), 'Risky Business: Choice-of-Law and the Unincorporated Entity', 1 Journal of Small & Emerging Business Law, blz. 249-296.
37. § 202(a) RUPA 1997.
38. § 294 van de Restatement (Second).
39. De elementen die op grond van § 188(2) in aanmerking genomen moeten worden zijn: *'(a) The place of contracting, (b) the place of negotiation of the contract, (c) the place of performance, (d) the location of the subject matter of the contract, and (e) the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties'*.

beginsel gerespecteerd.[40] De rechtskeuze heeft geen werking indien (1) de staat van het gekozen recht geen significante relatie heeft met de partijen of met de betreffende transactie en er geen andere redelijke basis is voor de keuze, of indien (2) het gekozen recht in strijd is met fundamenteel beleid van de staat die een groter materieel belang heeft bij toepassing van het eigen recht dan de gekozen staat. Daarnaast vervalt de rechtskeuze indien de vennootschap besluit tot het registreren van een *statement of organization.* Het recht van de staat waar deze registratie plaatsvindt, is dan het recht dat de samenwerking beheerst.[41] Als geen keuze is opgenomen in de vennootschapsovereenkomst, is op grond van de *Revised Uniform Partnership Act 1997* ('**RUPA 1997**')[42] het recht van de staat waar zich de *chief executive office* bevindt, van toepassing.[43]

2.3.3 Stimulansen aan de aanbodzijde in de Verenigde Staten

Als primaire stimulans voor de staten om hun vennootschapsrecht aantrekkelijk te maken, worden over het algemeen genoemd de belastinginkomsten verkregen door de (her)incorporaties.[44] De inkomsten door (her)incorporaties worden onder andere gegenereerd door het heffen van belastingen op de oprichting van vennootschappen (*incorporation fees*) en door periodieke belastingen die vennootschappen moeten betalen om actief te mogen zijn in de desbetreffende staat (*franchise tax*). In de staat Delaware was bijvoorbeeld de opbrengst van de *corporate franchise tax* van kapitaalvennootschappen in het jaar 2008 566,3 miljoen dollar.[45] Dit is een substantieel deel van de totale staatsinkomsten van 3.356,7 miljoen dollar.[46] De inkomsten verkregen uit registratie en *franchise tax* betaald door kleine besloten vennootschappen zijn lager dan die van de grote beursvennootschappen. In Delaware is de opbrengst van de belangrijkste personenvennootschappen in vier jaar tijd echter meer dan verdubbeld van 51 miljoen dollar in 2004 naar 107,6 miljoen dollar in 2008. Niet alleen de hoogte van de belastingtarieven heeft hieraan bijgedragen, ook de toename van het aantal registraties heeft deze verdubbeling veroorzaakt. Als

40. Het door partijen gekozen recht beheerst dan alle facetten van de samenwerking: § 187 Restatement (Second).
41. *Official comment* bij 106 RUPA 1997.
42. De RUPA 1997 is een modelregeling voor *general partnerships* ontwikkeld door de *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*. Deze modelwetgeving dient de staten te helpen bij het ontwikkelen van de eigen statelijke regelingen en is geen dwingend recht.
43. § 106 RUPA 1997.
44. Romano, R. (1985), 'Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle', 1 Journal of Law, Economics and Organization, blz. 225-284.
45. Delaware Fiscal Notebook 2008, blz. 26.
46. Delaware Fiscal Notebook 2008, blz. 1 en 97.

tweede grote drijver achter de concurrentie tussen staten op het gebied van vennootschapsrecht wordt gewezen naar de advocaten die als belangengroep druk uitoefenen op de staten om hun wetgeving aan te passen.[47] Een toename van vennootschappen die worden beheerst door het recht waarover de advocaten adviseren, zorgt voor direct en indirect hogere inkomsten voor de staat. Direct door de belastingbetalingen door de vennootschappen en indirect door belastingheffing op het inkomen, verdiend door de (extra) juridische dienstverlening.[48] Tevens kan het zorgen voor extra werkgelegenheid. Daarnaast hebben staten baat bij het van toepassing zijn van hun recht omdat zij hierdoor bepaalde groepen die in relatie tot een vennootschap staan, kunnen beschermen.

2.3.4 Stimulansen aan de vraagzijde in de Verenigde Staten

Uit empirisch onderzoek is gebleken dat de keuze voor een bepaald recht, de waarde van de vennootschap met enkele procenten kan doen toenemen en derhalve van groot belang is.[49] Voor de beursvennootschappen hebben regels van meer inhoudelijk vennootschapsrecht, zoals regels over de interne structuur en de betrekkingen tussen de betrokkenen van de vennootschap, een doorslaggevende rol bij deze keuze voor een bepaald recht. Met name beïnvloeden de bepalingen die betrekking hebben op fusies en overnames en de aansprakelijkheid van functionarissen de keuze van de beursvennootschappen.[50] Door de verschillen in het inhoudelijke recht, de hoeveelheid jurisdicties waaruit gekozen kan worden en de gemeenschappelijke taal kunnen kapitaalvennootschappen rondkijken welke regelgeving het best aansluit bij hun behoeftes. De kwaliteit van gespecialiseerde rechterlijke instanties speelt daarnaast ook een belangrijke rol in de afweging.[51] Jurisprudentie, *legal opinions* en sterk ontwikkeld vennootschapsrecht zullen bovendien zorgen voor een grotere voorspelbaarheid voor het structureren van transacties, verlagen de advieskosten en zorgen voor een

47. Romano, R. (1993), *supra* noot 14, blz. 28 en R. Romano (2005), 'Is Regulatory Competition a Problem or Irrelevant for Corporate Governance', ECGI Law Working Paper Series, Working Paper No. 26/2005, blz. 19-21.
48. Kahan, M. en E. Kamar (2002), 'The Myth of State Competition in Corporate Law', 55 Stanford Law Review, blz. 679-749.
49. Daines, R. (1999), 'Does Delaware Law Improve Firm Value?', New York University Center for Law and Business, Working Paper #CLB-99-011.
50. Moodie, G. (2004), 'Forty Years of Charter Competition: A Race to Protect Directors from Liability', John M. Olin Center for Law, Economics and Business Fellows', Discussion Paper Series, Discussion Paper No. 1, 09/2004, blz. 19-20, 21, 24, 43 en 50.
51. Fisch, J.E. (2000), 'The Peculiar Role of the Delaware Courts in the Competition for Corporate Charters', 68 University of Cincinnati Law Review, blz. 1061-1100 en M. Kahan (2006), 'The Demand for Corporate Law: Statutory Flexibility, Judicial Quality, or Takeover Protection?', 22 Journal of Law Economics & Organization', blz. 340-365.

vermindering van de kosten van ondernemingsactiviteiten.[52] Ook voor kleine besloten vennootschappen bestaat een positieve correlatie tussen de incorporatiekeuze en de kwaliteit van de rechterlijke instanties.[53] Een verplaatsing van de statutaire of werkelijke zetel binnen de Verenigde Staten heeft verder op grond van § 368 (a)(1)(A) en (F) van de *Internal Revenue Code*[54] in de Verenigde Staten geen fiscale gevolgen, zoals een eindafrekening. Dit is van groot belang omdat bij gebrek aan een dergelijke bepaling de mobiliteit via de belastingwetgeving alsnog kan worden belemmerd. Uit empirisch onderzoek is gebleken dat naast de inhoudelijke invulling van het recht, ook een tijdige reactie op de wijzigingen in het recht van een andere staat, bijvoorbeeld Delaware, onafhankelijk van de invulling van deze reactie, een positiever effect heeft op het behoud van vennootschappen dan een latere maar meer gewenste wijziging.[55] Snelheid en dynamiek in het vennootschapsrecht hebben derhalve ook impact op de keuze voor een bepaalde incorporatiestaat. De migratiestromen van vennootschappen laten zien dat staten die via het vennootschapsrecht actief reageren en anticiperen op de behoeften van vennootschappen, meer vennootschappen aantrekken en minder vennootschappen verliezen dan staten die dit in mindere mate doen.[56] Veel van de beursvennootschappen, hebben zich fysiek gevestigd in de staten die een grote economie en bevolking hebben, zoals Californië en Texas, en hebben zich geïncorporeerd in Delaware. Daarnaast is er een aantal beursvennootschappen dat de statutaire zetel toch heeft gevestigd in de staat van de activiteiten zelf. Staten die het relatief slecht doen in het aantrekken van de statutaire vestigingen van vennootschappen die hun activiteiten in een andere staat uitvoeren, zijn succesvol in het behouden van een significant deel van hun eigen vennootschappen. Uit de migratiecijfers blijkt dat de staten onderling ook niet echt met elkaar concurreren om elkaars vennootschappen aan te trekken. De staten proberen de statutaire vestiging van de vennootschappen die ook hun activiteiten in de staat uitvoeren te behouden. De competitie is niet zozeer een strijd tussen alle staten om alle beursvennootschappen, maar meer een strijd tussen Delaware en de staat, waar de vennootschappen hun activiteiten uitvoeren.

---

52. Romano, R. (1993), *supra* noot 14, blz. 35 en 44, L.A. Bebchuk en A. Hamdani (2002), 'Vigorous Race or Leisurely Walk: Reconsidering the Competition over Corporate Charters', 112 Yale law Journal, blz. 553-615 en M. Kahan en E. Kamar (2002), *supra* noot 48, blz. 679-749.
53. Dammann, J. en M. Schündeln (2008), 'The Incorporation Choices of Privately Held Corporations', Law and Economics Research Paper No. 119, 8 December 2008, blz. 19. Zie ook: U.S. Chamber Institute for Legal Reform (2007), '2007 U.S. Chamber of Commerce State Liability Systems Ranking Study', blz. 6.
54. De verplaatsing van de statutaire zetel *('a statutory merger or consolidation')* of werkelijke zetel *('a mere change in identity, form, or place of organization of one corporation, however effected')* valt onder het begrip 'reorganisatie'.
55. Daines, R. (1999), *supra* noot 49.
56. Romano, R. (1985), *supra* noot 44, blz. 225-284, R. Romano (1993), *supra* noot 14, blz. 16 en R. Romano (2005), *supra* noot 47, blz. 14-15.

2.3.4.1 *Home-state-preference* van kleine besloten vennootschappen

Kleine vennootschappen hebben een sterkere *home-state-preference*,[57] waardoor zij in de meeste gevallen incorporeren of zich registreren in de staat waar zij ook opereren.[58] Uit een empirisch onderzoek met een testgroep van 266.531 kleine besloten vennootschappen (*close corporations*) uit de Verenigde Staten met 20 – 99 werknemers, bleek dat een percentage van 95,66% van deze vennootschappen geïncorporeerd was in de staat waar ook (het grootse gedeelte van) de activiteiten werden verricht. Van de vennootschappen die ervoor kozen niet in de eigen staat te incorporeren, vestigde zich meer dan 50% in Delaware. New York trekt ongeveer 6% aan en Florida, Nevada, Californië, Illinois en New Jersey zitten elk op een percentage van tussen de 2 en 3%. Uit de test kwam naar voren dat met het stijgen van het aantal werknemers ook de kans stijgt dat de vennootschap kiest voor een andere incorporatiestaat.[59]

Redenen die aanleiding kunnen geven tot een voorkeur voor het recht van de staat waar de vennootschap ook fysiek gevestigd is, zijn onder andere de *extra* kosten die gepaard gaan met de statutaire zetelverplaatsing. Dit zijn bijvoorbeeld de mogelijk hogere *franchise tax* en de registratiekosten en extra kosten van juridisch advies van een advocatenkantoor buiten de eigen staat.[60] Voor kleinere vennootschappen die geen grote transacties doen en waarvan de winstgevendheid onzeker is, is een incorporatie in Delaware relatief duur in vergelijking met de lagere kosten van incorporatie in een staat die ook een redelijke *up-to-date* regelgeving heeft.[61] Verder kunnen de kleine vennootschappen door de flexibiliteit van het recht dat op hen van toepassing is, over het algemeen zelf de interne organisatiestructuur en de onderlinge relaties bepalen. Hierdoor kan de behoefte verminderen om naar ander recht te kijken.[62] In jurisdicties met veel dwingende regels kan de inhoud van die regels relevanter worden.[63] Minimumkapitaalvereisten zijn van ondergeschikt belang aangezien in de Verenigde Staten nauwelijks tot geen voorwaarden worden gesteld aan het minimumkapitaal. Een andere reden kan gelegen zijn in de verwachting dat vennootschappen een betere behandeling krijgen van de staat waar de activiteiten worden uitgevoerd, indien de vennootschappen zich

57. Bebchuk, L.A. en A. Cohen (2003), 'Firms' Decisions where to Incorporate', 46 The Journal of Law and Economics', blz. 383-425.
58. Dammann, J. en M. Schündeln (2008), *supra* noot 53, blz. 5.
59. Dammann, J. en M. Schündeln (2008), *supra* noot 53, blz. 7-8.
60. Bebchuk, L.A. en A. Hamdani (2002), *supra* noot 52, blz. 553-615.
61. Romano, R. (2005), *supra* noot 47, blz. 17.
62. Ayres, I. (1992), 'Judging Close Corporations in the Age of Statutes', 70 Washington University Law Quarterly blz. 365-397.
63. Dammann, J. en M. Schündeln (2008), *supra* noot 53, blz. 30.

daar ook statutair vestigen.[64] Verder zouden 'binnenstatelijke' advocatenkantoren negatief kunnen adviseren over een herincorporatie om te voorkomen dat de cliënt overstapt naar een advocatenkantoor dat gevestigd is in de toekomstige incorporatiestaat. De *home-state-preference* heeft invloed op de aard van de competitie tussen staten om deze kleine vennootschappen. Met inspanningen tot verbetering van het vennootschapsrecht streven de staten er voornamelijk naar de 'eigen' kleine vennootschappen te behouden in plaats van nieuwe kleine vennootschappen van buitenaf aan te trekken. Indien het eigen recht voor deze zaken dan ook teveel uit de pas gaat lopen ten opzichte van de behoeften van de vennootschappen, bestaat de mogelijkheid dat de voordelen van het buitenstatelijke recht sterker worden dan de voorkeur voor de eigen staat. De vennootschappen zullen, onder invloed van hun adviseurs, een continue vergelijking blijven maken en daardoor druk op de aanbodzijde (de overheid en de wetgever) blijven uitoefenen om *up-to-date* te blijven of innovatieve wetgeving te introduceren. Voor de kleine besloten vennootschapen betekende dit een vraag naar nieuwe rechtsvormen.

2.3.4.2 De vraag naar ander recht

De vraag ontstond naar nieuwe rechtsvormen die beter aansloten op de maatschappelijke ontwikkelingen en de behoeften van de kleine vennootschappen, die in een personenvennootschap werden vormgegeven of in een *close corporation.* De kleine besloten vennootschappen hadden behoefte aan een rechtsvorm waarin een flexibele bestuursstructuur, beperkte aansprakelijkheid en een gunstige fiscale classificatie met elkaar konden worden gecombineerd. Een dergelijke rechtsvorm bestond in de Verenigde Staten nog niet. Een paar innovatieve advocaten maakten zich sterk voor de introductie van deze rechtsvorm zodat zij tegemoet konden komen aan de wensen van hun cliënten. De combinatie van de vasthoudendheid van deze groep van advocaten en het bestaan van een informele en relatief toegankelijke statelijke wetgever, heeft uiteindelijk in 1977 in de staat Wyoming geleid tot de creatie van de eerste *limited liability company* ('**LLC**').[65] De LLC is een hybride rechtsvorm, dat wil zeggen een kruising tussen een kapitaalvennootschap en een personenvennootschap. De combinatie van een algemene *Revenue Ruling*, die inhield dat een LLC als een personenvennootschap zou worden geclassificeerd, de druk vanuit de advocaten en accountants door onder andere de toenemende

64. De kans op een betere behandeling is afhankelijk van de grootte van zowel de vennootschap als van de staat. L.A. Bebchuk en A. Cohen (2003), *supra* noot 57, blz. 383-425.
65. Vgl: Hamill, S.P. (1998), 'The Origins Behind the Limited Liability Company', 59 Ohio State Law Journal, blz. 1459-1522 en J.W. Callison (2001), 'Federalism, Regulatory Competition and the Limited Liability Movement: The Coyote Howled and the Herd Stampeded', 26 Journal of Corporation Law, blz. 951-981.

aansprakelijkstellingen en de kans dat een nieuwe rechtsvorm een positief effect zou kunnen hebben op de statelijke economie zorgden dat alle staten een LLC opnamen in hun vennootschapsrecht. In de latere fase, nadat in elke staat een LLC kon worden opgericht en er in elke staat LLC-regelgeving bestond, kwam de competitie meer op de voorgrond. De meeste statelijke regelgevingen staan namelijk expliciet toe dat buitenstatelijke LLC's zaken kunnen doen in de betreffende staat en bevatten over het algemeen regels die bepalen dat de buitenstatelijke LLC's worden beheerst door het recht van de staat waar de LLC is opgericht. Deze regel is ook opgenomen in de *Revised Uniform Limited Liability Company Act*.[66] Sommige staten passen ook enkele lokale regels toe op de buitenstatelijke LLC's.[67] Dit staat er niet aan in de weg dat vennootschappen vrij kunnen kiezen voor de staat van registratie. De mobiliteit van LLC's is hierdoor voor het grootste gedeelte gewaarborgd en kan er eenzelfde effect als bij de *internal affairs*-doctrine ontstaan. Naarmate de LLC zich ontwikkelde, werd deze rechtsvorm dan ook flexibeler en sloot de rechtsvorm beter aan bij de behoeften van kleine besloten vennootschappen.[68] Het LLC-recht is in de loop der jaren steeds uniformer en efficiënter geworden.[69] Nieuwe en aangepaste regels zijn in de plaats getreden voor ongewenste dwingende regels. Deze constante verandering suggereert op zichzelf de invloed van de jurisdictionele competitie.[70]

Nadat de LLC was geïntroduceerd resulteerden lobbyactiviteiten van Texaanse advocaten in de introductie van een tweede nieuwe rechtsvorm, de *limited liability partnership*, een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid. De ontwikkeling van deze rechtsvorm komt uitgebreid aan de orde in hoofdstuk 4. Na de introductie in Texas verspreidde de LLP zich uiteindelijk snel over de Verenigde Staten: van 2 staten in 1992, tot alle 50 staten en het district van Columbia in 2001. De diverse statelijke LLP-regelgevingen zorgden wel voor verschillen in het personenvennootschapsrecht, onder andere ten aanzien van de beschikbaarheid van de LLP (voor niet-beroepsbeoefenaren) en de mate van bescherming tegen aansprakelijkheid. Daarnaast varieerden de jaarlijkse belastingen die de vennootschap moet betalen per staat. Deze verschillen in statelijke regelgeving zorgden ervoor dat vennootschappen de mogelijkheden onderzochten om te kunnen kiezen voor een gunstiger recht

66. § 801(a) RULLCA (rev. 2006).
67. Bijvoorbeeld Californië: § 17453 Cal. Corp. Code.
68. Ribstein, L.E. (2006), 'The Evolving Partnership', University of Illinois College of Law, Law and Economics Working Papers, Paper 68, blz. 11.
69. Kobayashi, B.H. en L.E. Ribstein (1996), 'Evolution and Spontaneous Uniformity: Evidence from the Evolution of the LLC', 34 Economic Inquiry, blz. 464-483 en L.E. Ribstein (2006), *supra* noot 68, blz. 16.
70. Ribstein, L.E. (1995), 'Statutory Forms for Closely Held Firms: Theories and Evidence from LLCs', 73 Washington University Law Quarterly, blz. 369-432.

over de interne aangelegenheden en de aansprakelijkheid van vennoten, en daarnaast of het toepasselijke recht gescheiden kon worden van de plek waar de feitelijke activiteiten plaatsvonden. De RUPA 1997 bevat een *internal affairs* regel voor zowel binnenstatelijke als buitenstatelijke LLP's waarbij het oprichtingsrecht het recht is waar de LLP de *statement of qualification* heeft geregistreerd. De RUPA 1997 is echter modelwetgeving en verplicht de staten niet de regeling over te nemen.[71] Er zijn nog steeds enkele staten die hun personenvennootschapsrecht niet op de RUPA 1997 hebben gebaseerd, zoals New York.[72] *New York Partnership Law* bepaalt bijvoorbeeld dat het recht dat de buitenstatelijke LLP beheerst de interne aangelegenheden en de aansprakelijkheid regelt, met in achtneming van bepaalde extra eisen van het New Yorkse personenvennootschapsrecht.[73] Dit kan onder andere betekenen dat beperkte persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten op grond van het gekozen gunstige buitenstatelijke vennootschapsrecht, in de staat New York buiten toepassing blijft.

2.3.5 Conclusie jurisdictionele competitie in de Verenigde Staten

In de Verenigde Staten is de jurisdictionele competitie onder andere het resultaat van de werking van de *internal affairs*-doctrine. Deze doctrine maakt het mogelijk dat vennootschappen de vrijheid hebben het incorporatierecht los te kiezen van de plek waar de activiteiten worden uitgeoefend. Deze mobiliteit omvat zowel de incorporatie- als de herincorporatiemogelijkheid. Het proces van vraag en aanbod tussen decentrale overheden en mobiele vennootschappen heeft invloed gehad op de ontwikkeling van het vennootschapsrecht. De druk van de belangengroep bestaande uit advocaten is hier een cruciaal onderdeel van geweest. Vanuit de herziening van het recht voor de (grote) beursvennootschappen heeft deze discussie zich langzamerhand verplaatst naar de wetgeving voor de (kleine) besloten vennootschappen en de introductie van nieuwe rechtsvormen. De Amerikaanse constitutie verplicht niet tot de toepassing van de *internal affairs*-doctrine. Uitgangspunt is dat er één soort recht geldt zodat rechtszekerheid en voorspelbaarheid worden gegarandeerd. Conflicten over het toepasselijke recht worden over het algemeen bepaald aan de hand van de band tussen de staat en vennootschap (of de desbetreffende transacties) en de

71. Voor het toepasselijke recht op de GP en de LLP heeft bijvoorbeeld de staat Delaware de letterlijke tekst van de RUPA 1997 overgenomen (Del. Code Ann. Tit. 6 § 15-106 (binnenstatelijke LLP) en Del. Code Ann. Tit. 6 § 15-1101 (buitenstatelijk LLP). Californië heeft de tekst aangepast maar de *internal affairs* regel is hetzelfde als die van de RUPA 1997 (Cal. Corp. Code § 16106(b) (binnenstatelijke LLP) en Cal. Corp. Code § 16958(a) (buitenstatelijke LLP)).
72. 35 staten en het *District of Columbia* hebben hun regelgeving voor de *general partnerships* en de *limited liability partnership* gebaseerd en/of afgestemd op de RUPA 1997.
73. N.Y. Partnership Law § 121-1502(l).

diverse belangen die daarmee gepaard gaan. De interstatelijke handel mag niet gehinderd worden, maar uitzonderingen op de doctrine zijn zeker mogelijk. Sommige staten passen de doctrine dan ook niet volledig toe, waardoor de mobiliteit enigszins wordt beperkt. De verschillen in de statelijke regelgevingen, de gemeenschappelijke Engelse taal en cultuur, en de afwezigheid van belastingnadelen bij de herincorporatie hebben een belangrijke positieve bijdrage geleverd aan het proces van de competitie. In eerste instantie waren de inkomsten verkregen uit de (her)incorporatie een belangrijke stimulans voor overheden om hun recht aan te passen. Flexibel, *up-to-date* en adaptief recht resulteert in het aantrekken van meer vennootschappen en dus meer betalende vennootschappen. Deze focus heeft zich echter in de loop van de tijd verplaatst van het aantrekken van buitenstatelijke vennootschappen naar het behouden van de eigen vennootschappen en daarnaast naar het recht van de kleine besloten vennootschappen. Door onder andere kostenoverwegingen, signaalfuncties, vertrouwdheid en het op de eigen staat gericht juridisch advies van statelijke advocaten hebben zowel grote als kleine vennootschappen een sterke voorkeur voor incorporatie in de eigen staat. Deze voorkeur neemt toe naarmate de vennootschap kleiner is. Met de inspanningen op het gebied van het vennootschapsrecht beogen de decentrale overheden dan ook de incorporaties of registraties van de eigen vennootschappen binnen de grenzen te houden. Hiermee kunnen zij de statelijke belangen beter beschermen, zullen de inkomsten van juridische dienstverleningsector toenemen en zal het vennootschapsrecht een continu proces van verbetering ondergaan waardoor het beter aansluit op de (lokale) behoeften van vennootschappen die de staat een goede reputatie kunnen opleveren.

Om beter aan de behoeften van de kleine besloten vennootschappen te kunnen voldoen, heeft er een enorme ontwikkeling van het op hen toepasselijke recht plaatsgevonden door de komst van nieuwe rechtsvormen, de LLP en de LLC. De introductie en de verspreiding van deze rechtsvormen zijn voornamelijk het resultaat van het werk van innovatieve advocaten en niet zozeer de jurisdictionele competitie. Deze competitie is pas later een rol gaan spelen toen de LLC en de LLP al in elke staat waren opgenomen. De regelingen herbergen een verkapte *internal affairs*-doctrine, die samen met de lage kosten van (her) registratie, ervoor zorgt dat er een reële dreiging bestaat dat de kleine vennootschappen hun zetel zullen verplaatsen als het eigen recht te ongunstig wordt. De regelingen van de LLC en de LLP zijn sindsdien door de wil van de statelijke overheden om eigen vennootschappen te behouden, steeds efficiënter geworden. Hierdoor hebben deze rechtsvormen een belangrijke plaats ingenomen in de reeks vennootschapsvormen die door ondernemers en vrije beroepsbeoefenaren gekozen kunnen worden. Gezien de ontwikkelingen die zich afspelen op het gebied van het vennootschapsrecht in de Europese lidstaten, rijst de vraag of ook in de EU een competitie tussen de diverse

rechtssystemen van de lidstaten aanwezig is of zou kunnen ontstaan, en of ook in Europa nieuwe rechtsvormen geïntroduceerd zullen worden. Deze vragen beantwoord ik hieronder.

2.4 Jurisdictionele competitie in Europa

2.4.1 Inleiding Europese Unie (algemeen)

De historie van de EU begint bij de oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal ('**EGKS**') in 1951 door Frankrijk, West-Duitsland, Italië, België, Luxemburg en Nederland. Na de formatie van deze gemeenschap, die was opgezet om de vrede en veiligheid op een adequatere wijze te handhaven, besloten de EGKS-staten de supranationale benadering uit te breiden naar andere terreinen. Een integratie van de nationale economieën, in het bijzonder door het creëren van een gemeenschappelijke markt onder het beheer van gemeenschappelijke instellingen, diende gerealiseerd te worden. Frankrijk en Duitsland waren bang dat Nederland en Luxemburg door hun gunstige ondernemersklimaat veel van hun vennootschappen zouden aantrekken en zetten zich in voor een harmonisatie van de regelgeving. De lidstaten prefereerden een politieke stabiliteit boven een exclusieve wetgevingsautonomie en leverden daarmee een deel van de autonomie in. Dit resulteerde in de ondertekening van het Verdrag tot de oprichting van de Europese Economische Gemeenschap ('**EEG**') door de EGKS-staten in 1957 te Rome. De EEG had tot taak het bevorderen van de harmonische ontwikkeling van de economische activiteit binnen de gehele Gemeenschap, van een gestadige en evenwichtige expansie, een grotere stabiliteit, een toenemende verbetering van de levensstandaard en nauwere betrekkingen tussen de in de Gemeenschap verenigde staten.[74] De EEG is inmiddels uitgegroeid tot de Europese Unie ('**EU**'). De doelstellingen van de Europese samenwerking zijn in de loop der jaren uitgebreid en zijn intussen vastgelegd in het Verdrag betreffende de Europese Unie ('**VEU**').[75] De werking van de EU is neergelegd in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ('**VWEU**'). Een van de doelstellingen van de EU is het tot stand brengen van een interne markt[76] die het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal tussen de lidstaten mogelijk moet maken. De artikelen 3 – 6 VWEU sommen de bevoegdheden van de EU op om de doelstellingen van artikel 3 VEU te bereiken. Op grond daarvan kan de EU maatregelen treffen die overeenkomstig de bepalingen terzake van het VEU en het VWEU de interne markt tot stand brengen en de werking ervan verzekeren.

74. Artikel 2 EEG-Verdrag.
75. Artikel 3 VEU.
76. Artikel 3 lid 3 VEU.

2.4.2 Harmonisatie versus deregulering (algemeen)

Het optreden van de EU is voornamelijk functioneel van aard.[77] Beperkingen en belemmeringen van het tussenstaatse economisch verkeer zijn binnen de EU òf verboden òf dienen door harmonisatie te worden weggenomen, teneinde tot een volledige fusie van de nationale markten te komen.[78] De vier vrijheden dienen daarmee gewaarborgd te worden. Harmonisatie kan plaatsvinden indien de Europese instellingen daartoe bevoegd zijn. De Europese Verdragen voorzien in een verdeling van bevoegdheden tussen de instellingen van EU en de lidstaten.[79] De EU kan, overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel, optreden op gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen indien en voorzover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de EU kunnen worden verwezenlijkt.[80] Europese regels hebben een autonoom karakter en hebben vanaf hun inwerkingtreding en tijdens hun gehele geldigheidsduur in alle lidstaten dezelfde werking.[81] Door de grote invloed van de Europese regels op het nationale recht is er discussie ontstaan over de wenselijkheid van harmonisatie versus de wenselijkheid van deregulering.[82] Het debat over de juiste verdeling van de macht, dat is ontstaan na het Verdrag van Maastricht, wordt gevoerd op het gebied van efficiëntie, billijkheid en verantwoordelijkheid.[83] Deze discussie heeft ook betrekking op het vennootschapsrecht.

2.4.3 Harmonisatie en deregulering in het vennootschapsrecht

De lidstaten hebben van oudsher voor de ontwikkeling en het creëren van vennootschapsrecht autonome bevoegdheden gehad, waardoor een verscheidenheid aan nationale vennootschapsregels is ontstaan. De lidstaten moeten bij het vormgeven van hun nationale vennootschapsrecht rekening houden met de vier vrijheden van het VWEU, met name de vrijheid van vestiging van vennootschappen. Ook in het vennootschapsrecht wordt de vrijheid gewaarborgd door

---

77. Smits, J.M. (2004), 'Europa en het Nederlandse privaatrecht', NTBR 2004/10, blz. 490-500.
78. Barents, R. en L.J. Brinkhorst (2006), 'Grondlijnen van het Europees Recht', Deventer: Kluwer, blz. 300.
79. Zie ook: HvJ EG 5 februari 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration*, Zaak 26/62 (Van Gend en Loos) en HvJ EG 15 juli 1964, *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, Zaak 6/64 (Costa-ENEL). Zie: R. Barents en L.J. Brinkhorst (2006), *supra* noot 81, blz. 150-151).
80. Artikel 13 VEU.
81. HvJ EG 9 maart 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SPA*, Zaak 106/77 (Simmenthal).
82. J.M. Smits (2004), *supra* noot 77, blz. 490-500.
83. McCahery, J.A. (2006), *supra* noot 8, in: Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging (2006), *supra* noot 8, blz. 162.

ofwel een verbod op belemmeringen ofwel door harmonisatie. De verplichting dat lidstaten geen beperkingen kunnen stellen aan de vrijheid van vestiging van vennootschappen is opgenomen in artikel 49 jo. 54 VWEU. Het verbod neergelegd in deze artikelen heeft rechtstreekse werking. Met de artikelen 50 en 114 VWEU is de rechtsbasis ontstaan voor de harmonisering van het vennootschapsrecht. De harmonisatie van het vennootschapsrecht dient te resulteren in een betere werking van de interne markt door een afname van de verschillen tussen nationale vennootschapsrechtelijke stelsels.[84] Niet alleen worden hierdoor statelijke belemmeringen van de interstatelijke handel geëlimineerd, ook ontstaat er zekerheid voor vennootschappen omdat zij weten waar ze aan toe zijn en welke regels de transacties beheersen.[85] Het streven naar meer uniform recht had ook een andere impliciete reden. Door de afname van verschillen in het recht van de lidstaten zou een ontwikkeling van een competitie tussen de rechtstelsels worden belemmerd en een *race-to-the-bottom* worden voorkomen.[86] Voornamelijk Frankrijk was hiervoor verantwoordelijk omdat dit land vreesde dat Nederland, dat een meer flexibel vennootschapsrecht en een aantrekkelijk belastingregime voor buitenstatelijke vennootschappen had, de Europese Delaware zou worden.

Inmiddels zijn er in de Europese Unie diverse harmoniserende verordeningen en richtlijnen op het terrein van het vennootschapsrecht tot stand gekomen en zijn er over de vrijheid van vestiging van vennootschappen een reeks aan arresten door Europese Hof gewezen; allen in het kader van, en met als rechtsbasis, de gemeenschappelijke markt. Door de harmonisatie zijn delen van het vennootschapsrecht in de diverse lidstaten meer op elkaar gaan lijken, voornamelijk de regels voor de beursvennootschappen. Echter, de verschillen tussen de rechtstelsels overheersen. Deze verschillen liggen op het gebied van het algemene vermogensrecht, de structuur van vennootschapsvormen, de volstrekt unieke regelingen geldend alleen in specifieke lidstaten (zoals de structuurregeling in Nederland), en bijvoorbeeld verschillen in de rechten van diverse belangengroepen zoals werknemers.[87] Dit kan ertoe leiden dat voor

84. *'Teneinde de vrijheid van vestiging voor een bepaalde werkzaamheid te verwezenlijken, besluiten het Europees Parlement en de Raad (...) bij wege van richtlijnen'* (artikel 50 lid 1 VWEU). De harmonisatie dient ertoe *'(...) de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in die rechtspersonen als van derden, teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken'* (artikel 50 lid 2 sub g VWEU).
85. Zie: Commissie van de Europese Gemeenschappen (2003), 'Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement; Modernisering van het vennootschapsrecht en verbetering van de corporate governance in de Europese Unie – Een actieplan', COM (2003) 284, blz. 6.
86. Timmermans, C.W.A. (2002), 'Europees vennootschapsrecht', SEW 2002, blz. 249-252.
87. Kroeze, M.J. en H.M. Vletter – van Dort (2006), 'Eenvormig vennootschapsrecht: een oud deuntje of toekomstmuziek', in: F. de Ly, et al. (2006), 'Eenvormig bedrijfsrecht: realiteit of utopie?', Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, blz. 73-92.

bepaalde (toekomstige) vennootschappen de regelgeving van de ene lidstaat aantrekkelijker is dan de regelgeving van een andere lidstaat. Een van de belangrijkste discussies in het kader van het Europees vennootschapsrecht is dan ook of een 'markt voor vennootschapsrecht' uiteindelijk zal ontstaan binnen de EU, en als het zo is, of het gebaseerd zal zijn op een Delaware-gelijkend model waarin vennootschappen vrij de staat van oprichting kunnen kiezen.[88]

2.4.4 Mobiliteit van vennootschappen in de Europese Unie

Net als in de Verenigde Staten is ook in Europa de mobiliteit van ondernemingen tweeledig. Voor de vrijheid van vestiging van vennootschappen is het cruciaal dat zij zich (1) op eenvoudige wijze in elke lidstaat naar wens kunnen *incorporeren* indien het een nieuwe vennootschap betreft, of (2) zich kunnen *herincorporeren* indien het gaat om een bestaande vennootschap. Deze mobiliteit en daarmee de vrijheid, is gewaarborgd indien de keuze van (her) incorporatie in een specifieke lidstaat het toepasselijke recht op de vennootschap bepaalt en deze keuze kan worden gemaakt onafhankelijk van de plaats waar de activiteiten worden uitgevoerd. Het Europese vennootschapsrecht biedt geen regel die het conflictenrecht voor vennootschappen harmoniseert.

De vraag welk nationaal vennootschapsrecht op de kapitaalvennootschappen en de personenvennootschappen uit de Europese lidstaten van toepassing is, wordt daarom bepaald door nationale conflictenregels of door algemene principes afgeleid van het Europese recht. Ook de fundamentele vrijheden bevatten antwoorden op de vraag welk recht uiteindelijk van toepassing is, in de vorm van de verplichting om ander statelijk recht te erkennen of omdat een nationale regel van conflictenrecht buiten toepassing wordt verklaard.[89] Eerst besteed ik aandacht aan de nationale conflictenregels en de daaraan ten grondslagliggende theorieën die door de diverse lidstaten worden aangehangen, waarna ik inga op de uitspraken van het Europese Hof over de vrijheid van vestiging van vennootschappen en de gevolgen daarvan voor de mobiliteit van vennootschappen binnen de Europese Unie.

---

88. McCahery, J.A. en E.P.M. Vermeulen (2001b), 'The Evolution of Closely Held Business Forms in Europe', 26 Journal of Corporation Law, blz. 855-878. Zie ook: E.P.M. Vermeulen (2003), 'The Evolution of Legal Business Forms in Europe and the United States; Venture Capital, Joint Venture and Partnership Structures', Proefschrift Universiteit van Tilburg, Den Haag: Kluwer Law International, blz. 150 en J.A. McCahery en E.P.M. Vermeulen (2004), 'The Changing Landscape of EU Company Law', TILEC Discussion Paper no. 2004-023, blz. 23.
89. Grundmann, S. (2007), 'European Company Law; Organization, Finance and Capital Markets', Antwerpen – Oxford: Intersentia, blz. 8.

2.4.5 Incorporatieleer vs. werkelijke zetelleer

Van oudsher zijn lidstaten van de EU verdeeld over de vraag door welk recht rechtspersonen en vennootschappen binnen een lidstaat worden beheerst.[90] Bij deze vraag worden in de lidstaten twee leren aangehangen: de *incorporatieleer* (onder andere Nederland, Engeland, Ierland, en de Scandinavische landen) en de *werkelijke zetelleer* (onder andere Duitsland, Frankrijk, België, Spanje, Italië, Luxemburg, Oostenrijk en Portugal).[91] Deze leren hanteren van elkaar verschillende aanknopingspunten voor de beantwoording van de vraag naar de nationaliteit van het vennootschapstatuut. De incorporatieleer sluit aan bij het recht van het land volgens welk de rechtspersoon is opgericht. De werkelijke zetelleer is daarentegen gericht op het recht van het land waar de werkelijke zetel is gevestigd. Beide stelsels bestaan al geruime tijd naast elkaar. Na enkele mislukte pogingen om een compromis te sluiten tussen de twee leren,[92] lijken ook de ontwikkelingen op het gebied van de vrije vestiging van vennootschappen binnen het Europese recht niet tot een verplichte keuze tussen een van beide stelsels te dwingen.[93]

2.4.5.1 De werkelijke zetelleer

De werkelijke zetelleer is gegrondvest op de notie van het objectief nauwst bij de rechtspersoon of vennootschap betrokken rechtsstelsel.[94] Dit houdt in dat ter bepaling van het toepasselijke recht op een vennootschap wordt aangeknoopt bij het recht van het land waarmee de vennootschap feitelijk de sterkste maatschappelijke en economische band heeft. Dit is het land waar zich de werkelijke zetel van deze vennootschap bevindt. De werkelijke zetel is derhalve een sterk feitelijk begrip en wordt bepaald aan de hand van de omstandigheden

---

90. Vgl: Rammeloo, S.F.G. (2003), 'HvJ EG Zaak 208/00 Überseering: de "long and winding road" naar vestigingsvrijheid voor rechtspersonen in de Europese Unie', WPNR 03/6521, blz. 153-154.
91. Sommige landen kennen een gemengd werkelijke zetel/incorporatieleerstelsel (onder andere Griekenland).
92. Het Haags Verdrag nopens de erkenning van de rechtspersoonlijkheid van vreemde vennootschappen, verenigingen en stichtingen van 1 juni 1956 en het EEG-Verdrag betreffende de onderlinge erkenning van vennootschappen en rechtspersonen van 29 februari 1968, die beide niet in werking zijn getreden.
93. Arresten HvJ EG 9 maart 1999, *Centros Ltd. v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, Zaak 212/97 (Centros), HvJ EG 5 november 2002, *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumangament GmbH*, Zaak 208/00 (Überseering), HvJ EG 30 september 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken te Amsterdam v. Inspire Art Ltd.*, Zaak 167/101 (Inspire Art), HvJ EG 13 december 2005, *Sevic Systems AG v. Landgericht Koblenz*, Zaak 411/03 (Sevic) en HvJ EG 16 december 2008, *Szegedi Itélötábla v. Cartesio Okató és Szolgáltato Betéti Társaság*, Zaak 210/06 (Cartesio).
94. Vgl.: Rammeloo, S.F.G. (2003), *supra* noot 90, blz. 153-154.

van het geval.[95] Het nationale recht is dan relevant voor het bepalen welke factoren hierbij van belang zijn.[96] De werkelijke zetel wordt doorgaans aangeduid als de plaats van waaruit de vennootschap daadwerkelijk wordt bestuurd, ook wel aangeduid met het 'centrum van de bestuursactiviteiten'.[97] De werkelijke zetelleer is vooral defensief van karakter. Zij maakt een hoofdregel van de behoefte (van de staat van vestiging) om controlerend op te treden en is gericht op het indammen van concurrentie door buitenlandse vennootschappen.[98] Daarnaast heeft zij mede ten doel om vennootschappen die, door zich te incorporeren in een land met een 'gemakkelijk' vennootschapsrecht, beogen het recht van het land waar zij feitelijk werkzaam zijn te ontgaan, de pas af te snijden.[99] Dit laatste aspect wordt wel gezien als een voordeel van deze leer. Misbruik door rechtspersonen wordt bemoeilijkt. Een ander voordeel van het stelsel van de werkelijke zetelleer is dat er een grotere harmonie heerst tussen het recht dat de vennootschap beheerst en het economisch, sociaal en arbeidsrecht van de plaats waar de vennootschap haar hoofdzetel heeft en veelal ook haar belangrijkste activiteiten verricht.[100]

Voor rechtspersonen kan de werkelijke zetelleer een aantal nadelige gevolgen hebben. Een vennootschap kan bijvoorbeeld geconfronteerd worden met het feit dat haar rechtspersoonlijkheid niet wordt geaccepteerd in een land dat de werkelijke zetelleer aanhangt. Dit land kan zich op het standpunt stellen dat de rechtspersoon aan het recht van dit land is onderworpen en gezien het geldende recht niet voldoet aan de oprichtingsvereisten. De oprichters van de rechtspersoon hebben in die situatie geen andere mogelijkheid dan in dat land een nieuwe vennootschap op te richten. Een andere mogelijkheid is dat het land van ontvangst dat de werkelijke zetelleer aanhangt, de buitenlandse vennootschap wel erkent maar deze vennootschap degradeert tot een *de facto* vennootschap en derhalve hetzelfde behandelt als een personenvennootschap en de participanten, zoals bij de eigen personenvennootschappen, onbeperkt aansprakelijk acht voor de verbintenissen van de vennootschap.[101] Wanneer een vennootschap de werkelijke zetel verplaatst naar een land met het stelsel van de werkelijke zetel, heeft dat dus grote gevolgen. De vennootschap zal in het land van vertrek moeten worden ontbonden met de daaraan verbonden fiscale gevolgen en in de

95. Vgl: Rovers, J.M. (2006), 'Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en de SE-Verordening: nog een beetje toekomst voor de werkelijke zetelleer?', NTER 2006-3, blz. 49-54.
96. Zilinsky, M. (2003), 'Einde van de siège réel?; Beschouwingen over het arrest van het Hof van Justitie EG van 5 november 2002 (Überseering)', Tijdschrift SV&V 2003-2, blz. 60-65.
97. Bellingwout, J.W. (1996), *supra* noot 23, blz. 20.
98. *Kamerstukken II,* 1994-1995, 24 141, nr. 3, blz. 6.
99. *Kamerstukken II,* 1994-1995, 24 141, nr. 3, blz. 7.
100. *Kamerstukken II,* 1994-1995, 24 141, nr. 3, blz. 6-7.
101. Ventoruzzo, M. (2006), *supra* noot 21, blz. 91-153.

lidstaat van ontvangst opnieuw moeten worden opgericht.[102] Deze ontbinding en nieuwe oprichting kunnen leiden tot een grote hoeveelheid procedures en administratieve lasten, waardoor de kosten hoog zijn. Onderzoek wijst uit dat deze kosten kunnen variëren van 39.500 euro tot 169.500 euro.[103] Fiscale nadelen kunnen onder andere zijn het verlies van bepaalde fiscale voordelen, heffing van eindafrekeningbelasting en registratiebelastingen. Daarnaast zijn er verborgen kosten doordat crediteuren door de ontbinding eerder betaald moeten worden en kasgelden en activa gedurende de ontbindingsperiode niet beschikbaar zijn.[104] De verplaatsing van de statutaire zetel los van de werkelijke zetel is onder de werkelijke zetelleer over het algemeen ook niet mogelijk zonder de ontbinding en vereffening van de vennootschap zoals hierboven beschreven.[105] Concluderend kan worden gesteld dat de werkelijke zetelleer kan leiden tot rechtsonzekerheid en de mobiliteit van de vennootschappen sterk kan beperken. Een vrije keuze voor een rechtsstelsel is niet mogelijk zonder dat het verregaande consequenties heeft.

2.4.5.2 De incorporatieleer

Tegenover de werkelijke zetelleer staat de incorporatieleer. Deze leer knoopt aan bij het recht van het land volgens welk de vennootschap is opgericht. Dit zal in veel gevallen overeenkomen met het land waar de statutaire zetel[106] is gevestigd, maar dat is niet noodzakelijk.[107] Vreemde vennootschappen worden door het incorporatiestelsel als zodanig erkend, indien zij voldoen aan de oprichtingsregels van het land van oprichting. De erkenning houdt dan in dat de vreemde vennootschap door het vennootschapsrecht van het land van oprichting wordt beheerst en dat het eigen vennootschapsrecht buiten toepassing

102. Vlas, P. (2002), 'Rechtspersonen', Praktijkreeks IPR deel 9, Deventer: Kluwer, blz. 13. Zie: de Cartesio uitspraak van het Europese Hof die gevolgen dit heeft in het geval er sprake is van twee lidstaten. HvJ EG 16 december 2008, *supra* noot 93 (Cartesio).
103. Commission of the European Communities (2007), 'Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of the registered office', Commission Staff Working Document d.d. 12 December 2007, SEC (2007) 1707, table 13, blz. 40.
104. Commission of the European Communities (2007), *supra* noot 103, blz. 40.
105. Zie onder andere: Commission of the European Communities (2007), *supra* noot 103, blz. 9.
106. In Nederland moet onder de statutaire zetel worden verstaan de zetel welke overeenkomstig het incorporatierecht in de oprichtingsovereenkomst of de akte van oprichting (de statuten) van de corporatie is vermeld als zetel (*Kamerstukken II,* 1994-1995, 24 141, nr. 3, blz. 16). Het is met andere woorden de plaats die volgens het op de corporatie toepasselijke recht als plaats van vestiging in de statuten moet worden opgenomen (*Kamerstukken II,* 1994-1995, 24 141, nr. 3, blz. 17).
107. In theorie is het mogelijk dat een vennootschap die is opgericht volgens het recht van het ene land, zijn statutaire zetel overeenkomstig dit recht in een ander land mag vestigen. Ligt de statutaire zetel niet in het land volgens welks recht de vennootschap is opgericht dan gaat het bij de incorporatieleer om de aanknoping aan het laatstgenoemde recht: P. Vlas, (2002), *supra* noot 102, noot 17 op blz. 7.

blijft.[108] Deze constante gelding van het veelal eenvoudig te traceren oprichtingsrecht is een groot voordeel omdat het leidt tot rechtszekerheid.[109] De incorporatieleer faciliteert een verplaatsing van het hoofdbestuur naar een ander land zonder dat dit gevolgen heeft voor het toepasselijke recht. Dit bevordert grensoverschrijdende mobiliteit, maar herbergt tegelijkertijd het risico van ontduiking van beschermingsregels, zoals regels van medezeggenschap, enquêterecht, jaarrekeningenrecht, misbruikwetgeving, oprichtingsregels en kapitaalbescherming. Het land van vertrek kan echter wel voorwaarden stellen aan een verplaatsing van het hoofdbestuur, zoals fiscale, die de mobiliteit weer beperken.[110] Nederland beargumenteerde zijn keuze voor het incorporatiestelsel door te stellen dat: *'Ondernemingen vrij zijn in hun keuze van het op de rechtspersoon toepasselijke recht, en aldus een rechtsvorm kunnen kiezen van een land waar het rechtspersonenrecht- en ondernemingsrecht goed is ontwikkeld, op welks rechtsstelsel zij steeds kunnen terugvallen ook wanneer zij hun activiteit ontwikkelen in landen met een rechtsstelsel dat in deze opzichten is achtergebleven of waarvan het recht moeilijk kenbaar is'*.[111] Verplaatsing van de statutaire zetel leidt in het incorporatiestelsel echter wel tot problemen. In beginsel kan een verplaatsing alleen gerealiseerd worden door ontbinding en vereffening in het land van vertrek (het land dat het incorporatiestelsel aanhangt) en oprichting van een nieuwe vennootschap elders.[112] Gegeven de hoge kosten, de tijdspanne van realisatie en de administratieve last van de verplaatsing van de statutaire zetel, vindt deze verplaatsing zelden plaats. Hierdoor is de mogelijkheid voor Europese vennootschappen om hun statutaire zetel te verplaatsen, in de praktijk illusoir.[113]

2.4.5.3 Toepasselijkheid van de twee leren op kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen?

Lidstaten kunnen in hun conflictenregels eventueel verschillen aanbrengen tussen de vrijheid van de kapitaalvennootschappen ten opzichte van die van de personenvennootschappen. In Duitsland kunnen kapitaalvennootschappen

108. Vgl.: Wezeman, J.B. en M.H.A. van Houtum (2004), 'Van geïnspireerde kunst, vestigingsvrijheid en vreemde vennootschappen', Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2004-4, blz. 176-183.
109. Vgl: Bellingwout, J.W. (1996), *supra* noot 23, blz. 19.
110. Zie onder andere het arrest HvJ EG 27 september 1988, *The Queen v H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue v. Daily Mail and General Trust PLC.*, Zaak 81/87 (Daily Mail). Zie echter de bespreking van het arrest HvJ EG 11 maart 2004, *Hughes de Lasteyrie de Saillant v. Ministere de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, Zaak 9/02 (Hughes de Lasteyrie de Saillant) in verband met de discussie die is ontstaan in verband met de exitheffingen.
111. *Kamerstukken II,* 1994-1995, 24 141, nr. 3, blz. 6.
112. Vgl: Vlas, P. (2002), *supra* noot 102, blz. 8.
113. Commission of the European Communities (2007), *supra* noot 103, *table* 13, blz. 5.

bijvoorbeeld door de introductie van de MoMiG op 1 november 2008 de werkelijke zetel zonder gevolgen verplaatsen naar een andere lidstaat. Personenvennootschappen worden wel geconfronteerd met consequenties.[114] In Nederland geldt de Wet conflictenrecht corporaties ('**WCC**'). Deze wet bevat een conflictregel ter bepaling van het op *corporaties* toepasselijke recht: *'Een corporatie die ingevolge de oprichtingsovereenkomst of akte van oprichting haar zetel of, bij gebreke daarvan, haar centrum van optreden naar buiten ten tijde van de oprichting, heeft op het grondgebied van de Staat naar welks recht zij is opgericht, wordt beheerst naar het recht van die staat'*.[115] Onder de categorie *corporaties* vallen ook de personenvennootschappen.[116] De WCC zal ook van toepassing blijven op de openbare vennootschap nieuwe stijl en wederom ongeacht of deze rechtspersoon is of niet.[117]

2.4.6 Europese maatregelen en mobiliteit van vennootschappen

Door de toenemende grensoverschrijdende activiteiten hebben de Europese vennootschappen herhaaldelijk gepleit voor de vaststelling van rechtsinstrumenten die tegemoet komen aan hun vennootschapsrechtelijke behoeften volgend uit fusies tussen vennootschappen uit verschillende lidstaten en verplaatsing van de statutaire zetel van de ene lidstaat naar de andere.[118] Zoals ook uit een mededeling van de Europese Commissie blijkt, zullen voor de grensoverschrijdende beperkingen maatregelen van de EU wellicht de enige manier zijn om de beoogde doelen van grotere mobiliteit te bereiken.[119] Door de twee verschillende leren wordt deze mobiliteit belemmerd, zoals uit het voorgaande is gebleken. Een omslag in deze controverse vanuit de lidstaten zelf, is onwaarschijnlijk. De Europese Commissie heeft echter besloten voorlopig geen voorstel in te dienen voor een richtlijn betreffende grensoverschrijdende zetelverplaatsing.[120] Door deze richtlijn zou grensoverschrijdende omzetting van de rechtsvorm kunnen plaatsvinden zonder verlies van rechtspersoonlijkheid.[121] Hierdoor worden de zojuist genoemde ontbinding, vereffening en nieuwe oprichting, die vereist zijn voor een statutaire zetelverplaatsing, overbodig en zal herincorporatie aantrekkelijker

114. Dit zal naar verwachting veranderen wanneer het *Gesetzenentwurf zum internationalen Gesellschaftsrecht* tot wet van kracht wordt. Vgl: J.N. Schutte-Veenstra (2009), 'Zetelverplaatsing; herbevestiging Daily Mail met nuancering', Ondernemingsrecht 2009/2, blz. 105-111.
115. Artikel 2 WCC. *Kamerstukken II*, 1994-1995, 24 141, nr. 3, blz. 14.
116. Artikel 1 sub a WCC.
117. *Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 746, nr. 5, blz. 8.
118. Commissie van de Europese Gemeenschappen (2003), *supra* noot 85, blz. 24.
119. Commissie van de Europese Gemeenschappen (2003), *supra* noot 85, blz. 10.
120. Commission of the European Communities (2007), *supra* noot 103.
121. Commission of the European Communities (2007), *supra* noot 103, blz. 5.

worden. Doordat ten tijde van het opstellen van het impactbeoordelingsrapport de uitwerking van het gebruik van de hierna te bespreken de *Societas Europaea,* de *Societas Cooperativa Europaea* en de *Societas Privata Europaea*, de uitwerking van de richtlijn betreffende de grensoverschrijdende fusie en de beslissing in de Cartesio-zaak[122] nog niet duidelijk waren, is gekozen de richtlijn niet in te voeren.[123] Wellicht dat in een later stadium, wanneer dit meer uitgekristalliseerd is, de Europese Commissie tot een andere conclusie zal komen. In de volgende paragrafen ga ik in op de bestaande en toekomstige wetgeving voor de mogelijkheden tot statutaire zetelverplaatsing.

2.4.6.1 *Societas Europaea* en de *Societas Cooperativa Europaea*

De *Societas Europaea* ('**SE**') is een Europese vennootschap. Een SE kan de statutaire zetel naar een andere lidstaat verplaatsen, zonder dat dit leidt tot ontbinding van de SE of tot een nieuwe rechtspersoon. Een andere mogelijkheid om door middel van een SE een statutaire zetelverplaatsing te bewerkstelligen, is door oprichting van een SE door een fusie van vennootschappen die zijn opgericht naar het recht van verschillende lidstaten. Vervolgens kan deze SE worden omgezet in een naamloze vennootschap naar het recht van de lidstaat waar zij haar statutaire zetel heeft. Een omzettingsbesluit kan pas genomen worden twee jaar na de inschrijving van de SE en nadat twee jaarrekeningen zijn goedgekeurd.[124] Een ander nadeel van de SE is dat de statutaire zetel niet los gekozen kan worden van de plaats waar het hoofdbestuur is gevestigd. Van de mogelijkheid tot statutaire zetelverplaatsing door middel van de SE is daarom nog maar weinig gebruik gemaakt. Ook de verordening betreffende de *Societas Cooperativa Europaea* ('**SCE**') voorziet in een statutaire zetelverplaatsing.[125] Ook al is er duidelijk sprake van een andere rechtsvorm dan de SE, door haar opzet wat betreft de grensoverschrijdende fusiemogelijkheden is de SCE op dat punt vergelijkbaar met de SE.[126]

---

122. Het Europese Hof heeft inmiddels een uitspraak gedaan in de Cartesio zaak (HvJ EG 16 december 2008, *supra* noot 93 (Cartesio)). Deze zaak wordt besproken in paragraaf 2.4.7.2.5.
123. Commission of the European Communities (2007), *supra* noot 103, blz. 6.
124. Artikel 66 lid 1 SE-Verordening.
125. Artikel 7 Verordening (EG) nr. 1435/2003 van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap, L 207.
126. Zaman, D.F.M.M. (2007a), 'Grensoverschrijdende fusie: enige juridische aspecten', TFO 2007/119, blz. 119-125.

2.4.6.2 *Societas Privata Europaea*

Voor veel vennootschappen, in het bijzonder voor die van een kleinere omvang, is de SE ongeschikt. De Europese Commissie heeft daarom in juni 2008 een voorstel gepubliceerd voor een specifiek voor kleinere bedrijven geschikte Europese vennootschapsvorm, de *Societas Privata Europaea* ('**SPE**').[127] Met het voorstel wordt beoogd de interne markt toegankelijker te maken voor kleine en middelgrote vennootschappen door een instrument ter beschikking te stellen, die uitbreiding van activiteiten naar andere lidstaten makkelijker maakt en zorgt voor een grotere mobiliteit.[128] De SPE is een besloten kapitaalvennootschap met beperkte aansprakelijkheid en mag ex nihilo worden opgericht.[129] Verder kan de SPE ontstaan door een bestaande vennootschap om te zetten of te splitsen of door bestaande vennootschappen te fuseren.[130] De SPE mag worden opgericht met statutaire zetel en hoofdbestuur of hoofdvestiging in verschillende lidstaten.[131] Dit maakt dat een ondernemer een SPE kan oprichten in een lidstaat waar voor hem de op de SPE toepasselijke regels het meest gunstig zijn om vervolgens in een of meer andere lidstaten met deze SPE (bijna) alle activiteiten te verrichten.[132] De statutaire zetel kan ook op een later moment naar een andere lidstaat worden verplaatst, zonder de rechtspersoonlijkheid te verliezen of te moeten worden ontbonden.[133] Op de SPE zijn de dwingende voorschriften van de verordening van toepassing. In de bijlage bij de verordening wordt een reeks van onderwerpen genoemd die in de statuten geregeld moeten worden. Wanneer een aangelegenheid niet zoals voorzien in de verordening of de bijlage is geregeld, valt een SPE onder het toepasselijke nationale recht.[134] Het nationale recht is ook van toepassing indien de verordening ernaar verwijst. Tot slot heeft de verordening geen betrekking op contractuele rechten en verplichtingen van de SPE of van haar aandeelhouders anders dan die voortvloeien uit de statuten van de SPE.[135]

---

127. Commissie van de Europese Gemeenschappen (2008b), 'Voorstel voor een Verordening van de Raad betreffende het statuut van de Europese besloten vennootschap', d.d. 25 juni 2008, COM (2008) 396 (Voorstel SPE-Verordening), punt 2 van de considerans.
128. Commissie van de Europese Gemeenschappen (2008b), *supra* noot 127, blz. 3.
129. Artikel 3 van het Voorstel SPE-Verordening. Het minimumkapitaal is gelijk aan 1 euro (artikel 19 lid 4 van het Voorstel SPE-Verordening).
130. Artikel 5 van het Voorstel SPE-Verordening.
131. Artikel 7 van het Voorstel SPE-Verordening.
132. Boschma, H.E. en J.N. Schutte-Veenstra (2008), 'De Europese BV: het voorstel voor een SPE-Statuut', Ondernemingsrecht 2008/17, blz. 602-610.
133. Artikel 35 lid 1 van het Voorstel SPE-Verordening.
134. Artikel 4 lid 1 van het Voorstel SPE-Verordening. Dit is het recht voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, het arbeidsrecht, het belastingrecht, en het recht dat de verslaggeving en de insolventie beheerst.
135. Voorstel SPE-Verordening, blz. 2.

De SPE zou een aantrekkelijke rechtsvorm kunnen worden voor het MKB. De eisen en voorwaarden die aan de oprichting worden gesteld zijn redelijk en de daaraan verbonden kosten zijn gering. Door de SPE kan de mobiliteit van het MKB in sterke mate worden vergroot. Het gebruik van de SPE leidt, gelet op het vorenstaande wel tot vragen over het toepasselijke recht. Hierdoor ontstaat rechtsonzekerheid. Het uiteindelijke succes is in grote mate afhankelijk van het verdere proces van ontwikkeling van de verordening en de verdere invulling van het dwingende Europese recht en de toepasselijkheid van het nationale recht op de SPE.[136] Indien de rechtsonzekerheid blijft bestaan en veel nationaal recht van toepassing zal zijn, zal de aantrekkelijkheid van de SPE voor het MKB niet worden bevorderd.[137]

2.4.6.3 Grensoverschrijdende juridische fusie

Door de komst van de tiende EG-richtlijn[138] is voor (slechts) kapitaalvennootschappen de mogelijkheid gecreëerd een grensoverschrijdende fusie binnen de EU te ondergaan. De richtlijn laat in het midden hoe het toepasselijke recht moet worden bepaald.[139] Fusie kan plaatsvinden door overneming door de verkrijgende partij van het vermogen van de verdwijnende partij of door oprichting van een nieuwe entiteit die alle activa en passiva van de te fuseren vennootschappen onder algemene titel verkrijgt.[140] De fusie verloopt voor elke fuserende vennootschap volgens de fusiebepalingen en de formaliteiten van het nationale recht.[141] Ook hier dienen de nationale conflictenregels gebruikt te worden om dat toepasselijke recht te bepalen en komen de incorporatieleer en de werkelijke zetelleer in beeld. Deze conflicterende beginselen kunnen tot problemen leiden indien de vennootschappen die willen fuseren afkomstig zijn uit lidstaten die onderscheiden leren aanhangen. Indien bijvoorbeeld een Nederlandse vennootschap met een Duitse vennootschap fuseert en de Nederlandse vennootschap haar hoofdkantoor in Duitsland heeft, is het vanuit Duitse optiek de vraag of op de Nederlandse vennootschap ook het Nederlandse fusierecht van toepassing is.[142] Voor sommige aangelegenheden

136. Het Nederlandse kabinet is niet van mening dat de introductie van de SPE een gewenste ontwikkeling is: *Kamerstukken II*, 2007-2008, 22 112, nr. 600, blz. 22.
137. Boschma, H.E. en J.N. Schutte-Veenstra (2008), *supra* noot 132, blz. 602-610 en S.F.G. Rammeloo (2007), "Flex-BV', 'Blitz-GmbH', Private Limited Company, of toch maar wachten op de European Private Company (EPC)?', Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2007-1, blz. 1-10.
138. Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, L 310 (Tiende Richtlijn).
139. Zaman, D.F.M.M. (2007a), *supra* noot 126, blz. 119-125.
140. Artikel 2 lid 2 van de Tiende Richtlijn.
141. Punt 3 van de considerans van de Tiende Richtlijn.
142. Zaman, D.F.M.M. (2007a), *supra* noot 126, blz. 119-125.

heeft de Richtlijn zelf het toepasselijke recht aangeduid zoals de regels van werknemersmedezeggenschap.[143]

2.4.6.4 Belastingheffing en de mogelijkheid van statutaire zetelverplaatsing

Los van de vennootschapsrechtelijke haken en ogen kan ook de fiscaliteit de mobiliteit van vennootschappen via het gebruik van een Europese rechtsvorm of een grensoverschrijdende fusie, in de weg staan. Wanneer het verplaatsen van de statutaire zetel van een vennootschap of een gebeurtenis die met die verplaatsing verband houdt, een wijziging van de fiscale woonplaats met zich brengt, kan dit in de lidstaat van waaruit de statutaire zetel verplaatst wordt, aanleiding geven tot belastingheffing. Dergelijke heffingen worden ook wel eindafrekeningsheffingen of emigratieheffingen genoemd. De emigratieheffingen in de winstsfeer leiden tot de constatering van belaste winst zonder dat feitelijk een vorm van realisatie heeft plaatsgevonden. Terzake zal geen conserverende aanslag, maar een gewone aanslag inkomsten- c.q. vennootschapsbelasting worden opgelegd waarvoor geen recht op uitstel van betaling bestaat.[144] Dit vermindert de liquiditeit en solvabiliteit van een onderneming en belemmert daarmee in beginsel de mobiliteit van vennootschappen. Belastingheffing is ook mogelijk wanneer het verplaatsen van de statutaire zetel of een gebeurtenis die met die verplaatsing verband houdt geen wijziging van fiscale woonplaats met zich brengt.[145] Op grond van de Richtlijnen 90/434/EEG en 2005/19/EEG[146] worden enige fiscale problemen opgelost waarmee internationaal actieve vennootschappen in de praktijk worden geconfronteerd.[147] De Richtlijnen zijn echter alleen van toepassing op de in de Richtlijnen genoemde

143. Artikel 16 van de Tiende Richtlijn.
144. Merkus, M.J.C. (2006), 'Emigratieheffingen in de vennootschapsbelasting art. 15c en 15d Wet VPB 1969 getoetst aan het EG-Verdrag', WFR 2006/6694, blz. 1293-1300.
145. Richtlijn 2005/19/EG van de Raad van 17 februari 2005 tot wijziging van Richtlijn 90/434/EEG betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten, considerands punt 7.
146. Richtlijnen 90/434/EEG en 2005/19/EEG betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat.
147. Daarvoor is vereist dat de activa van de overdragende partij in stand moeten blijven, zodat de staat waar de overdragende partij zitting heeft in de toekomst belasting kan innen over eerst uitgestelde vermogenswinsten wanneer de ontvangende vennootschap de activa vervreemdt. Vgl: McCahery, J.A. (2006), *supra* noot 8, in: Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging (2006), *supra* noot 8, blz. 194.

situaties. Daarnaast staat het de lidstaten vrij om stille reserves die meegaan met de zetelverplaatsing al dan niet te onderwerpen aan belastingheffing.[148]

2.4.6.5 Conclusie Europese maatregelen en mobiliteit van vennootschappen

Met de maatregelen van Europese rechtsvormen en de richtlijn grensoverschrijdende fusie heeft de EU getracht de mobiliteit van vennootschappen te vergroten. Maar ook hier stuit men op bezwarende voorwaarden en op de verschillende visies inzake de erkenning van vennootschappen en het toepasselijke recht. Dit kan tot onzekerheid leiden die vennootschappen ervan weerhoudt gebruik te maken van deze maatregelen.

2.4.7 Arresten van het Europese Hof over vrijheid van vestiging van vennootschappen

Naast de Europese wetgeving hebben de uitspraken van het Europese Hof invloed gehad op de vrijheid van vestiging binnen de EU en als gevolg daarvan op de mobiliteit van vennootschappen. Het Europese Hof heeft in het kader van de vrijheid van vestiging van vennootschappen enkele belangrijke uitspraken gedaan. Het heeft zich gebogen over beperkingen die (herkomst) lidstaten stelden aan de uitgaande verplaatsing van de werkelijke zetel (*emigratie*) en de beperkingen die (ontvangende) lidstaten stelden aan de inkomende verplaatsing van de werkelijke zetel (*immigratie*). Bij de emigratie en de immigratie is het van belang welke leer het land van herkomst en de ontvangende lidstaat aanhangen, aangezien verplaatsingen bij de incorporatieleer andere consequenties hebben dan bij de werkelijke zetelleer. De arresten die emigratie tot onderwerp hebben, zijn Daily Mail, Sevic en Cartesio. De arresten die zijn gewezen in het kader van de immigratie zijn de arresten Centros, Überseering en Inspire Art. Aangezien al deze arresten gaan over de mobiliteit van vennootschappen, hebben zij grote inhoudelijke overeenkomsten en verwijst het Europese Hof in haar uitspraken over en weer naar de arresten. Hoewel de arresten over de verplaatsing van de werkelijke zetel gaan, wordt ook verwezen naar de verplaatsing van de statutaire zetel. Het Europese Hof heeft zich in de arresten Hughes de Lasteyrie du Saillant en Cadbury Schweppes uitgesproken over belemmeringen van de vrijheid van vestiging van vennootschappen door (zwaardere) belastingheffingen en eindheffingen die worden opgelegd aan vennootschappen die zich verplaatsten.

148. Merkus, M.J.C. (2006), *supra* noot 144, blz. 1293-1300.

2.4.7.1 Immigratie: Centros, Überseering en Inspire Art

2.4.7.1.1 Centros

Het *Centros*-arrest[149] gaat over een situatie waarin de secundaire vestigingsvrijheid[150] centraal stond. Het Europese Hof oordeelde dat er geen sprake is van misbruik van de vrijheid van vestiging wanneer een vennootschap rechtsgeldig wordt opgericht naar het recht van de ene lidstaat, en vervolgens in een andere lidstaat (uitsluitend) haar activiteiten ontplooit door middel van een filiaal.[151] Hierbij benadrukt het Europese Hof dat in het geval lidstaten een beroep op bepalingen van Europees recht belemmeren met het oog op bestrijding van misbruik of bedrog, deze lidstaten bij de beoordeling van het gedrag dat door hen gezien wordt als misbruik of bedrog, ook het doel van de betrokken bepalingen van Europees recht in aanmerking dienen te nemen.[152] Het doel van de verdragsbepalingen over de vrijheid van vestiging van vennootschappen[153] is het bieden van de mogelijkheid activiteiten in andere lidstaten te ontplooien.[154] De belemmering van de inschrijving van een filiaal van een buitenstatelijke vennootschap in het handelsregister werd in strijd met de vrijheid van vestiging geoordeeld en kon niet gerechtvaardigd worden op grond van de *rule of reason*.[155] Deze regel houdt in dat een belemmering, of het minder aantrekkelijk maken, van de fundamentele vrijheden kan worden gerechtvaardigd indien is voldaan aan vier voorwaarden. Deze voorwaarden zijn dat de maatregelen: (1) zonder discriminatie moeten kunnen worden toegepast, (2) hun rechtvaardiging dienen te vinden in dwingende redenen van algemeen belang, (3) geschikt

149. HvJ EG 9 maart 1999, *supra* noot 93 (Centros).
150. De inkomende verplaatsing kan worden onderverdeeld in de primaire vestiging en in de secundaire vestiging. De primaire vestigingsvrijheid is het recht om vennootschappen op te richten en te beheren in een andere lidstaat overeenkomstig de bepalingen die voor eigen vennootschappen gelden. Onder de secundaire vestigingsvrijheid wordt verstaan de vrijheid van onderdanen/vennootschappen van de ene lidstaat om zich op het grondgebied van een andere lidstaat te vestigen door oprichting van agentschappen, filialen en dochterondernemingen. P. Vlas (2003): noot bij het arrest Überseering in *NJ* 2003, 58 en P. Vlas (2000): noot bij het arrest Centros in *NJ* 2000, 48.
151. HvJ EG 9 maart 1999, *supra* noot 93 (Centros) en HvJ EG 10 juli 1986, *D.H.M. Segers v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, Zaak 79/85 (Segers), r.o. 16.
152. HvJ EG 9 maart 1999, *supra* noot 93 (Centros), r.o. 25.
153. Vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Europese Unie hebben.
154. HvJ EG 9 maart 1999, *supra* noot 93 (Centros), r.o. 26.
155. HvJ EG 9 maart 1999, *supra* noot 93 (Centros), r.o. 34-38.

moeten zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en (4) niet verder dienen te gaan dan voor het bereiken daarvan noodzakelijk is.[156]

2.4.7.1.2 Überseering

In het arrest *Überseering*[157] komen voor het eerst de consequenties voor de primaire vestigingsvrijheid aan de orde, in verband met een verplaatsing van de werkelijke zetel van een vennootschap vanuit een lidstaat waar het incorporatiestelsel wordt aangehangen (Nederland), naar een lidstaat waar het stelsel van de werkelijke zetel wordt aangehangen (Duitsland). Het Europese Hof oordeelde dat de weigering van toekenning door de ontvangende lidstaat van de rechts- en procesbevoegdheid aan een vennootschap, die rechtsgeldig volgens het recht van een lidstaat is opgericht en die haar werkelijke zetel naar een andere lidstaat heeft verplaatst, ook in strijd is met het beginsel van vrijheid van vestiging.[158] Belemmeringen kunnen alleen worden gerechtvaardigd door de gronden van artikel 46 EG (nu artikel 52 VWEU),[159] onder andere de openbare orde, of bij gebreke daaraan onder bepaalde omstandigheden en mits bepaalde voorwaarden zijn vervuld, door een dwingende reden van algemeen belang.[160] Dit kan onder andere zijn de bescherming van de belangen van schuldeisers, van minderheidsaandeelhouders, van de werknemers of van de fiscus. Van verstoringen van de openbare orde is pas sprake als het gaat om een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast.[161] In casu was daarvan geen sprake.

2.4.7.1.3 Inspire Art

In het arrest *Inspire Art*[162] oordeelde het Europese Hof dat het door een lidstaat stellen van nationale eisen aan vennootschappen opgericht naar het recht van een vreemde lidstaat of van een EER-staat,[163] zoals minimumkapitaaleisen en aansprakelijkheid van bestuurders, een belemmering vormt voor de vrijheid van vestiging en daarmee in strijd is met de artikelen 43 en 48 EG-Verdrag (thans artikelen 49 en 54 VWEU), tenzij er sprake is van misbruik: *'De redenen*

156. Zie: arresten HvJ EG 31 maart 1993, *Dieter Kraus v. Land Baden- Württemberg*, Zaak 19/92 (Kraus), r.o. 32 en 30 en HvJ EG 30 november 1995, *Reinhard Gebhard v. Consiglio Dell'Orgine Degli Avvocati E Procuratori di Milano*, Zaak 55/94, r.o. 37.
157. HvJ EG 5 november 2002, *supra* noot 93 (Überseering).
158. HvJ EG 5 november 2002, *supra* noot 93 (Überseering), (r.o. 94).
159. Op grond van deze artikelen mogen de lidstaten de vrijheid van vestiging van buitenlandse onderdanen beperken door wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen vast te stellen voorzover deze uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn.
160. HvJ EG 5 november 2002, *supra* noot 93 (Überseering), r.o. 92.
161. HvJ EG 27 oktober 1977, *Régina v Pierre Bouchereau*, Zaak 30-77, (Bouchereau).
162. HvJ EG 30 september 2003, *supra* noot 93, (Inspire Art).
163. Een EER-staat is een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte. Dit zijn IJsland, Noorwegen en Liechtenstein.

waarom de vennootschap in de eerste lidstaat is opgericht, en de omstandigheid dat zij haar werkzaamheden uitsluitend of nagenoeg uitsluitend in de lidstaat van vestiging uitoefent, ontnemen haar niet het recht, zich op de door het Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging te beroepen, tenzij er sprake is van misbruik, hetgeen van geval tot geval moet worden aangetoond'.[164] De eisen van de ontvangende lidstaat doorstonden ook de *rule of reason* niet. De bescherming van schuldeisers die door het stellen van eisen aan buitenstatelijke vennootschappen werd beoogd, kon bijvoorbeeld ook bereikt worden door een beroep te doen op bepaalde beschermende gemeenschapsrechtelijke regels, zoals de Vierde en de Elfde Richtlijn.[165] Daarnaast waren de potentiële schuldeisers van de buitenstatelijke vennootschap voldoende geïnformeerd van het feit dat zij onder een buitenstatelijke regeling vielen, in het bijzonder voor het minimumkapitaal en de aansprakelijkheid van de bestuurders. Het Inspire Art-arrest is tot nu toe het sluitstuk van een reeks arresten die is gewezen in het kader van immigratie.

2.4.7.2 Emigratie: Daily Mail, Hughes de Lasteyrie du Saillant, Cadbury Schweppes, Sevic en Cartesio

2.4.7.2.1 Daily Mail

Het *Daily Mail*-arrest[166] was de eerste zaak waarin de belemmeringen van de uitgaande verplaatsing van de werkelijke zetel aan de orde kwamen. De belangrijkste prejudiciële vraag die werd gesteld, was of de vrijheid van vestiging aan een overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat opgerichte vennootschap die aldaar haar statutaire zetel heeft, het recht verleent haar bestuurszetel naar een andere lidstaat te verplaatsen, en zo ja, of de lidstaat van oorsprong dit recht dan afhankelijk kan stellen van voorwaarden. Het Europese Hof beklemtoonde in zijn uitspraak dat de voorwaarden waaronder een vennootschap haar bestuurszetel naar een andere lidstaat kan verplaatsen, afhangen van het nationale recht van de staat waar zij is opgericht, en van waar zij zich gaat vestigen. Het Europese Hof benadrukte dat: *'Bijgevolg moet worden vastgesteld, dat het Verdrag de verschillen tussen de nationale wettelijke regelingen met betrekking tot de vereiste aanknoping en de vraag of, en zo ja hoe, de statutaire zetel of het feitelijke hoofdkantoor van een naar nationaal recht opgerichte vennootschap naar een andere lidstaat kan worden verplaatst, beschouwt als vraagstukken waarvoor de regels inzake het recht van vestiging geen oplossing bieden, doch die in de toekomstige wetgeving of overeenkomsten moeten worden vastgesteld'*.[167] Indien de verplaatsing van de centrale

164. HvJ EG 30 september 2003, *supra* noot 93 (Inspire Art), dictum onder punt 2.
165. HvJ EG 30 september 2003, *supra* noot 93 (Inspire Art), r.o. 135.
166. HvJ EG 27 september 1988, *supra* noot 110 (Daily Mail).
167. HvJ EG 27 september 1988, *supra* noot 110 (Daily Mail), r.o. 23.

bestuurszetel naar het nationale recht mogelijk is, dan is het recht om die zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen een door Europees recht beschermd recht. Het Europese recht kan echter niet zo worden uitgelegd dat het naar nationaal recht opgerichte vennootschappen het recht geeft, hun centrale bestuurszetel en hun hoofdkantoor naar een andere lidstaat te verplaatsen met behoud van hun hoedanigheid van vennootschap naar het recht van de eerste lidstaat.[168] De vraag of vennootschappen het recht op vrijheid van vestiging kunnen uitoefenen hangt derhalve af van de aanknopingsleer die de lidstaat van herkomst aanhangt. Wanneer de lidstaat uitgaat van de incorporatieleer zal een verplaatsing van de werkelijke zetel zijn toegestaan en kan de vennootschap het recht op vrijheid uitoefenen. In het geval van de werkelijke zetelleer zal een scheiding van de werkelijke en de statutaire zetel echter niet mogelijk zijn.

In de situatie dat het oprichtingsland de verplaatsing toelaat, kan dit land echter wel (extra) voorwaarden verbinden aan deze verplaatsing. Het Europese Hof bevestigde deze overweging in het arrest Überseering. Het Europese Hof overwoog: *'[D]at de mogelijkheid, voor een vennootschap die overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat is opgericht, om haar statutaire of werkelijke zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen zonder haar rechtspersoonlijkheid volgens het recht van de lidstaat van oprichting te verliezen, alsmede, in voorkomend geval, de voorwaarden van deze verplaatsing, worden bepaald door de nationale wetgeving overeenkomstig welke de betrokken vennootschap is opgericht'*.[169] Bijgevolg, aldus het Hof: *'[K]an een lidstaat beperkingen stellen aan de verplaatsing van de werkelijke zetel van een volgens zijn wettelijke regeling opgerichte vennootschap naar een andere staat en met behoud van haar rechtspersoonlijkheid volgens het recht van de staat van oprichting'*. Het land van herkomst, in het geval van Daily Mail het Verenigd Koninkrijk, was dus bevoegd om belemmeringen op te werpen tegen de verplaatsing van de bestuurszetel naar een andere lidstaat. Daarnaast is van groot belang dat het Europese Hof heeft aangegeven dat: *'Vennootschappen, anders dan natuurlijke personen hun bestaan ontlenen aan de wet en wel aan de nationale wet. Zij bestaan enkel krachtens de verschillende nationale wetgevingen, die de oprichtings- en werkingsvoorwaarden ervan bepalen'*.[170] Dit betekent dat oprichting van een vennootschap, waarbij het van meet af aan de bedoeling van de oprichters is dat de werkelijke zetel en de statutaire zetel gescheiden zijn, in een lidstaat die de werkelijke zetelleer aanhangt niet mogelijk is.[171]

168. HvJ EG 27 september 1988, *supra* noot 110 (Daily Mail), r.o. 23-25 en dictum.
169. HvJ EG 5 november 2002, *supra* noot 93 (Überseering), r.o. 70.
170. HvJ EG 27 september 1988, *supra* noot 110 (Daily Mail), r.o. 19.
171. Sangen, G.J.H. van der (2008), *supra* noot 20, blz. 98-105.

2.4.7.2.2 Hughes de Lasteyrie du Saillant

Uit het arrest *Lasteyrie*[172] volgt dat belastingplichtigen die hun recht op vrije vestiging uitoefenen door naar een andere lidstaat te verhuizen, niet eerder of zwaarder mogen worden belast dan de belastingplichtigen die in dezelfde lidstaat blijven wonen. De Europese Commissie is van mening dat de interpretatie van de vrijheid van vestiging die het Europese Hof in het arrest Lasteyrie heeft gegeven ten aanzien van de exitheffingsregels voor particulieren, ook rechtstreekse gevolgen heeft voor de exitheffingsregels van de lidstaten voor vennootschappen.[173] Een lidstaat zou bijvoorbeeld automatisch uitstel van belastingbetaling moeten verlenen wanneer een ingezeten vennootschap activa overbrengt tussen verschillende vestigingen. Een dergelijk onvoorwaardelijk uitstel zal echter niet noodzakelijk een oplossing bieden voor de bestaande incongruenties tussen de belastingregels van de lidstaten.[174] Deze incongruenties zijn bijvoorbeeld de dubbele belastingheffing of de niet-dubbele belastingheffing die ontstaat door verschillende waarderingsmethoden voor de grensoverschrijdende inbreng van activa. De dubbele belasting kan vennootschappen ervan weerhouden om de zetel te verplaatsen. De mogelijkheid om tweemaal niet te worden belast, kan hen ook stimuleren om hun grensoverschrijdende activiteiten zo in te richten dat zij profiteren van de leemten tussen de verschillende nationale belastingstelsels in plaats van hun besluitvorming op een degelijke zakelijke grondslag te vestigen.[175] De vraag rijst of het arrest Lasteyrie ervoor heeft gezorgd dat de *fiscale* voorwaarden gesteld door het land van herkomst, bijvoorbeeld de eindafrekening zoals deze in het Daily Mail-arrest door het Europese Hof is toegestaan, niet meer geoorloofd zijn. Hierover zijn de meningen verdeeld.[176]

---

172. HvJ EG 11 maart 2004, *supra* noot 110, (Hughes de Lasteyrie de Saillant).
173. Commissie van de Europese Gemeenschappen (2006), 'Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité; Exitheffingen en de behoefte aan coördinatie van het belastingbeleid van de lidstaten', d.d. 19 december 2006, COM (2006) 825, blz. 6.
174. Commissie van de Europese Gemeenschappen (2006), *supra* noot 173, blz. 7.
175. Commissie van de Europese Gemeenschappen (2006), *supra* noot 173, blz. 8.
176. Merkus, M.J.C. (2006), *supra* noot 144, blz. 1293-1300. De Europese Commissie heeft Nederland, evenals België en Denemarken verzocht om wijziging van bepalingen in hun belastingwetgeving die tot gevolg hebben dat een onmiddellijke exitheffing wordt opgelegd aan vennootschappen die hun zetel of activa naar een andere lidstaat verplaatsen. In een eerder stadium heeft de staatssecretaris van Financiën heeft echter gezegd dat het arrest Lasteyrie geen gevolgen heeft voor de uitspraak in de zaak Daily Mail en derhalve ook niet voor de eindafrekeningbelastingen op Nederlandse ondernemingen die hun zetel verplaatsen (antwoorden van de staatssecretaris van Financiën van 9 februari 2005, nr. WDB 2005-00077U onder punt 2&3). Ook de fiscale gevolgen (artikel 3.60 en 3.61 Wet IB 2001) van de verplaatsing van een IB-onderneming zijn volgens de staatssecretaris niet in strijd met het Gemeenschapsrecht. Inmiddels heeft het Hof Amsterdam prejudiciële vragen gesteld aan het Europese Hof over de Nederlandse exitheffingen van emigrerende vennootschappen.

2.4.7.2.3 Cadbury Schweppes

In het *Cadbury Schweppes*-arrest[177] is het (eventuele) verbod van exitheffingen bij de verplaatsing van vennootschappen binnen de EU gerelativeerd door het Europese Hof aangezien het Hof heeft bepaald dat: *'Een nationale maatregel die de vrijheid van vestiging beperkt, gerechtvaardigd [kan] zijn wanneer hij specifiek gericht is op volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de belastingwetgeving van de betrokken lidstaat te ontwijken'*.[178] Een beperking van de vrijheid van vestiging kan slechts: *'[D]oor de strijd tegen misbruiken worden gerechtvaardigd, wanneer zij specifiek ten doel heeft, gedragingen te verhinderen die erin bestaan, volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaal verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied'*.[179] Een belastingmaatregel dient echter buiten toepassing gelaten te worden: *'[W]anneer uit objectieve en door derden controleerbare elementen blijkt dat ondanks het bestaan van fiscale beweegredenen, de betrokken gecontroleerde buitenlandse vennootschap daadwerkelijk in de lidstaat van ontvangst is gevestigd en er daadwerkelijk economische activiteiten uitoefent'*.[180]

2.4.7.2.4 Sevic

In het *Sevic*-arrest oordeelde het Europese Hof dat de weigering om een grensoverschrijdende fusie in te schrijven, omdat het ontbinding en vermogensovergang van een buitenstatelijke vennootschap betreft, in strijd is met de artikelen 43 en 48 EG (thans artikelen 49 en 54 VWEU).[181] Indien ontbinding en vermogensovergang naar het recht van het statutaire zetelland rechtsgeldig is, dan mag de lidstaat van 'ontvangst' geen aanvullende eisen stellen of bepalen dat de rechtshandeling naar eigen recht niet is voltooid omdat niet is voldaan aan een eis die de eigen wet stelt aan binnenstatelijke vennootschappen. Ook in dit geval was er geen sprake van een beperking die toelaatbaar was. Naar aanleiding van het Sevic-arrest is in de literatuur de vraag gesteld of het door het Europese Hof bedoelde toepassingsbereik van de grensoverschrijdende fusie niet zou moeten worden uitgebreid tot andere rechtspersonen dan kapitaalvennootschappen en waarom ook niet voor personenvennootschappen (een nationale fusie voor personenvennootschappen is overigens in Nederland anders dan in sommige andere lidstaten niet mogelijk).[182] Hierover bestaat echter nog geen duidelijkheid.

---

177. HvJ EG 12 september 2006, *Cadbury Schweppes plc en Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue*, Zaak 196/04 (Cadbury Schweppes).
178. HvJ EG 12 september 2006, *supra* noot 177 (Cadbury Schweppes), r.o. 51.
179. HvJ EG 12 september 2006, *supra* noot 177 (Cadbury Schweppes), r.o. 55.
180. HvJ EG 12 september 2006, *supra* noot 177 (Cadbury Schweppes), dictum.
181. HvJ EG 13 december 2005, *supra* noot 93 (Sevic).
182. Zaman, D.F.M.M. (2007), *supra* noot 126, blz. 119-125.

2.4.7.2.5 Cartesio

In tegenstelling tot het arrest Daily Mail ging de *Cartesio*-zaak[183] over de verplaatsing van de werkelijke zetel uit een land dat de werkelijke zetelleer aanhangt, in plaats van een land dat uitgaat van de incorporatieleer. Deze verplaatsing heeft in een dergelijk land tot gevolg dat ook de statutaire zetel moet worden verplaatst en dat tevens het toepasselijke recht wijzigt in het recht van het ontvangstland. De vraag rijst of dergelijke voorwaarden kunnen worden gesteld door het land van herkomst. Het Europese Hof oordeelde hierover: *'[D]at de artikelen 43 en 48 EG bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht in die zin moet worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een regeling van een lidstaat die een krachtens het nationale recht van deze lidstaat opgerichte vennootschap belet om haar zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen met behoud van haar hoedanigheid van vennootschap die valt onder het nationale recht van de lidstaat volgens wiens wettelijke regeling zij is opgericht'*.[184] Net als in het Daily Mail-arrest gaat het Europese Hof hier uit van de bevoegdheid van elke lidstaat om zelf voor te schrijven welke aanknoping vereist is om aangemerkt te worden als een vennootschap die volgens dat recht is opgericht. Kiest een lidstaat voor de aanknoping van zowel statutaire zetel als hoofdbestuur en voldoet de vennootschap niet meer aan een van beide, dan is het daaraan verbinden van consequenties niet strijdig met het vestigingsrecht van artikel 43 en 48 EG,[185] aldus het Europese Hof.[186] De vrijheid van vestiging staat daarentegen wel toe dat een vennootschap zich naar een andere lidstaat verplaatst door zich om te zetten in een vennootschap volgens het recht van die staat, zonder dat die vennootschap bij die omzetting hoeft te worden ontbonden en geliquideerd, indien het recht van de lidstaat van ontvangst dit toestaat.[187] Er vindt dan een verandering van het toepasselijke nationale recht plaats, namelijk het recht van de ontvangende lidstaat wordt van toepassing. Deze vrijheid mag echter worden beperkt indien zij wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang.[188]

2.4.7.3 De gevolgen van de uitspraken van het Europese Hof

De vraag rijst welke gevolgen de bovenstaande uitspraken van het Europese Hof hebben op de twee leren voor de erkenning van vreemde vennootschappen en het op hen toepasselijke recht, en daarmee op de mobiliteit van deze

183. HvJ EG 16 december 2008, *supra* noot 93 (Cartesio).
184. HvJ EG 16 december 2008, *supra* noot 93 (Cartesio), r.o. 124.
185. Deze artikelen zijn nu neergelegd in artikelen 49 en 54 VWEU.
186. Vgl: Schutte-Veenstra J.N. (2009), *supra* noot 114, blz. 105-111.
187. Een verbod op een omzetting door het nationale recht van de 'ontvangende' lidstaat zou hiermee niet in strijd zijn met de artikelen 43 en 48 EG, tenzij de omzetting wel openstaat voor de binnenlandse vennootschappen.
188. HvJ EG 16 december 2008, *supra* noot 93 (Cartesio), r.o. 113.

vennootschappen en de jurisdictionele competitie binnen de EU. De meningen zijn hierover verdeeld en er bestaat nog geen consensus over de praktische consequenties van de uitspraken van het Hof.[189] Enerzijds wordt onder andere gesteld dat de eeuwigdurende strijd tussen de aanknoping aan de leer van de werkelijke zetel en de incorporatieleer door het Europese Hof is beslecht in het voordeel van de laatste.[190] Anderen zijn echter van mening dat het doek voor het stelsel van de werkelijke zetelleer nog niet is gevallen, zeker niet na het Cartesio-arrest.[191] Het verschil van inzicht houdt verband met het essentiële verschil tussen de situatie bij immigratie en die bij emigratie.

2.4.7.3.1 Conclusie – Immigratie

Als een ontvangende staat belemmeringen opwerpt tegen de vestiging van een buitenstatelijke vennootschap omdat de lidstaat uitgaat van de werkelijke zetelleer, dan wordt deze leer opzij gezet en zijn de belemmeringen in beginsel niet geoorloofd, tenzij er sprake is van misbruik. Als ondernemers een vennootschap willen oprichten in een andere lidstaat dan waar de vennootschap haar activiteiten zal gaan uitoefenen, dan zal deze vennootschap door de ontvangende lidstaat (het land waar de werkelijke zetel zich bevindt), geaccepteerd en erkend dienen te worden. De vennootschap mag daarnaast niet onderworpen worden aan extra voorwaarden. Het Europese Hof benadrukt in zijn uitspraken enerzijds het recht van vrijheid van vestiging en van daaruit de mogelijkheid om actief te worden binnen de gehele EU. Anderzijds benadrukt het Europese Hof dat lidstaten misbruik mogen bestrijden. Het Europese Hof verbiedt niet ook de interne aangelegenheden van een buitenlandse vennootschap met activiteiten in het binnenland aan binnenlands recht te onderwerpen, voor zover de toepassing van dit binnenlandse recht maar in overeenstemming is met de *rule of reason*.[192] De eerste vorm van de mobiliteit, de incorporatie, is daarmee door de uitspraken van het Europese Hof binnen de EU over het algemeen mogelijk gemaakt.

2.4.7.3.2 Conclusie – Emigratie

In het geval van emigratie van al bestaande vennootschappen (herincorporatie) ligt de situatie anders. Lidstaten kunnen dan de werkelijke zetelleer voor hun eigen vennootschappen blijven hanteren. Emigratie van de statutaire en/of van de werkelijke zetel is namelijk alleen toegestaan indien het recht volgens welke de vennootschap is opgericht dit met behoud van rechtspersoonlijkheid

189. Kieninger, E-M. (2004), *supra* noot 15, blz. 741-770.
190. Vlas, P. (2003): noot bij het arrest Überseering in *NJ* 2003, 58, onder punt 4 en S.F.G. Rammeloo (2007), *supra* noot 137, blz. 1-10.
191. Vgl: Zilinsky, M. (2003), *supra* noot 96, blz. 60-65. Zie ook: H. de Wulf (1999), *supra* noot 34, blz. 318-324.
192. Wulf, H. de (1999), *supra* noot 34, blz. 318-324.

aanvaardt.[193] Het valt te bezien in hoeverre lidstaten die uitgaan van het stelsel van de werkelijke zetelleer echt zo consequent zullen zijn, dat zij de emigratie van de werkelijke zetel van een eigen vennootschap bestraffen met niet erkenning.[194] Uit de Cartesio-zaak blijkt dat dit inderdaad tot de mogelijkheden behoort. In dit arrest komt het blijvende probleem van de controverse tussen de incorporatieleer en de werkelijke zetelleer wederom tot uiting. Zolang lidstaten geen overeenstemming – via een richtlijn of een overeenkomst – bereiken over het vereiste aanknopingscriterium, blijft het mogelijk dat nationale wettelijke regelingen op dit punt verschillen vertonen. Artikel 54 VWEU (voorheen artikel 48 EG) houdt hier rekening mee door de verschillende elementen van aanknoping – statutaire zetel, hoofdbestuur en hoofdvestiging – op gelijke voet te plaatsen.[195] Het Europese recht kan daarom geen antwoord geven op de vraag welke bestaande vennootschappen aanspraak kunnen maken op de vrijheid van vestiging en het recht kunnen uitoefenen. Dit is een nationale aangelegenheid. Over de fiscale voorwaarden die aan de emigratie kunnen worden gesteld, is nog geen overeenstemming. De vraag is hoe ver het arrest Lasteyrie reikt en of het arrest tot gevolg heeft dat de eindafrekening, zoals die ook in Nederland geldt, in strijd is met het Europese recht. De Europese Commissie is van mening dat het arrest ook geldt voor vennootschappen, waardoor het Daily Mail-arrest wat betreft de fiscale voorwaarden is achterhaald. Dit zou een positieve uitwerking op de mobiliteit hebben.

2.4.7.4 Conclusie uitspraken van het Europese Hof

Concluderend kan worden gesteld dat de uitspraken van het Europese Hof geen einde maken aan de werkelijke zetelleer, maar dat de uitspraken uitnodigen tot erosie van deze doctrine door sommige vennootschappen de mogelijkheid aan te bieden de effecten ervan te vermijden.[196] Deze vennootschappen kunnen kiezen voor een rechtsstelsel dat het beste aansluit bij hun preferenties. Dit kan tot gevolg hebben dat de mobiliteit van deze vennootschappen toeneemt. Is deze mobiliteit van vennootschappen onder de incorporatieleer echter voldoende voor het ontstaan van een jurisdictionele competitie op het gebied van het vennootschapsrecht binnen Europa? De uitspraken van het Europese Hof kunnen de introductie van een competitie stimuleren, voornamelijk voor de incorporatie. De herincorporatie blijft in de EU tot op heden lastig, omdat het Europese Hof de herincorporatie met haar uitspraken niet gemakkelijker heeft

193. Vgl: Schutte-Veenstra, J.N. (2009), *supra* noot 114, blz. 105-111.
194. Vlas, P. (2003): noot bij het arrest Überseering in *NJ* 2003, 58, onder punt 5.
195. Schutte-Veenstra J.N. (2009), *supra* noot 114, blz. 105-111.
196. Ribstein, L.E. (2001), 'The Evolving Partnership', 26 Journal of Corporation Law, blz. 819-854.

gemaakt. EU-regelgeving zou voor rechtszekerheid bij statutaire zetelverplaatsing kunnen zorgen en zou de mobiliteit van vennootschappen door herincorporatie kunnen vergroten. In de literatuur is dan ook gesteld dat er in de EU nog geen basis is geschapen voor het creëren van een op Amerikaanse leest geschoeide competitie.[197]

2.4.8 Stimulansen aan de vraagzijde in de Europese Unie

Naast de mobiliteitsvoorwaarden dienen er ook voldoende stimulansen zijn voor vennootschappen om te (her)incorporeren. Voor de identificatie van mogelijke stimulansen is van belang vast te stellen welke delen van het incorporatierecht van toepassing zullen zijn.[198] Door de verplaatsing van de statutaire zetel naar of registratie in een andere lidstaat, zullen het *vennootschapsrecht* en de *corporate governance* regels van die staat de vennootschap gaan beheersen. Ook het *insolventierecht* van de incorporatiestaat zal in eerste instantie gelden. De rechter van de lidstaat waar het 'centrum van de voornaamste belangen' van de vennootschap is gelegen, is bevoegd de insolventieprocedure te openen.[199] Aangenomen wordt dat dit de incorporatiestaat is, tenzij anders wordt bewezen.[200] Het recht dat deze insolventieprocedure en de gevolgen daarvan beheerst is het recht van de lidstaat waar de procedure is geopend en is derhalve in principe het recht van de incorporatiestaat.[201] In beginsel wijzigen het geldende *belastingrecht*, het *arbeidsrecht* en het *milieurecht* niet als alleen de statutaire zetel wordt verplaatst en de activiteiten in dezelfde lidstaat uitgevoerd blijven worden.

Gunstig vennootschapsrecht van een andere lidstaat zou dus de doorslag kunnen geven om de statutaire zetel te verplaatsen. Mogelijke voordelen kunnen bijvoorbeeld lagere oprichtingskosten zijn of voordelige kapitaalbeschermingsregels. In sommige landen gelden er geen minimumkapitaalvereisten, terwijl in andere lidstaten zeer stringente voorwaarden worden gesteld. Daarnaast kan een verplaatsing leiden tot een goedkopere bedrijfsvoering door

197. Vgl: McCahery, J.A. (2006), *supra* noot 8, in: Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging (2006), *supra* noot 8, blz. 159 en 195.
198. Commission of the European Communities (2007), *supra* noot 103, blz. 15.
199. Het 'centrum van voornaamste belangen' dient overeen te komen met de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert die daardoor als zodanig voor derden herkenbaar is: punt 13 van de considerans van de Verordening (EG) Nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, L 160/1 (Insolventieverordening).
200. Artikel 3 lid 1 van de Insolventieverordening en HvJ EG 2 mei 2006, *Eurofood IFSC Ltd.*, Zaak 341/04 (Eurofood).
201. Artikel 4 van de Insolventieverordening.

minder administratieve en juridische kosten. Bij een transparanter en toegankelijker vennootschapsrecht kunnen de kosten van juridisch advies lager uitvallen. Deze voordelen zijn alle gericht op kostengerelateerde regels (*cost-based benefits*). Vennootschappen zouden ook voordelen kunnen halen uit de regels van meer inhoudelijk recht (*rule-based benefits)*. Een stimulans zou bijvoorbeeld de keuze uit alternatieve vennootschapsstructuren kunnen zijn, zoals een monistisch bestuursmodel (*one-tier board*). Andere drijfveren zijn gunstige aansprakelijkheidsregels voor bestuurders of vennoten en de mate van eenvoud van bijvoorbeeld overnames en fusies. Ook kunnen minder belastende openbaarmakingsverplichtingen in de wet zijn opgenomen en verschillen wetgevingen in de mate van dwingende regels of de vrijheid om bijvoorbeeld de statuten of de vennootschapsovereenkomst vorm en inhoud te geven.[202] Uit het impactbeoordelingsrapport blijkt dat er in de EU grote verschillen zijn in de efficiëntie van de regelgeving van de diverse lidstaten en daarnaast in de efficiëntie van de stelsels in het algemeen.[203] Bij de keuze voor (her)incorporatie is de efficiëntie van het juridische stelsel een factor van betekenis in het geval de bevoegdheid van de rechter is gekoppeld aan de incorporatielidstaat. Of dit het geval is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Aan de keuze voor het recht van een andere lidstaat zit ook een aantal nadelen. Allereerst brengt dit bijvoorbeeld aanzienlijke kosten met zich mee. Om het vennootschapsrecht van het andere land te leren kennen zal in veel gevallen kostbaar juridisch advies moeten worden ingewonnen.[204] De verschillen tussen de rechtsstelsels beperken de mogelijkheid voor advocaten om buiten hun eigen jurisdictie te praktiseren. Daarnaast wordt met de keuze voor een vennootschapsvorm uit een andere lidstaat voor veel aangelegenheden ook de rechterlijke macht en het procesrecht van deze andere lidstaat binnengehaald. Onbekendheid met dat vreemde (proces)recht, de procesgebruiken en zelfs de procestaal zullen als hinderpalen worden gezien.[205] Verder kan het uitvoeren van activiteiten onder een buitenlandse rechtsvorm het betreden van de markt en het winnen van het vertrouwen van consumenten en zakenpartners in een andere lidstaat moeilijker maken.[206] Dit versterkt de voorkeur van ondernemers voor incorporatie in hun eigen land.[207] In Europa spelen ook factoren een rol

202. Commission of the European Communities (2007), *supra* noot 103, blz. 16 en 21.
203. Commission of the European Communities (2007), *supra* noot 103.
204. Smits, J.M. (2006), *supra* noot 16, blz. 21-26.
205. Tervoort A.J.S.M. (2005), 'Van jurisdictionele competitie naar jurisdictionele competentie in besloten vennootschapsverhoudingen?', Lustrum Bundel Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, 'Tussen Themis en Mercurius', Deventer: Kluwer, blz. 331-351.
206. Commission of the European Communities (2008b), 'Commission Staff Working Document accompanying the Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Private Company (SPE); Impact Assessment, SEC (2008) 2098, blz. 11.
207. Vermeulen, E.P.M. (2003), *supra* noot 88, blz. 154.

als verschillen in taal, cultuur en overheidsoptreden tussen de lidstaten. Het van toepassing laten zijn van een misschien deels ongunstig maar wel rechtszeker nationaal recht, loont dan eventueel meer de moeite dan een keuze van een 'van horen zeggen' gunstiger rechtsstelsel.[208] Bij de afweging over het aannemen van een buitenlandse rechtsvorm, dienen de voordelen van de keuze voor een buitenlandse rechtsvorm in grote mate op te wegen tegen nadelen. Het verschil dient substantieel te zijn.

2.4.8.1 Europese jurisdictionele competitie gericht op kleine besloten vennootschappen

Het Europese recht heeft de wetgeving voor de beursvennootschappen grotendeels geharmoniseerd, waardoor voor beursvennootschappen weinig prikkels zijn om zich te verplaatsen. Het vennootschapsrecht voor de kleine besloten vennootschappen is nog steeds divers. De discussie over de jurisdictionele competitie in de EU heeft zich dan ook niet zozeer af gespeeld in het kader van de herincorporaties van de grote beursvennootschappen, maar meer op het gebied van de incorporaties van kleine besloten vennootschappen. Het midden- en kleinbedrijf omvat zo'n 99% van alle vennootschappen in de EU. Daarvan houdt maar 8% zich bezig met grensoverschrijdende handel en 5% heeft dochterondernemingen of joint ventures in andere lidstaten.[209] In het kader van de impactbeoordeling van de veertiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende zetelverplaatsing bleek dat 79,6% van de respondenten van mening was dat er een behoefte is aan een dergelijke richtlijn.[210] De richtlijn zou de mobiliteit van Europese vennootschappen, en dan met name het midden- en kleinbedrijf, faciliteren. Het zou deze bedrijven in staat stellen hun vennootschap te vestigen in de lidstaat die het beste aansluit bij hun behoeftes en zou zorgen voor rechtszekerheid en transparantie.[211] Deze reacties geven er blijk van dat vennootschappen inderdaad de mogelijkheid van een eenvoudige zetelverplaatsing van waarde achten. De vraag rijst in hoeverre de Europese kleine besloten vennootschappen tot nu toe gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid zich in een andere lidstaat te (her)incorporeren en welke stimulansen hierbij van dominante invloed zijn geweest.

---

208. Smits, J.M. (2006), *supra* noot 16, blz. 21-26.
209. Commission of the European Communities (2008a), 'Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European private company, COM (2008) 396/3.
210. 32% van de respondenten was afkomstig uit de industrie, 17% bestond uit publieke intermediairs, 12% was investeerder, 8% was financiële dienstverlener en 7% van de respons werd gevormd door de reacties van vakbonden.
211. Commission of the European Communities (2007), *supra* noot 103, blz. 7.

2.4.8.2 Aantallen (her)incorporaties

Uit empirisch onderzoek is gebleken dat de mobiliteit van kleine besloten kapitaalvennootschappen na het jaar 2002 significant is toegenomen.[212] De onderzoekers hebben de oprichting van buitenstatelijke vennootschappen onderzocht aan de hand van incorporaties van buitenstatelijke *limiteds*[213] in het Verenigd Koninkrijk. In de tijdsperiode van 2003 – 2006 zijn er 67.000 nieuwe *private limited companies* opgericht in het Verenigd Koninkrijk vanuit andere lidstaten, die geen enkele activiteiten verricht(t)en in het Verenigd Koninkrijk.[214] In 1997 richtten 4400 buitenlandse ondernemers een Engelse besloten vennootschap op. In 2002 was dit toegenomen tot meer dan 7000 *limiteds*, en in het jaar 2006 waren dit er meer dan 28.000. Het grootste gedeelte van de buitenstatelijke *limiteds* komt uit Duitsland. De rest is voornamelijk afkomstig uit Frankrijk, Noorwegen en Nederland. De onderzoekers geven aan dat het hoofdzakelijk gaat om incorporatie van nieuwe *limiteds* en niet zozeer om herincorporatie van al bestaande buitenstatelijke vennootschappen.[215]

De onderzoekers stellen dat uit een empirische test is gebleken dat de enige variabelen die de mobiliteit verklaren, de landspecifieke incorporatiekosten en de minimumkapitaalvereisten zijn.[216] Kleine verschillen in deze variabelen hebben een sterk effect op de incorporatiekeuze van de ondernemer. De tijdsduur van de oprichting of het aantal procedures dat moet worden doorlopen zijn, volgens de onderzoekers, niet zozeer van belang bij de keuze van incorporatie. Zij stellen daarnaast dat, gezien het (grote) aantal buitenstatelijke incorporaties, de juridische onzekerheid en de taal geen obstakels lijken te zijn, en dat sterkere handhaving/eisen van openbaarmaking en de kwaliteit van het vennootschapsrecht geen rol spelen bij de migratie. Zij onderbouwen deze conclusie door te stellen dat als deze *non-price*-variabelen belangrijker waren geweest voor de kleine besloten vennootschappen, de onderzoekers een kleinere invloed van kostengerelateerde variabelen zouden hebben moeten

212. In het jaar 1999 heeft het Europese Hof het Centros-arrest gewezen. In het jaar 2002 de Überseering-uitspraak en in 2003 heeft het Europese Hof uitspraak gedaan in de zaak Inspire Art.
213. Dit zijn *limiteds* waarvan alle of het merendeel van de bestuurders hun woonplaats hebben in een andere EU-lidstaat dan de incorporatiestaat.
214. Becht, M. et al. (2007), 'Where Do Firms Incorporate? Deregulation and the Cost of Entry', European Corporate Governance Institute, Working Paper 70/2006, blz. 2.
215. Er richten meer ondernemers, afkomstig uit landen waar de oprichtingskosten en het minimumkapitaal hoog zijn, een *limited* op dan van landen waar deze kosten laag zijn. Opvallend is de afname in het aantal oprichtingen van Franse *limiteds* nadat Frankrijk het eigen vennootschapsrecht voor de besloten vennootschap in 2003 had herzien en het minimumkapitaalvereiste had verlaagd.
216. Becht, M. et al. (2008), 'Where Do Firms Incorporate? Deregulation and the Cost of Entry', 14 Journal of Corporate Finance, blz. 241-256.

waarnemen. Dit was niet het geval.[217] De onderzoekers hebben echter niet de vennootschapsinhoudelijke verschillen tussen de rechtsvormen voor kleine besloten vennootschappen van de diverse lidstaten in hun statistische test meegenomen. Een gunstiger en flexibeler inhoudelijk recht voor de *limited* zou, naast de lage kosten van oprichting, ook heel goed de aantrekkingskracht van de limited hebben kunnen versterken. Het een sluit het ander niet uit. Verder baseren de onderzoeker hun stelling op het 'grote' aantal buitenstatelijke incorporaties in het Verenigd Koninkrijk. Dat biedt echter een vertekenend beeld. In absolute termen is het aantal klein. In de EU zijn ongeveer 23 miljoen kleine tot middelgrote vennootschappen. Daar tegen afgezet, is het aantal van 28.000 buitenstatelijke incorporaties niet groot. Daarnaast is de Engelse wetgeving makkelijker toegankelijk omdat de Engelse taal door veel mensen wordt beheerst. Het gebruik van het Verenigd Koninkrijk als basis voor een statistische grondslag is niet overtuigend voor de stelling dat er veel buitenstatelijke incorporaties in de EU zijn. Uit een onderzoek van de Europese Unie onder vennootschappen uit de 27 lidstaten, de *European Business Test Panel* ('**EBTP**'),[218] bleek dat 43% van de EBTP-respondenten die een dochtervennootschap hadden opgezet in een andere lidstaat, het gebrek aan vertrouwen in de buitenlandse rechtsvorm een obstakel noemden voor hun grensoverschrijdende operatie.[219] Met het oog op de verbetering van de mobiliteit is het aan de overheden om de rechtsvormen voor kleine vennootschappen transparanter en aantrekkelijker te maken. Maar waarom zou een overheid de vennootschappelijke wetgeving voor kleine besloten vennootschappen willen aanpassen om buitenlandse incorporaties aan te trekken?

2.4.9 Stimulansen aan de aanbodzijde in de Europese Unie

Aan de fiscale kant stelt de EU beperkingen. De heffing van een *franchise* en/of *incorporation tax* is binnen de EU verboden op grond van de Richtlijn 69/335/EEG. Lidstaten herzien hun vennootschapsrecht onder andere om het ondernemerschap binnen hun eigen land te stimuleren en daarnaast om te voorkomen dat de eigen vennootschappen elders zullen gaan incorporeren. Het gaat dan niet zozeer om de aantrekkingskracht voor vennootschappen van buitenaf, maar om de aantrekkingskracht voor de eigen ondernemers. Het marginale grensnut voor de ondernemer om uit te wijken naar een andere jurisdictie uitsluitend om

217. Becht, M. et al. (2007), *supra* noot 214, blz. 7.
218. Het panel bestond uit meer dan 500 vennootschappen waarvan ongeveer 25% bestond uit micro-bedrijven (0 – 10 werknemers), 46% uit kleine tot middelgrote vennootschappen (10-249 werknemers) en 28,5% uit vennootschappen met meer dan 250 werknemers. De sectoren waarin deze vennootschappen werkzaam zijn, waren 40% dienstverlening, 33% goederen en 25% in zowel dienstverlening als goederen.
219. Commission of the European Communities (2008b), *supra* noot 206, blz. 11.

kostenvoordelen te behalen, kunnen nationale regelgevers betrekkelijk eenvoudig pareren door zelf het nationale vennootschapsrecht beperkt aan te passen.[220] Bij deze strategie is er geen sprake van juridische innovatie maar slechts van een verbetering van de wetgeving. De stimulans ligt voornamelijk in de aansluiting bij andere jurisdicties.[221] De aanpassingsstrategie zorgt ervoor dat de regelgeving aan weinig verandering onderhevig is.[222]

In plaats van een aanpassingsstrategie zouden de overheden een innovatiestrategie kunnen toepassen, bijvoorbeeld door het introduceren van een nieuwe aantrekkelijke rechtsvorm. De drijfveer zou in de eerste plaats gelegen zijn in het beter tegemoetkomen aan de behoeftes van de binnenstatelijke vennootschappen en op de tweede plaats het voorkomen dat door innovaties in het buitenland de buitenstatelijke rechtsvormen, ondanks alle belemmeringen die aan bod zijn gekomen, tot een uitloop van de eigen vennootschappen leidt. Daarbij is het de vraag of er onder kleine besloten vennootschappen een migratietendens gaat ontstaan op basis van de kwaliteit van het inhoudelijke vennootschapsrecht in de vorm van bijvoorbeeld een nieuwe passender vennootschapsvorm. Daarvoor is aanleiding nu binnen de EU de kosten voor oprichting van een vennootschap en de minimumkapitaalvereisten in de lidstaten vrijwel gelijk aan elkaar zijn, en er derhalve op die gebieden geen prikkel meer is om over de grens heen te kijken. Gaan de lidstaten voor het binnenhalen en houden van kleine besloten vennootschappen dan met elkaar de competitie aan door gunstige regels te maken voor bijvoorbeeld de vennootschapstructuur en de aansprakelijkheid van participanten? Een dergelijke ontwikkeling heeft zich, zoals uit paragraaf 2.3.4.2 is gebleken, in de Verenigde Staten voorgedaan als resultante van de vasthoudendheid van advocatengroepen. Gezien het feit dat overheden zich ten doel stellen de publieke welvaart te bevorderen en het midden- en kleinbedrijf daarbij een grote rol speelt, zou ter bevordering van de werkgelegenheid en de technologische ontwikkelingen de introductie van een innovatieve nieuwe rechtsvorm overwogen kunnen worden.

Ook in Europa zouden nieuwe rechtsvormen kunnen ontstaan die in grotere mate kunnen voldoen aan de tegenwoordige behoeften van het MKB. Zij zullen als rechtsvorm worden gekozen boven de bestaande rechtsvormen wanneer die niet voldoende aansluiten op hetgeen het MKB nodig heeft. Op Europees

220. Sangen, G.J.H. van der (2008), *supra* noot 20, blz. 98-105. Vergelijk: J.A. McCahery en E.P.M. Vermeulen (2007a), 'Understanding Corporate Mobility in the EU: towards the Foundations of a European 'Internal Affairs Doctrine', a working paper prepared for the 5th European Company Law and Corporate Governance Conference in Berlin on 27-28 June 2007, blz. 11.
221. McCahery J.A. et al. (2006b), 'The New Company Law: What Matters in an Innovative Economy?', ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper no. 75/2006, blz. 20 en 43.
222. McCahery J.A. et al. (2006b), *supra* noot 221, blz. 5.

niveau staat de Europese besloten kapitaalvennootschap op de planning. Het is afwachten hoe deze rechtsvorm verder vorm krijgt en hoe ondernemers hierop zullen reageren. In Engeland is als gevolg van een dreiging van een aantrekkelijke nieuwe rechtsvorm van Jersey een soortgelijke rechtsvorm geïntroduceerd, de Engelse LLP. Deze LLP is het resultaat van een concurrentiestrijd tussen Engeland en Jersey. De vraag is of een dergelijke jurisdictionele competitie zich ook binnen Europa zal gaan voordoen, met als gevolg het ontstaan van nieuwe rechtsvormen binnen de lidstaten. Het antwoord op deze vraag zou gevonden kunnen worden aan de hand van een vergelijking van de situatie in de Verenigde Staten en die in Europa. Na deze vergelijking bespreek ik welke gevolgen dit zou kunnen hebben voor Nederland.

2.5 Conclusies en verschillen tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten in de mobiliteit van vennootschappen

In de Verenigde Staten en Europa is er een verschil in de wijze waarop de krachten van harmonisering, deregulering en jurisdictionele competitie werken. In de Verenigde Staten is de dreiging dat de federale wetgever de bevoegdheid gebruikt om op bepaalde gebieden recht te ontwikkelen groter dan de dreiging van de Europese wetgever. De federale overheid kan snel en effectief handelen om staten tegen elkaar te beschermen en te reageren op machtige belangengroepen.[223] Daarentegen komt uit de geschiedenis van het ontstaan van het Europees vennootschapsrecht naar voren dat het in de EU onmogelijk is om op snelle wijze efficiënt Europees vennootschapsrecht te creëren. Door de grote verschillen in uitgangspunten van het vennootschapsrecht in de diverse lidstaten is het lastig om te komen tot een goed op elkaar afgestemd stelsel van gemeenschappelijk vennootschapsrecht. Er is voortdurend sprake van langdurige strijden tussen de lidstaten die eindigen in compromissen, met veel verwijzingen naar nationaal recht. Zowel in de Verenigde Staten als in Europa wordt door middel van supranationaal recht getracht de randvoorwaarden te creëren voor een vrije handel tussen staten. Economisch protectionisme door discriminatie van buitenstatelijke vennootschappen, wordt niet getolereerd. De Amerikaanse grondwettelijke regels zorgen ervoor dat de interstatelijke handel wordt beschermd en gestimuleerd. In de EU leveren de Verdragen en de uitspraken van het Europese Hof een grote bijdrage aan de creatie en werking van de gemeenschappelijke markt. De stimulatie van de handel tussen de staten en het openen van de lokale markten hebben ervoor gezorgd dat vennootschappen

223. O'Hara, E. en L.E. Ribstein (2008), 'Rules and Institutions in Developing a Law Market: Views from the U.S. and Europe', University of Illinois College of Law, Law and Economics Working Papers, no. 88, blz. 23.

mobieler zijn geworden. De Amerikaanse regels garanderen veel beter en absoluter dat er vestigingsvrijheid is voor vennootschappen binnen de Verenigde Staten, dan het Europees recht en de verschillende nationale conflictrechtelijke regels dat voor het Europese grondgebied tot nu toe doen.[224]

Niet iedereen denkt hier hetzelfde over. Beargumenteerd is dat de bescherming van de interne markt door de vier vrijheden van de Europese Unie gelijk zijn te stellen aan de Amerikaanse constitutionele bescherming door de *Commerce*- en de *Full Faith*- en *Credit Clause*, maar dat de uitspraken van het Europese Hof veel verder gaan dan enige plicht die de Amerikaanse Constitutie op de staten legt om elkaars recht te erkennen.[225] Deze erkenning komt dan ook niet zozeer door de Constitutie maar door de *internal affairs*-doctrine. Deze doctrine is niet absoluut. De doctrine is niet het gevolg van een van bovenaf opgelegde regel maar van een eigen keuze van de staten en de marktwerking. Doordat de meeste staten uitgaan van deze doctrine kunnen vennootschappen zich vrij bewegen en kiezen waar zij zich willen incorporeren. Uitzonderingen zijn er zeker ook. De staten die een uitzondering vormen, bieden aan vennootschappen over het algemeen voldoende andere voordelen, die zorgen voor werkgelegenheid en bijdragen aan de inkomsten van de staat. Hierdoor zullen die staten niet genegeerd worden en hebben ze de ruimte om hun eigen eisen en regels te stellen. Conflicten over het toepasselijke recht worden ook niet altijd in het voordeel van de incorporatiestaat opgelost. Indien blijkt dat een andere staat een meer significante band heeft met de vennootschap (of transactie), die onderwerp is van de discussie, dan zal het recht van deze staat worden toegepast. De mobiliteit van vennootschappen is door de combinatie van de bepalingen van de Amerikaanse Constitutie en de door de meeste staten aangehangen *internal affairs*-doctrine, voor het grootste gedeelte gewaarborgd. Dit geldt voor zowel de incorporatie als voor de herincorporatie. De mogelijkheid dat vennootschappen kunnen kiezen om zich te vestigen in een andere staat is vervolgens in veel gevallen voldoende stimulans voor de overheid om het vennootschapsrecht continu *up-to-date* te houden en te reageren op de behoeften van de lokale vennootschappen.

In Europa is de *internal affairs*-doctrine niet als uitgangspunt genomen. Anders dan in de Verenigde Staten heeft de economische crisis van in de jaren dertig van de vorige eeuw in Europa geen wijziging teweeggebracht in de erkenning van elkaars recht en van elkaars vennootschappen. De Europese landen konden blijkbaar ook zonder deze erkenning hun economie voldoende draaiende

224. Kroeze, M.J. en H.M. Vletter – van Dort (2006), *supra* noot 87, in: F. de Ly et al. (2006), *supra* noot 87, blz. 73-92.
225. O'Hara, E. en L.E. Ribstein (2008), *supra* noot 223, no. 88, blz. 20.

houden. Twee theorieën inzake de erkenning hebben dan ook lange tijd naast elkaar bestaan. Na de totstandkoming van de EU kwam hier geen verandering in. Het Europese recht maakt geen keuze tussen de twee leren. De EU is zelfs ontstaan als bescherming en als hulpmiddel om te voorkomen dat sommige landen met een aantrekkelijk ondernemersklimaat, het grootste gedeelte van de vennootschappen zouden gaan aantrekken. Er is wel een tendens waar te nemen dat in de richtlijnen of verordeningen steeds meer voor een bepaald aanknopingspunt wordt gekozen. Indien geen keuze is gemaakt, dient het nationale recht te bepalen welke aanknopingspunten van belang zijn. Van oudsher heeft de werkelijke zetelleer, die uitgaat van de bescherming van de eigen economie, in diverse lidstaten de overhand gehad. De mobiliteit van vennootschappen is daardoor beperkt gebleven.

De uitspraken van het Europese Hof hebben hier enige verandering in gebracht. Vooralsnog lijkt in de EU alleen nog de incorporatie vergemakkelijkt te zijn. Voor een beroep op de vrijheid van vestiging bij herincorporatie lijken de lidstaten tot nu nog steeds hun eigen regels te kunnen volgen. Herincorporatie blijft een groot obstakel en is door de voorwaarden en de kosten die daaraan zijn verbonden niet erg aantrekkelijk. In de Verenigde Staten is een directe verplaatsing van de statutaire zetel ook niet mogelijk. Deze verplaatsing kan alleen plaatsvinden door een grensoverschrijdende fusie. Dit heeft vennootschappen er niet van weerhouden om zich in groten getale in een andere staat te vestigen. Dit is eerder een gevolg van belastingaspecten van een statutaire zetelverplaatsing. Dat een dergelijke fusie in de Verenigde Staten niet leidt tot fiscale gevolgen, heeft er waarschijnlijk toe geleidt dat zoveel vennootschappen hebben gekozen voor een andere incorporatiestaat dan de staat waar de activiteiten worden uitgeoefend. In Europa zijn verplichte eindafrekeningen vooralsnog mogelijk. Maar gezien de uitspraak in het Lasteyrie-arrest en de uitleg die de Europese Commissie daaraan geeft, zou hier op korte termijn verandering in kunnen komen. Dat zou voor een grote stimulans van statutaire zetelverplaatsingen binnen de EU kunnen zorgen. De leer van de werkelijke zetel zorgt er samen met de emigratiebelastingen voor dat het vennootschapsrecht van de lidstaten wordt gerespecteerd. Daar komt nog bij dat de grenzen tussen de lidstaten veel prominenter aanwezig zijn dan die tussen Amerikaanse staten. Deze grenzen betekenen een overgang naar een andere taal en/of cultuur. Dit maakt de uitwisseling van communicatie een stuk lastiger en zorgt voor extra kosten in het geval een vennootschap zich wil verplaatsen van de ene lidstaat naar de andere. In de Verenigde Staten zijn deze verschillen veel kleiner.

Zelfs als vennootschappen zich binnen de EU vrij zouden kunnen bewegen wil dat niet zeggen dat er een jurisdictionele competitie zal ontstaan, aangezien mobiliteit een noodzakelijke maar niet voldoende conditie is voor het ontstaan

daarvan.[226] Naast de mobiliteit dienen er zowel aan de aanbod- als aan de vraagzijde in deze competitie genoeg stimulansen te zijn. Aan de vraagzijde zijn er twee verschillende soorten 'consumenten'. Het eerste type bestaat uit de kleine besloten vennootschappen. In Europa vormen de kosten die de kleine vennootschappen moeten maken in de beginfase van de vennootschap, een doorslaggevende factor bij de keuze voor incorporatie of registratie. In de Verenigde Staten daarentegen speelt ook de combinatie van beperkte aansprakelijkheid, vrijheid in de vormgeving van de interne structuur en een gunstige fiscale behandeling een belangrijke rol bij de overwegingen van ondernemers. Deze elementen vormen een onderdeel van meer inhoudelijk recht. Doordat er in de Verenigde Staten door de meeste staten geen eisen worden gesteld aan het minimumkapitaal, valt een belangrijk kostenaspect waarin staten onderling kunnen verschillen weg. Het tweede type consument is de groep grote beursvennootschappen. Anders dan de kleine besloten vennootschappen tillen die over het algemeen zwaarder aan de regels die van toepassing zijn op de vennootschapstructuur, de aansprakelijkheid en de beschermingsregels van minderheidsgroepen en derden en de daarnaast aan de kwaliteit en efficiëntie van het rechterlijke apparaat. Kostengerelateerde oprichtingsvariabelen verdwijnen bij de overwegingen van deze vennootschappen steeds meer naar de achtergrond.

Op basis van deze verschillende aandachtsgebieden binnen het vennootschapsrecht is dan ook wel gesteld dat er sprake is van twee verschillende markten voor vennootschapsrecht: een *cost-based* markt en een *rule-based* markt. In de literatuur is gesteld dat gelet op de harmonisatie van het recht voor de beursvennootschappen, en daarmee de afwezigheid van verschillen tussen rechtsstelsels, de concurrentiestrijd in Europa zich meer heeft afgespeeld en zal afspelen op een *cost-based* markt voor kleine besloten vennootschappen. De relatie tussen de regels van meer inhoudelijk recht en de migratiestromen binnen Europa is echter nog niet empirisch onderzocht. Indien ook deze regels binnen de EU transparanter en toegankelijker worden, zou op dit gebied een beperkte competitie kunnen ontstaan. Daarnaast is het niet ondenkbaar dat zich binnen Europa ook een stroom van introducties van nieuwe rechtsvormen gaat voordoen. Wellicht niet zo zeer als een directe resultante van een competitie in het binnenhalen van nieuwe vennootschappen, maar wel als gevolg van de doelstelling beter tegemoet te kunnen komen aan de behoeften van het binnenlandse midden- en klein bedrijf, het behoud van de eigen vennootschappen en niet te vergeten de druk van de advocatuur om innovatieve wetgeving te introduceren, net zoals in Amerika. Er is bewijs dat de evolutie en de competitie van nieuwe rechtsvormen voor de kleine besloten vennootschappen in de Verenigde Staten een direct gevolg is van de lobbyactiviteiten van advocaten,

226. McCahery, J.A. en E.P.M. Vermeulen (2001a), *supra* noot 13, blz. 459-481.

die gedreven waren door de mogelijkheid van het aantrekken van nieuwe cliënten die bepaalde behoeften hadden waaraan het geldende rechtstelsel niet kon beantwoorden, alsook het creëren van een efficiënte rechtsvorm voor de uitvoering van hun eigen beroep.[227] Door de voorkeur van vennootschappen voor de eigen staat zouden deze nieuwe rechtsvormen kunnen leiden tot een verbeterde concurrentiekracht van de eigen vennootschappen en daarmee een verhoging van de nationale welvaart.

In de Verenigde Staten waren de decentrale overheden bij de opkomst van de jurisdictionele competitie voornamelijk gericht op het binnenhalen van meer belastinggelden door het aantrekken van nieuwe vennootschappen. Nadat Delaware een koppositie had ingenomen is dit echter omgezet in de zorg voor de eigen statelijke economie en de bescherming van bepaalde lokale stakeholders. De concurrentie is van een offensieve strategie gewijzigd in een defensieve strategie. Overheden voelen voldoende druk om hun recht aantrekkelijk te houden, maar behalen veel minder voordelen door het aantrekken van de buitenstatelijke vennootschappen. De lidstaten van de EU zouden eenzelfde strategie kunnen hanteren. Tot nu toe passen ze alleen nog een aanpassingsstrategie toe, die zou kunnen overgaan in een innovatiestrategie. In Europa ontstaat dan dezelfde competitie als die zich nu afspeelt in de Verenigde Staten, alleen dan zonder dat er één lidstaat ver voorop loopt. Deze competitie zal niet alleen op basis van kostengerelateerde regels plaatsvinden, maar zou zich door eventuele nieuwe rechtsvormen kunnen verplaatsen naar meer inhoudelijk recht. Inmiddels is een begin van een dergelijke ontwikkeling waar te nemen en hebben diverse lidstaten hun nationaal vennootschapsrecht al aangepast of zijn daarmee doende.[228] Zo hebben het Verenigd Koninkrijk en Spanje inmiddels nieuwe rechtsvormen geïntroduceerd.[229] Ook Duitsland heeft een professionele vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (*Partnerschaftgesellschaft*) aan haar scala van rechtsvormen toegevoegd en heeft inmiddels verbeteringen aangebracht in de regelingen voor deze nieuwe vennootschapsvorm. Daarnaast hebben onder andere Frankrijk en Italië de nodige stappen gezet om het eigen vennootschapsrecht zo aantrekkelijk mogelijk te maken. Niet alleen het vennootschapsrecht zal onderwerp van de competitie zijn, maar ook zullen zich ontwikkelingen voordoen op het gebied van de belastingwetgeving, het arbeids- en milieurecht. De vraag rijst welke gevolgen dit heeft voor Nederland. Wat is de impact van de op stapel staande nieuwe Europese regelgeving en wat zijn de gevolgen van de ontwikkelingen in andere lidstaten?

---

227. Ribstein, L.E. (1994), 'The Closely Held Firm: A View from the United States', 19 Melbourne University Law Review, blz. 950-976.
228. Smits, J.M. (2006), *supra* noot 16, blz. 21-26.
229. Spanje heeft de *Sociedad Limitada Nueva Empresa* geïntroduceerd en het Verenigd Koninkrijk de *Limited Liability Partnership*.

2.6 Nederland

Nederland heeft in de afgelopen jaren in het kader van het vennootschapsrecht verschillende herzieningstrajecten in gang gezet. Hierbij zijn grote delen van het recht aangepast en zijn zowel kostengerelateerde alswel inhoudelijke regels gewijzigd en toegevoegd. De modernisering van het Nederlandse vennootschapsrecht heeft zich voornamelijk gericht op de regelgeving die van toepassing is op kleine besloten vennootschappen. Nederland heeft er expliciet voor gekozen om geen nieuwe rechtsvorm voor deze groep van vennootschappen te introduceren. Gelet op de ontwikkelingen in de andere lidstaten en die op het gebied van het Europese recht moet Nederland er in ieder geval voor waken met het inhoudelijk recht niet bij andere lidstaten achter te blijven zodat buitenlandse en Nederlandse ondernemers in de verleiding komen te kiezen voor een buitenlandse vennootschapsvorm. Daarvoor is het onontkoombaar een visie te hebben op de onderlinge verhouding tussen de diverse vennootschapsvormen die een ondernemer die in Nederland actief is, ten dienste staan.[230] Wanneer bedrijven heterogeen zijn, vereist efficiënte wetgeving dat een divers menu van regels wordt aangeboden om het risico van suboptimale uniformiteit te reduceren.[231] Gekeken moet worden naar de juridische, economische en sociale behoeften die bij de Nederlandse vennootschappen een rol spelen in de keuze voor een bepaalde rechtsvorm. Indien Nederland niet voldoende maatregelen neemt om aan deze behoeften te voldoen, zullen Nederlandse ondernemers een kijkje over de grens gaan nemen. Dit kan al met een defensieve innovatieve wetgevingsstrategie worden voorkomen, aangezien het merendeel van de kleine besloten vennootschappen een voorkeur heeft om zich in Nederland te incorporeren c.q. te registreren. Adequate en innovatieve wetgeving is vereist. Gelet op de ontwikkelingen in de andere lidstaten is een actief innoveren van de Nederlandse wetgeving nodig.

2.7 Afsluitende conclusie

Jurisdictionele competitie wordt ook wel omschreven als het wetgevingsproces waarin overheden streven naar het creëren van een gunstiger klimaat van regelgeving, om de concurrentiekracht van de nationale economie te bevorderen of om meer economische activiteit aan te trekken. Op het gebied van het vennootschapsrecht kan er door de mobiliteit van vennootschappen en de vrije keuze voor een rechtsstelsel, een markt ontstaan waarin overheden met elkaar op het gebied van het vennootschapsrecht concurreren. In de Verenigde Staten heeft zich een dergelijk proces van competitie ontwikkeld. Doordat de meeste

230. Tervoort, A.J.S.M. (2005), *supra* noot 205, blz. 331-351.
231. McCahery, J.A. en E.P.M. Vermeulen (2001b), *supra* noot 88, blz. 855-878.

Amerikaanse staten de incorporatieleer aangehangen kunnen vennootschappen het recht kiezen dat hun belangen het beste behartigt, zonder dat er rekening mee hoeft te worden gehouden waar de activiteiten uitgevoerd zullen worden. Samen met de grote invloed van Amerikaanse advocaten en enkele constitutionele bepalingen, heeft deze competitie ervoor gezorgd dat het vennootschapsrecht is herzien en nieuwe rechtsvormen zijn ontstaan. In Europa wordt van oudsher door verschillende landen de werkelijke zetelleer aangehangen, die de mobiliteit van de vennootschappen beperkt en daarmee de jurisdictionele competitie belemmert. Recente uitspraken van het Europese Hof hebben hier enigszins verandering in gebracht. Ondernemers die een nieuwe vennootschap willen opzetten hebben de vrijheid om een andere incorporatiestaat te kiezen dan waar de activiteiten feitelijk worden uitgevoerd. Nieuwe Europese maatregelen zouden de tweede vorm van mobiliteit, de herincorporatie, mogelijk kunnen maken, maar een dergelijke verordening is in de wacht gezet. Daarnaast zou een markt voor (nieuwe) rechtsvormen kunnen ontstaan. Deze rechtsvormen zullen allereerst gericht zijn op de behoeften van de lokale kleine vennootschappen, maar kunnen er ook op gericht zijn om vestiging van buitenlandse vennootschappen aantrekkelijk te maken. Om dit laatste te bereiken zullen de met de nieuwe rechtsvormen te behalen voordelen wel duidelijk moeten opwegen tegen de kosten die een buitenlandse incorporatie of registratie met zich brengt. Nederland zal er dan ook voor moeten zorgen dat het in deze competitie een belangrijke speler blijft door het aanbieden van efficiënte wetgeving met rechtsvormen die voldoen aan de behoeften van (in ieder geval) Nederlandse vennootschappen. De introductie van een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid zou een innovatief antwoord zijn op de ontwikkelingen in andere lidstaten en zou eraan bijdragen een rechtsvorm te creëren die geschikt is voor het MKB en de beoefenaren van het vrije beroep.

Hoofdstuk 3. Rechtsvormkeuze

3.1 Inleiding

Bij het starten van een onderneming dienen de oprichters te kiezen voor een bepaalde rechtsvorm. Voor bestaande vennootschappen kan het op enig moment van belang zijn van rechtsvorm te veranderen. De keuze voor een rechtsvorm trekt al jaren de aandacht van juristen en economen.[1] Elke rechtsvorm heeft zijn eigen regels, en voor- en nadelen die een rol spelen in de uiteindelijke keuze. Er zijn drie elementen die over het algemeen een essentiële rol spelen bij beslissingen over de rechtsvormkeuze.[2] Als eerste de relatie tussen de participanten, de (eventuele) toezichthouders en de bestuurders van de vennootschap (*structuur*). Ten tweede de relatie tussen de overheid en de vennootschap (*fiscaliteit*) en ten slotte de relatie tussen de participanten en bestuurders van de vennootschap en buitenstaanders (*aansprakelijkheid*). De ideale combinatie van deze elementen hangt af van de specifieke karakteristieken van de onderneming.[3] In dit hoofdstuk ga ik bij de beantwoording van de deelvraag: *Welke factoren spelen een rol bij de keuze van een rechtsvorm, met name bij het MKB en de beoefenaren van het vrije beroep?* dieper in op deze drie elementen.

De nadruk in dit hoofdstuk ligt op het element *aansprakelijkheid* en de eventuele beperking daarvan. De gekozen rechtsvorm bepaalt welk aansprakelijkheidsregime (beperkt of onbeperkt) op de vennootschap van toepassing is. De uitwerking van dit regime op de relaties tussen, en de belangen van bestuurders/vennoten, aandeelhouders/participanten en schuldeisers is van groot belang bij de vraag welk regime gewenst is. Om een gewenst regime te kunnen identificeren, is het noodzakelijk te bepalen op basis van welke maatstaven de geschiktheid van een aansprakelijkheidsregime gemeten dient te worden. In dit hoofdstuk wordt dan ook ingegaan op de vraag: *Op grond van*

1. Baker, S. en K.D. Krawiec (2005), 'The Economics of Limited Liability: an Empirical Study of New York Law Firms', 2005 University of Illinois Law Review, blz. 107-170.
2. Thompson, R.B. (1995), 'The Taming of Limited Liability Companies', 66 University of Colorado Law Review, blz. 921-946.
3. Thompson, R.B. (1997), 'The Limits of Liability in the New Limited Liability Entities', 32 Wake Forest Law Review, blz. 1-29.

welke criteria worden de gevolgen van de regimes geanalyseerd en gewaardeerd? Rechtsfilosofische en rechtspolitieke overwegingen liggen hieraan ten grondslag. Daarbij gaat het voornamelijk om de afwenteling van de ondernemersrisico's, aangezien deze risico's als gevolg van de gekozen aansprakelijkheidsregel kunnen verschuiven naar andere betrokkenen bij de vennootschap. De mogelijke verschuiving van risico's roept vragen op over de optimale risico-allocatie. *Welke visies bestaan er over de vraag welke betrokkenen bij de vennootschap de risico's die ontstaan bij het uitoefenen van beroeps- of bedrijfsmatige activiteiten, het beste kunnen dragen? Welke risico's zijn dit?* Aansprakelijkheidsverzekeringen, de beschikbaarheid en de prijs daarvan, zijn van invloed op deze allocatie.

De aansprakelijkheidsregimes hebben een andere uitwerking bij publieke kapitaalvennootschappen dan bij kleine besloten vennootschappen, zoals personenvennootschappen. Ik bespreek in dit hoofdstuk de invloed van de aansprakelijkheidsregimes op deze beide categorieën vennootschappen apart, waarbij ik specifiek aandacht besteed aan de bescherming van de belangen van de betrokkenen. Deze bescherming kan op verschillende wijzen worden vormgegeven en de diverse beschermingsmechanismen kunnen inzicht geven in de voor- en nadelen van de keuze voor een bepaald regime. In het kader van de kapitaalvennootschappen is in de EU een debat ontstaan over de gewenstheid van conventionele kapitaalbeschermingsmechanismen,[4] die vaak gezien worden als de prijs die voor de beperking van aansprakelijkheid moet worden betaald.[5] Deze dwingendrechtelijke mechanismen staan tegenover het mechanisme van *creditor self help,* dat uitgaat van een bescherming door de krachten van de marktwerking. Een analyse van deze twee mechanismen als waarborg voor schuldeisersbelangen wordt in dit hoofdstuk gegeven.

Vennootschappen zijn gebonden aan de rechtsvormen die hen in het vennootschapsrecht ter beschikking staan. In de Verenigde Staten is, om beter te kunnen voldoen aan de wensen van de vennootschappen, gekozen voor een uitgebreid palet van rechtsvormen en daarnaast voor een fiscaal optiestelsel waardoor vennootschappen zelf hun fiscale classificatie kunnen kiezen. Het resultaat is de

---

4. Mülbert, P.O. (2008), 'A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection', in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), 'The Law and Economics of Creditor Protection', The Hague: TMC Asser Press, blz. 361-412.
5. Deze discussie is onder andere ontstaan naar aanleiding van de arresten: Centros, Überseering en Inspire Art van het Europese Hof: HvJ EG 9 maart 1999, *Centros Ltd. v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, Zaak 212/97 (Centros), HvJ EG 5 november 2002, *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumangament GmbH*, Zaak 208/00 (Überseering) en HvJ EG 30 september 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken te Amsterdam v. Inspire Art Ltd.*, Zaak 167/101 (Inspire Art).

introductie geweest van een personenvennootschap gecombineerd met beperkte aansprakelijkheid en daarnaast een hybride rechtsvorm, waarin een flexibele interne structuur, een gewenste belastingbehandeling (bijvoorbeeld transparant) en beperkte aansprakelijkheid samengaan. Dergelijke rechtsvormen zijn in Nederland (nog) niet voorhanden omdat de introductie ervan stuit op de gedachte dat zij niet voldoende bescherming bieden aan de betrokkenen bij de vennootschap veroorzaakt door ongerechtvaardigde risicoverschuiving. In dit hoofdstuk geef ik inzicht in de implicaties die combinaties van een vrije interne structuur, beperkte aansprakelijkheid en fiscale transparantie hebben voor partijen die zaken doen met deze vennootschappen en in de visies die op de wenselijkheid ervan bestaan. Daarbij kijk ik naar de wijze waarop verschillende beschermingsmechanismen worden toegepast op de nieuwe personenvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

3.2 Vennootschapstructuur

Onder de *vennootschapstructuur* van de vennootschap kan worden verstaan de inrichting van het besturen van de onderneming, het toezicht houden daarop en het verantwoording afleggen hierover. Het besturen kan gezien worden als het formuleren van de strategische richting voor de toekomst van de onderneming op langere termijn, en het zorg dragen voor de uitvoering ervan. Het toezicht houden betekent het zich informeren over en het houden van toezicht op de prestaties van bestuurders vooral uit het belang van de stakeholders. De verantwoording houdt in het afleggen van verantwoording aan diegenen die een legitieme eis daartoe hebben en/of aan wie het nodig wordt geacht door de vennootschap.[6] De structuur geeft vorm aan de zeggenschapsverhoudingen en het machtsevenwicht in de vennootschap. De invulling van de structuur en de vrijheid daarin is afhankelijk van de rechtsvorm.[7] De ene rechtsvorm zal meer dwingend recht voor de inrichting van de structuur met zich brengen dan de andere rechtsvorm. De keuze voor een structuur begint bij de voorkeur voor centraal of decentraal management en gaat verder naar een hele reeks van andere zaken zoals de continuïteit en de liquiditeit (zie hiervoor paragraaf 3.2.2).[8]

---

6. Hessels, S.J.A. en E.H. Hooge (2006), 'Small Business Governance; een verkenning naar de betekenis en de praktijk van corporate governance in het MKB', Zoetermeer: EIM Onderzoek voor Bedrijf en Beleid, blz. 25.
7. Waard, T. de (2003), 'De vormgeving van grensoverschrijdende samenwerking tussen vrije beroepsbeoefenaren', in: L.J. Hijmans van den Bergh et al. (2003), 'Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief', Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, Deventer: Kluwer, blz. 39-62.
8. Thompson, R.B. (1995), *supra* noot 2, blz. 921-946.

3.2.1 Het spectrum van vennootschappen

Vennootschappen kunnen langs een spectrum geplaatst worden, met aan de ene kant vennootschappen die aangeduid kunnen worden als unitarische vennootschappen (*unitary enterprises*) en aan het andere einde de *adversary* vennootschappen (*adversary enterprises*).[9] In de unitarische vennootschap zijn de relaties tussen aandeelhouders/participanten en bestuurders persoonlijk en worden zij gekarakteriseerd door een *breed* opgevat eigenbelang. In een unitarische vennootschap kunnen de functies van aandeelhouder en bestuurder ook samenvallen. In de *adversary* vennootschappen zijn de relaties onpersoonlijk en worden zij gekarakteriseerd door tegengestelde of conflicterende belangen. *Adversary* betekent dan ook niet zozeer vijandig maar meer 'niet-samenlopend'. Aandeelhouders en bestuurders werken in deze vennootschappen met elkaar samen op basis van een *eng* opgevat egoïstisch eigenbelang. De functies van aandeelhouder en bestuurder vallen niet samen.

3.2.2 Gemeenschappelijke en conflicterende belangen

De belangrijkste vraag bij het oordelen over de vraag aan welke kant van het spectrum een vennootschap zich bevindt, is of de gemeenschappelijke belangen, of juist de conflicterende belangen overheersen. Een conflict van belangen zal ontstaan wanneer het eigenaarsbelang gescheiden raakt van het bestuur, zoals bij grote beursgenoteerde vennootschappen. De grootte van de vennootschap bepaalt niet per definitie de positie van de vennootschap langs het spectrum. Indien de wettelijk geregelde rechtsvormen langs het spectrum worden gelegd, zullen in sommige rechtsvormen de *adversary* eigenschappen overheersen, terwijl andere rechtsvormen eerder aansluiten bij een unitarische structuur. Vennoten van personenvennootschappen hebben veel vrijheid om de structuur in een overeenkomst vast te leggen. Wanneer geen overeenkomst wordt gesloten, zullen over het algemeen wettelijke regels de lacunes opvullen. Die voorzien onder andere in gelijke rechten van deelname aan het bestuur, gelijke rechten in de winstdeling, 'rond-de-tafel'-besluitvorming en een vetorecht voor elke vennoot bij besluiten over zaken die niet deel uitmaken van de normale bedrijfsvoering.[10] Deze personenvennootschapsvormen zouden eerder passen bij een vennootschap waarin unitarische kenmerken de overhand hebben. Er zijn ook rechtsvormen die in verschillende gedaantes kunnen voorkomen, zoals de BV. In deze rechtsvorm kan er sprake zijn van een

9. O'Neill T.A. (1994), 'Toward a New Theory of the Closely-Held Firm', 24 Seton Hall Law Review, blz. 603-652.
10. Hillman, R.W. (2005), 'The Bargain in the Firm: Partnership Law, Corporate Law, and Private Ordering within Closely-Held Business Associations', 2005 University of Illinois Law Review, blz. 171-194.

scheiding tussen het eigenaarsbelang en het bestuur, maar die kunnen ook in één hand zijn. Ook bij de NV kan er al dan niet sprake zijn van tegengestelde belangen. De structuur voor deze rechtsvormen is voor het grootste gedeelte dwingend in de wetgeving opgenomen. Hoewel de belangen in deze rechtsvormen niet tegengesteld behoeven te zijn, is de wettelijke structuur daar wel op toegespitst. Deze rechtsvormen zouden derhalve beter passen bij vennootschappen met overheersend *adversary* eigenschappen. Een scheiding tussen eigenaarsbelang en bestuur is van belang voor de continuïteit van de vennootschap. Het voortbestaan van de vennootschap wordt namelijk noch beïnvloed door de dood of faillissement van aandeelhouders, noch door een wijziging in de samenstelling van aandeelhouders. De scheiding heeft als gevolg dat de aandelen vrij verhandelbaar zijn,[11] hetgeen de liquiditeit van het belang in de vennootschap bevordert. Bij besloten kapitaalvennootschappen met een unitaristische structuur en personenvennootschappen zijn de belangen of aandelen veelal niet vrij verhandelbaar[12] en kan het uittreden of de dood van bijvoorbeeld een vennoot tot gevolg hebben dat de personenvennootschap wordt ontbonden, wanneer niet anders overeengekomen is.

Ondernemers denken vaak lichtvaardiger over de interne relaties dan over hun relatie met de overheid of schuldeisers. Velen zijn bereid om aan te nemen dat het onderling altijd wel goed zit. Daarnaast zijn de fiscale en aansprakelijkheidsvoordelen die de keuze voor een bepaalde rechtsvorm brengen tastbaarder dan de veelal onzekere nadelen van de regels over de structuur.[13] Deze voordelen hebben ondernemers en vrije beroepsbeoefenaren ertoe aangezet om suboptimale rechtsvormen te kiezen die niet de interne structuurregels met zich brengen die partijen eigenlijk prefereren.[14]

3.3 Fiscaliteit

De fiscaliteit richt zich op de belastingen. Het belangrijkste aspect daarbij is of de vennootschap geclassificeerd wordt als een vennootschap die zelf subject van belasting is of als een transparante vennootschap, waarvan de inkomsten en verliezen gerapporteerd worden onder het individueel belastbaar inkomen van

11. Vermeulen, E.P.M. (2003), 'The Evolution of Legal Business Forms in Europe and the United States: Venture Capital, Joint Venture and Partnership Structures', Proefschrift Universiteit van Tilburg, Den Haag: Kluwer Law International, blz. 189.
12. Vgl: O'Neal, F.H. (1952), 'Restrictions on Transfer of Stock in Closely Held Corporations: Planning and Drafting', 65 Harvard Law Review, blz. 773-816.
13. Thompson, R.B. (1995), *supra* noot 2, blz. 921-946.
14. Thompson, R.B. (1995), *supra* noot 2, blz. 921-946 en Braaksma, R. en K. Bangma (2004), 'Het MKB en de BV – Achtergronden van de keuze van ondernemers', EIM Onderzoek voor Bedrijf en Beleid, blz. 5.

de participanten.[15] De verschillen in uitkomst van de totale belastingheffing kunnen ertoe leiden dat fiscale motieven ten grondslag liggen aan de rechtsvormkeuze. Dit kan worden voorkomen door een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting of een optiestelsel dat vennootschappen zelf de fiscale (gewenste) classificatie laat kiezen. Deze methoden lijken volgens de staatssecretaris van Financiën praktisch moeilijk realiseerbaar.[16] In Nederland streeft de belastingwetgever naar een globaal evenwicht. Dit houdt in dat de belastingdruk bij verschillende rechtsvormen globaal gelijk moet zijn, opdat de keuze van de rechtsvorm niet louter wordt bepaald door fiscale motieven.[17] Daarom probeert de wetgever de inkomsten- en vennootschapsbelasting zo in te vullen dat als resultaat een ongeveer gelijke belastingdruk ontstaat. Een voorbeeld hiervan binnen de Nederlandse belastingwetgeving is de introductie van de MKB-winstvrijstelling. Verschillen in de belastingheffingen blijven echter bestaan.

3.4 Aansprakelijkheid

In de praktijk blijkt dat de belangrijkste niet-belasting gerelateerde factor om een onderneming in een bepaalde vorm te drijven, de (beperking van) aansprakelijkheid is.[18] In beginsel draagt ieder zijn eigen schade, tenzij het recht schadeveroorzakend gedrag van een ander als grondslag voor schadevergoeding aanmerkt.[19] Er zijn verschillende aansprakelijkheidsregels mogelijk. Wanneer onbeperkte aansprakelijkheid bestaat, ongeacht of het gaat om wettelijke aansprakelijkheid, dan wel om aansprakelijkheid voortvloeiend uit niet-nakoming van een contractuele verbintenis, is er in beginsel een verplichting tot volledige schadevergoeding.[20] De schadevergoedingsplicht kan met betrekking tot de persoon van de schadeveroorzaker of het aansprakelijk vermogen worden beperkt door een contractuele of een wettelijke beperking.

15. Friedland, J.A. (1996), 'Tax Considerations in Selecting a Business Entity: The New Entity Classification', 9 DePaul Business Law Journal, blz. 109-125.
16. *Kamerstukken II*, 2004-2005, 30 107, nr. 2, onder punt 4, blz. 20.
17. Zie onder andere: het advies van de Raad van State, d.d. 10 mei 2006, No. W06.06.0125/IV; inzake het voorstel van wet tot wijziging van belastingwetten ter realisering van de doelstelling uit de nota 'Werken aan winst'.
18. Vgl: Buitendijk J.A. en J.E. Arendse (2002), 'De Limited Liability Company in Nederlands Perspectief', WFR 2002/6466, blz. 154-160.
19. Hartlief, T. (1997), 'Ieder draagt zijn eigen schade; enige opmerkingen over de fundamenten van en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht', Deventer: Kluwer, blz. 24 en N.F. van Manen en R.H. Stutterheim (1998), 'Wie draagt de schade', Nijmegen: Ars Aequi Libri, blz. 7.
20. Arisz, F.H.A. (1987), 'Bestaat er reden de verhaalsaansprakelijkheid van beoefenaren van bepaalde vrije beroepen ter zake van schade door beroepsfouten te beperken bij, per beroep vast te stellen, algemene maatregelen van bestuur?, Preadvies voor de NJV 1987, blz. 25.

Van beperking van het aansprakelijke vermogen is sprake wanneer investeerders in de vennootschap alleen aansprakelijk zijn tot de hoogte van het bedrag dat zij hebben geïnvesteerd (*rule of limited liability*). Dit is een fundamenteel principe in het kapitaalvennootschapsrecht.[21] Het zaaksvermogen en het privévermogen van de ondernemer/aandeelhouder blijven van elkaar gescheiden.

De bereidheid van individuen om een onderneming op te richten, lijkt te worden beïnvloed door de werkelijke of gepercipieerde risico's die een onderneming met zich brengt. Minder strenge faillissementsregels zorgen bijvoorbeeld voor minder risico's voor de ondernemers en maakt ondernemen aantrekkelijker.[22] Eenzelfde effect blijkt uit te gaan van de toegang tot beperkte aansprakelijkheid.[23] Het oprichten van een rechtspersoon is daardoor lange tijd het middel geweest om beperkte aansprakelijkheid te verkrijgen.[24]

3.4.1 Redenen voor (beperkte) aansprakelijkheid

Het traditionele argument voor de beperking van aansprakelijkheid bij kapitaalvennootschappen is dat zonder deze regel investeerders niet bereid zijn te investeren, en er derhalve te weinig kapitaal gegenereerd kan worden voor ondernemingsactiviteiten.[25] Het gevolg daarvan is dat de groei van de economie wordt belemmerd en daarmee de sociale welvaart stagneert. Beperkte aansprakelijkheid elimineert niet het risico van ondernemingsfalen, maar

---

21. Easterbrook, F.H. en D.R. Fischel (1985), 'Limited Liability and the Corporation', 52 University of Chicago Law Review, blz. 89-117.
22. Fan, W. en M.J. White (2003), 'Personal Bankruptcy and the Level of Entrepreneurial Activity', 46 Journal of Law and Economics, blz. 543-567, J. Berkowitz en J. White (2004), 'Bankruptcy and Small Firms' Access to Credit', 35 Rand Journal of Economics, blz. 69-84 en J. Armour en D. Cumming (2008), 'Bankruptcy Law and Entrepreneurship', 10 American Law and Economics Review, blz. 303-350.
23. Armour, J. (2008), 'Legal Capital: An outdated concept?', in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 16. Er zijn weinig empirische studies naar de invloeden van aansprakelijkheid op het ontstaan en overleven van kleine vennootschappen. Dit komt onder andere doordat resultaten, waarin de effecten zijn verwerkt van andere factoren die van invloed zijn op het ondernemerschap zoals belastingen, moeilijk te verkrijgen zijn. Zie onder andere: J.A. Romley en B. Savych (2008), 'Does Liability Affect Small Business?', Kauffmann-RAND Institute for Entrepreneurship Public Policy, Working Paper WR-541-EMKF en J.W. Pendell en P.J. Hinton (2007), 'Tort Liability Costs for Small Businesses', U.S. Chamber Institute for Legal Reform.
24. Carney, W.J. (1998), 'Limited Liability', Encyclopaedia of Law and Economics, blz. 665: via www.ssrn.com of http://encyclo.findlaw.com/5620book.pdf#search=%22carney%20limited%20liability%22.
25. Vgl: Manne, H.G. (1967), 'Our Two Corporation Systems: Law and Economics', 53 Virginia Law Review, blz. 259-284 en S.B. Presser (1992), 'Thwarting the Killing of Corporation: Liability, Democracy, and Economics', 87 Northwestern University Law Review, blz. 148-179.

verschuift dit tot op bepaalde hoogte naar schuldeisers van de vennootschap.[26] De vraag is op grond van welke criteria bepaald wordt welk regime het meest gewenst is.[27] Er zijn verschillende elementen die een rol spelen bij de keuze voor een bepaald systeem: het normatieve element (rechtszekerheid), het morele element (gerechtigheid) en het actuele element (doelmatigheid).[28] Er is een continue wisselwerking en spanning tussen rechtsregels, morele waarden en maatschappelijke effecten. Deze kernwaarden dienen door het recht verwezenlijkt te worden, maar kunnen met elkaar conflicteren. Gerechtigheid en doelmatigheid kunnen bijvoorbeeld met elkaar conflicteren omdat de gerechtigheid een abstract begrip is en doelmatigheid zoveel als mogelijk concreet wil zijn.[29] Rechtszekerheid vereist positiviteit van het recht, dit hoeft echter niet in alle gevallen efficiënt te zijn.

3.4.2 Gerechtigheid, doelmatigheid en rechtszekerheid

De driehoek gerechtigheid-doelmatigheid-rechtszekerheid en de onderlinge verhoudingen tussen deze drie fundamentele waardeoriëntaties spelen een essentiële rol bij de keuze voor een bepaald mechanisme.[30] Visies inzake de gewenste invulling van het aansprakelijkheidsregime zijn ontwikkeld vanuit verschillende waardeoriëntaties en bevatten verschillende diepgewortelde veronderstellingen over de rol die het vennootschapsrecht speelt bij de honorering of bescherming van belangen van de betrokkenen bij de vennootschap.[31] Het utilisme en het kantianisme zijn twee (over het algemeen) dominante theorieën in het rechtsfilosofisch denken. Deze theorieën vertrekken vanuit hetzelfde uitgangspunt dat een oordeel over recht en onrecht niet kan worden afgeleid uit

---

26. *'Liability that is avoided does not disappear into a black hole; it falls onto another person'*. Zie: S.S. Fortney (1997), 'Seeking Shelter in the Minefield of Unintended Consequences – The Traps of Limited Liability Firms', 54 Washington & Lee Law Review, blz. 717-768. Zie ook: F.H. Easterbrook en D.R. Fischel (1985), *supra* noot 21, blz. 89-117, H.G. Manne (1967), *supra* noot 25, blz. 259-284 en R.E. Meiners et al. (1979), 'Piercing the Veil of Limited Liability', 4 Delaware Journal of Corporate Law', blz. 351-367.
27. Armour, J. (2000), 'Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law', 63 Modern Law Review, blz. 355-378.
28. Loth, M.A. en A.M.P. Gakeer (2002), 'Meesterlijk recht', Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, blz. 49-76.
29. Loth, M.A. en A.M.P. Gakeer (2002), *supra* noot 28, blz. 61; verwijzend naar de theorie van G. Radbruch (1932), 'Rechtsphilosophie', in E. Wolf en H-P. Schneider (hrsg.) (1973), 'Rechtsphilosophie', Stuttgart: Koehler.
30. Vgl: Foqué, R.M.G.E. (2009), 'Filosofische repliek op Timmerman's grondslagen', Ondernemingsrecht 2009/1, blz. 14-17.
31. Vgl: Ferran, E. (2005), 'The place for creditor protection on the agenda for modernisation of company law in the European Union', European Corporate Governance Institute, Law Working Paper No. 051/2005, blz. 16-17 en 28.

een concreet geval zonder meer. Het oordeel moet kunnen worden veralgemeniseerd, hetgeen een beginsel veronderstelt.[32] Het meest fundamentele verschil tussen het utilisme en het kantianisme komt tot uitdrukking in de manier waarop over de verhouding tussen maatschappelijke doeleinden en rechtvaardigheid wordt gedacht.[33] In de literatuur is dit ook wel verwoord als de vraag of het gaat om het maken van een grotere taart, zodat elk stuk van de taart een stukje groter wordt of dat het gaat om de manier waarop de taart in stukken wordt gesneden, gelijke stukken of ongelijke stukken.[34] Doordat de theorieën vanuit het zelfde uitgangspunt een andere uitwerking geven aan de manier waarop omgegaan zou moeten worden met diverse belangen, kunnen zij inzicht geven in verschillende oriëntaties op de gevolgen van een bepaald aansprakelijkheidsregime voor de belangen die daarbij betrokken zijn. Door deze tegenstelling en de belangrijke positie die de theorieën innemen in het rechtsfilosofisch denken, vormen zij geschikte theorieën om te bespreken in het kader van de aansprakelijkheid bij vennootschappen. De theorieën maken duidelijk vanuit welk perspectief de keuze voor een bepaald regime gemaakt kan worden en welke implicaties die keuze kan hebben. In het vennootschapsrecht, en dan in het bijzonder in het aansprakelijkheidsrecht, wordt vaak verwezen naar de rechtseconomie of de efficiëntietheorie (*efficiency theory*), die nauw samenhangen met het utilisme. De rechtseconomie is echter niet geheel hetzelfde als het utilisme. Dit zal ik in het hiernavolgende uiteenzetten. Daarna ga ik in op het kantianisme dat verbonden is met de pro rato theorie (*pro rata theory*). Die staat in tegenstelling tot de efficiëntietheorie niet een beperkt aansprakelijkheidsregime voor maar een onbeperkt aansprakelijkheidsregime op basis van een pro rato verdeling.

3.4.3 Utilisme – Rechtseconomie

Volgens het utilisme kunnen alle bijzondere individuele belangen en doelen worden begrepen in termen van uiteindelijk slechts één algemeen doel: een gelukkig leven.[35] De morele waarde van een actie (of van een praktijk, institutie, recht, etc.) dient binnen het utilisme dan ook beoordeeld te worden aan de hand van het effect hiervan op het vergroten van geluk (*happiness*) verspreid over alle participanten van de samenleving (welke een enkel land kan

32. Hol, A.M. (1993), 'Gewogen recht; billijkheid en efficiëntie bij onrechtmatige daad', Deventer: Kluwer, blz. 43.
33. Hol, A.M. (1993), *supra* noot 32, blz. 43.
34. Hsu, S-L. (2003), 'Fairness versus Efficiency in Environmental Law', The George Washington University Law School Public Law and Legal Theory Working Paper No. 72, blz. 2.
35. Ippel, P.C. en P.P. Rijpkema (2001), 'Recht in perspectief: Over de normatieve grondslagen van het recht', Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, blz. 25.

zijn, of de gehele wereld).[36] Rechtseconomie houdt in dat recht beoordeeld dient te worden aan de hand van de mate waarin het welvaart bevordert. Het verschil tussen het utilisme en de rechtseconomie is de maximalisatie van geluksbehoeften van welke aard dan ook versus de maximalisatie van welvaart in economische termen.[37] De morele kwaliteit van een handeling of rechtsregel wordt in de rechtseconomie dus gemeten aan de hand van de bijdrage daarvan aan de maatschappelijke welvaart. Bijdragen aan welvaart houdt in dat een transactie of een andere verandering in het gebruik of eigendom van bronnen goed is indien dit de welvaart van de samenleving verhoogt. De welvaart van de samenleving is de waarde uitgedrukt in geld van alles dat zich in de samenleving bevindt.[38] Om maximale welvaart te bereiken, worden ongelijksoortige belangen vertaald in economische termen zodat hun gewicht kan worden bepaald en een kosten-baten analyse kan worden gemaakt.[39] Zo kunnen ontastbare goederen of zaken, zoals vrije tijd en het plezier uit kunst en literatuur volgens de rechtseconomie net als tastbare goederen in economische termen worden uitgedrukt, door de prijs die men bereid is te betalen om deze ontastbare goederen te 'genieten'. Het relatieve gewicht van de belangen bepaalt uiteindelijk welk belang bescherming verdient.

In het utilisme valt bij de vormgeving van het recht het morele aspect samen met het instrumentele aspect. Hierdoor wordt een subjectief recht een functie van maatschappelijke belangen en kunnen bepaalde belangen voor het algemene belang worden opgeofferd.[40] Het eigen belang kan derhalve aan de kant worden gezet voor de bescherming van de belangen van anderen. Voor het aansprakelijkheidsrecht binnen vennootschappen betekent dit dat de aansprakelijkheid van de vennootschap, haar bestuurders en aandeelhouders zodanig moet worden ingericht dat het de welvaart maximaliseert, ongeacht of dit betekent dat de belangen van bepaalde partijen, bijvoorbeeld bepaalde schuldeisers, opgeofferd moeten worden. Binnen het kantianisme levert dit problemen op omdat de inhoud van het aansprakelijkheidsrecht niet beoordeeld moet

36. Posner, R.A. (1979), 'Utilitarianism, economics and legal theory', 8 Journal of Legal Studies, blz. 103-140.
37. Vgl: Timmerman, L. (2005), 'Gedragsrecht, belangenpluralisme en vereenvoudiging van het vennootschapsrecht: Wat moet dwingend blijven in het vennootschapsrecht van de toekomst?', Ondernemingsrecht 2005/1, blz. 2-8. Filosofen hebben de neiging om de economie te zien als een *species* van het utilisme. Economen zien het utilisme als een andere naam voor economie. Zie: R.A. Posner (1979), *supra* noot 36, blz. 103-140.
38. Posner, R.A. (1979), *supra* noot 36, blz. 103-140.
39. Vgl: Hol, A.M. (1993), *supra* noot 32, blz. 25-26.
40. In de literatuur is onder andere gesteld: *'The law is utilitarian. It exists for the realization of the reasonable needs of the community. If the interest of an individual runs counter to the chief object of the law, it must be sacrificed'*; J.B. Ames (1908), 'Law and Morals', 22 Harvard Law Review, blz. 97-113. Zie ook: A.M. Hol (1993), *supra* noot 32, blz. 32 en 15.

worden aan de hand van de gevolgen daarvan, de doelmatigheid, maar aan de hand van de (zelfstandige) rechtvaardigheid.

3.4.4 Kantianisme – Liberalisme

In het kantianisme worden het moreel goede en de maatschappelijke doeleinden van elkaar gescheiden. Het goede gaat vooraf aan de doeleinden. Het goede heeft prioriteit.[41] Dit betekent dat niet de gevolgen van een handeling bepalend zijn voor het morele gehalte maar de vraag of de handeling al dan niet rationeel of logisch is. De uitgangspunten voor de handeling dienen veralgemeniseerd te kunnen worden tot een algemene regel die voor iedereen geldt.[42] Rawls ziet deze uitgangspunten dan ook als de rechtvaardigheidsprincipes die de uitkomst zouden moeten zijn van een besluitvormingsproces waarin alle leden van de samenleving een gelijke positie hebben. Zij hebben geen weet van de eigenlijke positie in de samenleving, waardoor zij kiezen voor rechtvaardigingsprincipes achter een sluier van onwetendheid.[43] De sluier van onwetendheid zorgt ervoor dat men bij het besluitvormingsproces niet bevooroordeeld in het proces staat. Hierdoor kan men niet kiezen voor principes die gunstig zijn voor de eigen positie. Indien ieder onbevooroordeeld is, dan is men het over bepaalde thema's, zoals de waarde van gelijkheid en vrijheid, eens of zou men het hierover eens kunnen zijn. Deze gemeenschappelijke basis kan een kader vormen dat helpt om met verschillen en conflicten die daaruit voortvloeien om te gaan.[44] De rol van de grondbeginselen van rechtvaardigheid is dan het specificeren van de redelijke voorwaarden van sociale coöperatie.[45] Uitgangspunt is dat alle leden ongeacht hun positie als lid van de samenleving moreel gelijkwaardig zijn.[46] In dit kader zou de verdeling (van de taart) gelijk moeten zijn. Ook een ongelijke verdeling zou rechtvaardig kunnen zijn indien dit ten goede komt aan de absolute positie van de minstbedeelden in de samenleving.[47] In termen van de taartmetafoor; het toelaten van een ongelijke verdeling resulteert in een grotere taart, waarbij het kleinste deel altijd nog groter is dan een gelijk deel van de oorspronkelijke taart.[48] De prioriteit van de rechtvaardigheidstheorie ligt bij de minstbedeelden. Binnen het kantianisme zijn morele regels niet hetzelfde als rechtsregels. Het recht is echter met de

41. Hol, A.M. (1993), *supra* noot 32, blz. 43.
42. Ippel, P.C. en P.P. Rijpkema (2001), *supra* noot 35, blz. 33.
43. Rawls, J. (1999), 'A Theory of Justice', Oxford: Oxford University Press, blz. 11.
44. Vgl: Burg, W. van der en R. Pierik (2003), 'John Rawls: de filosoof van de liberaal-democratische verzorgingsstaat', Nederlands Juristenblad, blz. 914-919.
45. Rawls, J. (1999), *supra* noot 43, blz. 12.
46. Vgl: Burg, W. van der en R. Pierik (2003), *supra* noot 44, blz. 914-919.
47. Rawls, J. (1999), *supra* noot 43, blz. 13.
48. Burg, W. van der en R. Pierik (2003), *supra* noot 44, blz. 914-919.

moraal verbonden doordat het de voorwaarden dient te creëren voor het moreel goede, de bescherming van de individuele vrijheid.[49] De bescherming van een recht is daardoor een functie van de vrijheid, waarbij de autonomie de maatstaf is.

3.4.5 Toegepast op het aansprakelijkheidsregime

In de literatuur zijn diverse functies (of doelstellingen) van het aansprakelijkheidsrecht naar voren gebracht. De belangrijkste functies zijn de vergoeding van schade, preventie, spreiding en kostenallocatie.[50] Het aansprakelijkheidsrecht streeft veelal een combinatie van doelstellingen na.[51] De vergoedingsfunctie van alle schade is daarom niet *de* functie van het aansprakelijkheidsrecht. Naast het feit dat dit praktisch onmogelijk is, gaat het uiteindelijk om de redenen waarom compensatie vereist is en niet alleen om de compensatie zelf.[52] Aristoteles geeft de vereffende of corrigerende rechtvaardigheid als reden voor de compensatie aan. De partijen die betrokken zijn bij de transactie worden beschouwd als gelijken. Handelingen van een partij kunnen in een ongelijkheid tussen twee partijen resulteren. Onrecht bestaat uit deze ongelijkheid, die het recht probeert te herstellen door de handelende partij iets te ontnemen. Deze ongelijkheid wordt door Aristoteles uitgedrukt in termen van winst en verlies, waarbij winst meer is en verlies minder. Het recht, de aansprakelijkheid, dient er voor te zorgen dat herstel van het gebroken evenwicht tussen de twee partijen plaatsvindt door middel van een rekenkundige evenredigheid.[53] Deze corrigerende rechtvaardigheid manifesteert zich bij contacten en transacties, of men daar nu uit eigen beweging of tegen zijn zin bij betrokken is.[54] De vergoeding van schade opgelegd door het aansprakelijkheidsrecht overeenkomstig de vereffende rechtvaardigheid, komt terug in het kantianisme en het utilisme. Zij baseren deze vergoedingsplicht echter op verschillende overwegingen.

---

49. Ippel, P.C. en P.P. Rijpkema (2001), *supra* noot 35, blz. 34.
50. Hartlief, T. (1997), *supra* noot 19, blz. 17.
51. Faure, M. en T. Hartlief (2002), 'Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering', Deventer: Kluwer, blz. 8 en 10, L.T. Visscher (2006), 'Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht', Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, blz. 11-29 en T. Hartlief (1997), *supra* noot 19, blz. 22.
52. Visscher, L.T. (2006), *supra* noot 51, blz. 12 en E.F.D. Engelhard en G.E. van Manen (2008), 'Aansprakelijkheid voor schade; contractueel en buiten contractueel', Deventer: Kluwer, blz. 11.
53. Aristoteles, 'Ethica Nicomachea', 1132a15, vertaald door C. Pannier en J. Verhaeghe (1999), Groningen: Historische Uitgeverij, blz. 154.
54. Aristoteles, *supra* noot 53, blz. 153.

3.4.6 Rechtseconomie en aansprakelijkheid

In de rechtseconomische benadering is het aansprakelijkheidsrecht een preventie- en allocatiemiddel. Een middel om *ex ante* een prikkel te creëren die aanzet tot zorgvuldig handelen, om het juiste activiteitenniveau te hanteren, om de kosten van voorzorgsmaatregelen te minimaliseren en om zodoende welvaartsmaximalisatie, efficiëntie, te realiseren. Het is niet efficiënt om het niveau van zorg door de gekozen aansprakelijkheidsregels verder op te drijven wanneer de additionele kosten daarvan uitstijgen boven de additionele baten.[55] Een onverzekerbare aansprakelijkheid kan, door de regels op de uitgangspunten van preventie en risicoallocatie te baseren, in belangrijke mate worden vermeden hetgeen in het kader van nieuwe risico's van groot belang is.[56] Kostenallocatie hangt hier nauw mee samen. Via het aansprakelijkheidsrecht wordt een bepaalde toerekening van kosten gerealiseerd.[57] Indien men een efficiënte zorgplicht in acht neemt, zal de schade niet aan de handelende persoon worden toegerekend, hetgeen een prikkel veroorzaakt om optimaal zorgvuldig te handelen. Spreiding houdt in dat de kosten worden gelegd op degene die de schade het beste kan dragen.[58] Een andere reden voor schadevergoeding door de veroorzaker kan gevonden worden in de vergelding. In die zin dat de dader de schade nou eenmaal dient te vergoeden omdat hij de schade heeft veroorzaakt. Dit is de vergeldende of retributieve rechtvaardigheid.[59] Volgens de gangbare visie heeft het civiele aansprakelijkheidsrecht echter geen straffende dimensie meer.[60]

3.4.7 Kantianisme en aansprakelijkheid

In het kantianistische denken geeft het aansprakelijkheidsrecht uiteindelijk aan wanneer de vrijheid van de één, in dienst van de bescherming van de vrijheid van de ander, wordt beperkt.[61] Vrijheid is mogelijk omdat het recht beperkingen stelt aan die vrijheid en een evenwicht zoekt tussen de vrijheid van verschillende actoren. Iemand handelt derhalve onzorgvuldig indien de handeling in strijd is met de gelijke verdeling van vrijheid. Om te bepalen wanneer dit

---

55. Bergh, R.J. van den (2001), 'Rechtseconomische kanttekeningen', in: R.J. van den Bergh et al. (2001), in: R.J. van den Bergh et al. (2001), 'Aansprakelijkheid; gronden en grenzen', Deventer: Kluwer, blz. 116.
56. Faure, M. en T. Hartlief (2002), *supra* noot 51, blz. 18.
57. Hartlief, T. (1997), *supra* noot 19, blz. 21.
58. Vgl: Engelhard, E.F.D. en G.E. van Manen (2008), *supra* noot 52, blz. 15.
59. Kaptein, H.J.R. (1998), 'Solidariteit door individualisering van aansprakelijkheid', in: N.F. van Manen en R.H. Stutterheim (1998), *supra* noot 19, blz. 81 en 84. Kaptein ziet de vergeldende rechtvaardigheid als de enige grondslag voor aansprakelijkheid.
60. Engelhard, E.F.D. en G.E. van Manen (2008), *supra* noot 52, blz. 16.
61. Vgl: Faure, M. en T. Hartlief (2002), *supra* noot 51, blz. 10.

het geval is, dient de zorgvuldigheid geobjectiveerd te worden. Objectivering geschiedt door te achterhalen wat een redelijk persoon in de desbetreffende situatie gedaan zou hebben. Hoe zou de redelijke persoon gehandeld hebben als de schade aan hemzelf zou zijn toegebracht? Welke maatregelen had deze persoon dan genomen? Indien de schadeveroorzakende partij niet dezelfde maatregelen heeft genomen als deze redelijke persoon, en daarmee niet de zorg in acht heeft genomen die de partij ten aanzien van zichzelf zou hebben genomen, is de vrijheid van de andere partij beperkt.[62] De schending van andermans vrijheid impliceert dat deze door middel van compensatie moet worden hersteld. Het gaat derhalve niet zozeer om de efficiëntie van de genomen maatregelen in het belang van de maatschappij, maar om de maatregelen die een rationeel persoon zou hebben genomen alsof het zou gaan om eigen belangen. Efficiëntie is binnen het kantianisme dus niet zozeer het doel van het aansprakelijkheidsrecht maar een middel om het doel van de vrijheid te realiseren.[63]

3.4.8 Aansprakelijkheid in het vennootschapsrecht

Binnen het vennootschapsrecht zijn de gevolgen van de keuze voor een bepaald aansprakelijkheidsregime, en daarmee de mate waarin de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht gerealiseerd worden, afhankelijk van het soort vennootschap waarop de aansprakelijkheidsregels van toepassing zijn. De omvang, het type vennootschapsvorm (publiek, niet-publiek, aandelen of participaties) en de inrichting van de structuur (onafhankelijke bestuurders, bestuurder/grootaandeelhouder of vennoten) kunnen voor een verschillende uitwerking op de belangen van de betrokkenen zorgen. De discussie over de wenselijkheid van beperkte aansprakelijkheid heeft zich van oudsher voornamelijk afgespeeld in het kader van beursgenoteerde kapitaalvennootschappen, waarin eigenaarsbelangen en bestuur van elkaar zijn gescheiden, en niet in het kader van de besloten vennootschappen en personenvennootschappen. De introductie van personenvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid in de Verenigde Staten heeft er toe geleid dat deze discussie zich ook heeft uitgestrekt tot deze vennootschappen.[64] De vraag die hierbij centraal staat is of het wel wenselijk is om beperkte aansprakelijkheid beschikbaar te stellen aan alle soorten vennootschappen en dus ook aan de kleinere vennootschappen, die niet incorporeren. Worden de belangen van de schuldeisers wel voldoende beschermd of is het eventueel niet kunnen innen van een vordering nu eenmaal

62. Hol, A.M. (1993), *supra* noot 32, blz. 134.
63. Hol, A.M. (1993), *supra* noot 32, blz. 137.
64. Freedman, J. (2000), 'Limited Liability: Large Theory and Small Firms', 63 Modern Law Review, blz. 317-354.

all in the game als dit in het teken staat van een verhoging van de welvaart?[65] Bij de bespreking hieronder van de verschillende aansprakelijkheidsregimes ligt eerst de nadruk op de grote beursgenoteerde vennootschappen, waarna ik de besloten vennootschappen en personenvennootschappen bespreek tegen de achtergrond van de inzichten voorvloeiend uit het utilisme en het kantianisme. Ik ga eerst nader in op de pro rato theorie die verbonden is met het kantianisme, waarna ik aandacht besteed aan de efficiëntietheorie, die zoals gezegd nauw samenhangt met de uitgangspunten van het utilisme.

3.5 Pro rato theorie

Onbeperkte aansprakelijkheid kan worden vastgesteld op basis van hoofdelijkheid of op een pro rato basis. Onder een hoofdelijke onbeperkte aansprakelijkheidsregel kan elke aandeelhouder aansprakelijk worden gesteld voor het gehele bedrag van schade veroorzaakt door de vennootschap. Onder een pro rato onbeperkte aansprakelijkheidsregel, zal echter elk aandeel zijn eigen pro rato aandeel van de aansprakelijkheid dragen.[66] De aansprakelijkheid van elke aandeelhouder is dan proportioneel ten aanzien van het aantal aandelen dat wordt gehouden. Het voordeel van proportionaliteit is dat het risico van investeren vermindert waardoor de prijzen van aandelen dalen en het rendement op de investeringen kan worden verlaagd.[67] Bestuurders behoeven daardoor minder risicovolle activiteiten te ondernemen en wordt het probleem van de *moral hazard* ondervangen. Bovendien zou proportionele aansprakelijkheid ervoor kunnen zorgen dat er een additionele verzekering wordt afgesloten. De investeringen zullen samen met de verzekering een groter vermogen bieden dat kan worden aangesproken door schuldeisers.

3.5.1 Pro rato theorie en verzekeringen

Hansmann en Kraakman, voorstanders van de pro rato theorie, stellen dat wanneer een aansprakelijkheidsverzekering beschikbaar is, het argument voor onbeperkte aansprakelijkheid wordt versterkt.[68] Door beperkte aansprakelijkheid zal volgens Hansmann en Kraakman de aandeelhouder een prikkel hebben om in het geheel geen verzekering af te sluiten, of om een verzekering af te sluiten die onvoldoende is om het geheel aan verliezen te dekken die de

65. Vgl: Groot, H. de (1998), 'Wie draagt de schade in het ondernemingsrecht?', in: N.F. van Manen en R.H. Stutterheim (1998), *supra* noot 19, blz. 64.
66. Leebron, D.W. (1991), 'Limited Liability, Tort Victims, and Creditors', 91 Columbia Law Review, blz. 1565-1650.
67. Hansmann, H. en R. Kraakman (1991), 'Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts', 100 Yale Law Review, blz. 1879-1934.
68. Hansmann, H. en R. Kraakman (1991), *supra* noot 67, blz. 1879-1934.

vennootschap zou kunnen veroorzaken. Dit probleem zou bij onbeperkte aansprakelijkheid niet voorkomen. De verzekering zal de aandeelhouder bovendien een prikkel geven om kosten te internaliseren voor zowel het niveau van zorg als de hoogte van investeringen, zodat de prijs voor de verzekering niet te hoog zal zijn. De vraag is echter of de verzekeringsmarkt de toegenomen druk en vraag als gevolg van een onbeperkt aansprakelijkheidsregime wel kan dragen.[69] Daarnaast blijkt uit onderzoek dat de kosten en de beschikbaarheid van aansprakelijkheidsverzekering op de tweede plaats staat op de lijst van de 75 grootste bezorgdheden van ondernemers van kleine vennootschappen.[70]

3.5.2 Kritiek op de pro rato theorie

Het pro rato model is bekritiseerd op het niveau van de uitvoerbaarheid. Critici beweren dat het model twee wezenlijke beperkingen heeft. Ten eerste is het de vraag of de veronderstelling juist is dat de prijzen van de aandelen door de proportionele aansprakelijkheid zullen dalen. Als de kapitaalmarkten niet op de wijze zullen reageren die wordt verondersteld door de theorie, zal de proportionele aansprakelijkheid niet de voorgenomen voordelen genereren. De verwachte reactie van de kapitaalmarkten bij proportionele aansprakelijkheid is niet onderzocht. Kapitaalmarkten kunnen de wijziging in prijzen bijvoorbeeld voorkomen door arbitragehandel. Door transacties in *futures*, opties of door *swap*-markten kan het kapitaalmarktrisico en de opbrengst opnieuw verdeeld worden, zonder dat het een groot effect heeft op de prijs van de aandelen.[71] De tweede beperking volgt uit een juridisch procedureel perspectief. Ten eerste zullen bij een pro rato aansprakelijkheid de kosten van verhaal hoog zijn omdat dit proces door de veelheid aan kleine aandeelhouders geenszins effectief zal zijn. Het verschuift deze kosten van de aandeelhouders naar de schuldeiser.[72] Ten tweede zal een bepaalde rechterlijke instantie soms niet in staat zijn jurisdictie te verkrijgen over buitenlandse aandeelhouders, waardoor de handhaving van een systeem van pro rato aansprakelijkheid leidt tot aanzienlijke administratieve kosten.[73] Dit zou erin kunnen resulteren dat de schuldeisers

69. Bratton, W.W. and J.A. McCahery (1997b), 'An Inquiry into the Efficiency of the Limited Liability Company: Of Theory of the Firm and Regulatory Competition', 54 Washington and Lee Law Review, blz. 629-686.
70. Philips, B.D. (2004), 'Small Business Problems and Priorities', National Federation of Independent Business Research Foundation, June 2004. De eerste plaats wordt ingenomen door de kosten van zorgverzekeringen.
71. Grundfest, J.A. (1993), 'The Limited Future of Unlimited Liability: A Capital Markets Perspective', 102 Yale Law Review, blz. 387-425.
72. Manne, H.G. (1967), *supra* noot 25, blz. 259-284, D.W. Leebron (1991), *supra* noot 66, blz. 1565-1650 en W.J. Carney (1998), *supra* noot 24, blz. 665.
73. Alexander, J.C. (1992), 'Unlimited Shareholder Liability Through a Procedural Lens', 106 Harvard Law Review, blz. 387-445.

alleen de meest vermogende buitenlandse aandeelhouders zullen najagen, waarvan zeker is dat het verhaal doel treft. Een dergelijke strategie zal ervoor zorgen dat investeerders aandelen zullen kopen op basis van het vermogen van de andere aandeelhouders.[74] Ook verondersteld het pro rato systeem dat altijd bekend is wie de aandeelhouders van de vennootschap zijn. Dit is lang niet altijd het geval. Doordat de pro rato theorie niet met voldoende statistisch bewijs en casestudies is onderbouwd om de theorie te valideren, is de theorie door de voornaamste stroming van academici in het kader van de publieke kapitaalvennootschappen afgewezen.[75] De vraag is of dit ook het geval is bij kleine besloten vennootschappen of dat er voor deze vennootschappen gekozen zou moeten worden voor een beperkt aansprakelijkheidsregime. Voordat ik verder inga op de toepassing van aansprakelijkheidsregimes op kleine besloten kleine vennootschappen, bespreek ik in de volgende paragrafen eerst de efficiëntietheorie die, in tegenstelling tot de pro rato theorie, een beperkt aansprakelijkheidsregime gewenst acht.

3.6 Efficiëntietheorie

De efficiëntietheorie is voortgekomen uit de rechtseconomie en gaat uit van de veronderstelling dat efficiëntie het voornaamste criterium voor de inhoud van het (ondernemings)recht is.[76] De rechtseconomie kan gedefinieerd worden als de economische analyse van het recht, en derhalve als de toepassing van de rationele keuzebenadering van het recht.[77] In de economie wordt ervan uitgegaan dat een actor kiest tussen mogelijke handelingen op grond van een afweging van de kosten en de baten die deze handelingen voor hemzelf zullen meebrengen.[78] Zijn gedrag wordt beschreven alsof hij zijn verwachte nut maximeert, waarbij het nut refereert aan de preferenties van individuen[79] en

74. W.W. Bratton en J.A. McCahery (1999), 'Evolution and Efficiency of the US Limited Liability Company', in: W.W. Bratton et al. (1999), 'Personenvennootschap en 'onderneming'; over persoonsgebonden ondernemingen en titel 7.13 ONBW', Deventer: Tjeenk Willink, blz. 103.
75. Freedman, J. (2000), *supra* noot 64, blz. 317-354.
76. Ribstein, L.E. (1993), 'Efficiency, Regulation and Competition: A Comment on Easterbrook & Fischel's Economic Structure of Corporate Law', 87 Northwestern University Law Review, blz. 254-286.
77. Kerkmeester, H.O. (2000), 'Methodology: general', in B. Bouckeart en D. de Geest (2000), 'Encyclopedia of Law and Economics, Volume I: The History and Methodology of Law and Economics', Cheltenham: Edward Elgar, blz. 383-401.
78. Visscher, L.T. en H.O. Kerkmeester (1996), 'Kenbaarheidsvereiste en gewoonte als verweren tegen een aansprakelijkheidsactie: een rechtseconomische benadering', Tijdschrift voor Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht, 10(3), blz. 48-57.
79. Kerkmeester, H.O. (2000), *supra* noot 77, in B. Bouckeart en D. de Geest (2000), *supra* noot 77, blz. 383-401.

het verwachte nut wordt gedefinieerd als de kans op een situatie vermenigvuldigd met het nut in die situatie.[80] Het gedrag van de actor kan nadelige gevolgen hebben voor derden, de zogenaamde externe kosten. Externe kosten zijn vanuit welvaartstheoretisch zicht van groot belang omdat ze aanleiding geven tot suboptimale uitkomsten[81] die hogere maatschappelijke kosten met zich kunnen brengen dan de private kosten waarop de actor zijn handelingen baseert. Het door de rechtseconoom Coase ontwikkelde theorema veronderstelt echter dat partijen via onderhandelingen tot een optimale transactie zullen komen, mits bekend is hoe de rechten zijn verdeeld en er geen belemmeringen zijn die mensen beletten om een wederzijds profijtelijke overeenkomst te sluiten.[82] Deze belemmeringen zijn de zogenoemde transactiekosten. Door deze onderhandelingen zullen de private kosten en de externe kosten met elkaar in balans worden gebracht. Het Coase theorema stelt dat de beste oplossing van een probleem tussen partijen door onderhandelingen wordt bereikt, omdat het in de interessesfeer van alle partijen ligt en het een resultaat is van de instemming van de partijen.[83]

3.6.1 Efficiëntie en winstmaximalisatie

De economische analyse veronderstelt dat een maatschappij met meer welvaart gemeten in termen van winstmaximalisatie, noodzakelijkerwijs beter af is dan een maatschappij met minder. Winstmaximalisatie zal worden bereikt als er sprake is van efficiëntie. Onder het Kaldor-Hicks criterium zal er sprake zijn van efficiëntie wanneer het totale effect batig is, dat wil zeggen dat de voordelen van het systeem zodanig groter zijn dan de nadelen, dat de benadeelden schadeloos gesteld kunnen worden.[84] Het criterium laat in het midden of compensatie ook feitelijk moet plaatsvinden. Een belangrijke reden

---

80. Visscher, L.T. en R.J. van den Bergh (1998), 'Over fietsende juristen en autorijdende rechtseconomen of een nieuwe fase in het debat over verkeersaansprakelijkheid', Nederlands Juristenblad, 1998-3, blz. 122-127.
81. Deben, L. (2005), 'Welvaartsimplicaties van overheidsinterventie; de public interest benadering', Diepenbeek: Steunpunt Verkeersveiligheid, blz. 9.
82. Coase, R.H. (1960), 'The Problem of Social Cost', 3 Journal of Law and Economics, blz. 1-69 en vergelijk H.O. Kerkmeester (1998), 'Nieuwenhuis over de rechtseconomie', Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, 15(8), blz. 261-267.
83. Vgl: Medema, S.G. en R.O. Zerbe (2000), 'Coase Theorem', Encyclopedia of Law and Economics, nr. 0730, blz. 851.
84. Posner, R.A. (1992), 'Economic Analysis of Law', Boston: Little, Brown and Company, blz. 13-14. Naast het Kaldor-Hicks criterium wordt in de rechtseconomie ook het Pareto criterium gebruikt. In een situatie die Pareto-superieur is, is een bepaalde transactie efficiënt indien tenminste één persoon beter af is (met andere woorden dat het welzijn van die persoon is verhoogd), maar geen persoon slechter af is. Een situatie is Pareto-optimaal indien er geen pareto-superieure transacties meer mogelijk zijn. Elke verandering zorgt voor een verslechtering van één van de partijen. Als de benadeelde partij onder het →

waarom niet altijd compensatie wordt geboden, heeft te maken met de kosten die de compensatie met zich brengt. Het voordeel dat een transactie de ene partij oplevert, hoeft namelijk niet op te wegen tegen het totaal van het nadeel van de ander plus de aan de compensatie verbonden kosten.[85] Indien men dit rechtseconomisch uitgangspunt toepast op het aansprakelijkheidsrecht is de regel die het maatschappelijk nut maximaliseert de regel die moreel gezien moet gelden.[86] Om deze regel vast te stellen zal eerst gekeken moeten worden welke gevolgen een hoofdelijke aansprakelijkheid, een aansprakelijkheid op basis van een pro rato verdeling, en een beperkte aansprakelijkheid teweegbrengen. Deze gevolgen hebben onder andere betrekking op de kosten en het gedrag van de betrokken personen. Naar aanleiding van de uitkomsten van de analyse van de gevolgen van de verschillende aansprakelijkheidsregimes vindt een belangenafweging plaats, waarna de regel die het meest efficiënt is, kan worden geïdentificeerd.

3.6.2 Efficiëntie en transactiekosten

In een perfecte kapitaalmarkt zonder enige transactiekosten zullen de waarde van een vennootschap en het optimale investeringsbeleid niet beïnvloed worden door de gekozen aansprakelijkheidsregel en behoeven schuldeisers geen juridische bescherming. Onbeperkte aansprakelijkheid zal leiden tot een afname van de risico's voor schuldeisers en daarmee ook een verlaging van de rentepercentages en tegelijkertijd een hoger rendement, dat het verhoogde risico voor aandeelhouders compenseert. Een beperkt aansprakelijkheidsregime zal leiden tot hogere kosten van geleend geld maar lagere kosten van aansprakelijkheid doordat er in beginsel geen verplichting tot schadevergoeding meer bestaat.[87] Een wereld met perfect werkende kapitaalmarkten is echter niet de werkelijke wereld.[88] In de werkelijke wereld bestaan er wel transactiekosten. Hierdoor wordt het aansprakelijkheidsrecht van belang. De leidende voorstanders van de efficiëntietheorie, Easterbrook en Fischel, hebben de beperking van aansprakelijkheid bij grote beursgenoteerde vennootschappen vanwege deze transactiekosten bepleit. De regel van beperkte aansprakelijkheid houdt in dat de investeerders aansprakelijk

---

Kaldor-Hicks criterium compensatie krijgt, is deze persoon er door de transactie uiteindelijk niet op achteruit gegaan. Indien deze compensatie en de daaraan verbonden kosten in dat geval niet hoger zijn dan het voordeel, is er niet alleen sprake van een Kaldor-Hicks efficiënte handeling, maar ontstaat er ook een Pareto-superieure transactie.

85. Hol, A.M. (1993), *supra* noot 32, blz. 105.
86. Ippel, P.C. en P.P. Rijpkema (2001), *supra* noot 35, blz. 27.
87. Coase, R.H. (1960), *supra* noot 82, blz. 1-69 en vergelijk H. Demsetz (1972), 'When does the rule of liability matter?', 1 Journal of Legal Studies, blz. 13-28 en W.J. Carney (1998), *supra* noot 24, blz. 675.
88. Armour, J. (2000), *supra* noot 27, blz. 355-378.

zijn tot de hoogte van het bedrag dat zij hebben geïnvesteerd.[89] Het aansprakelijkheidsrecht wordt door hen beschouwd als een geheel van allocatieregels die de maatschappelijke kosten selectief verdelen ten einde het maatschappelijke doel van efficiëntie te realiseren.[90] Volgens Easterbrook en Fischel zal de beperkte aansprakelijkheid gewenst zijn omdat dit de transactiekosten reduceert, doordat de noodzaak om te onderhandelen met elke crediteur wordt geëlimineerd.[91] Easterbrook en Fischel concluderen dat beperkte aansprakelijkheid een efficiënte werking van de aandelenmarkten verbetert, waardoor de kosten van kapitaal worden verlaagd en de economische output en publieke welvaart stijgt. Zij geven hiervoor verschillende redenen aan.[92] De beperkte aansprakelijkheid doet allereerst de behoefte aan toezicht op het bestuur door de investeerders afnemen en zal de kosten van de controle van de aandeelhouders onderling verlagen. Bovendien zullen bestuurders door de vrije verhandelbaarheid van de aandelen een prikkel krijgen om efficiënter te gaan werken. Zolang er stemrechten aan de aandelen verbonden zijn, zullen nieuwe investeerders worden aangetrokken die makkelijker grote gedeeltes van de aandelen kunnen kopen. Zij zullen door gebruikmaking van hun stemrecht nieuwe bestuurders kunnen aanstellen. Beperkte aansprakelijkheid zorgt dat de marktprijzen additionele informatie over de waarde van de vennootschap reflecteren waardoor een vrije verhandelbaarheid mogelijk wordt. De beperkte aansprakelijkheid staat daarnaast een efficiëntere diversificatie van een investeringsportfolio toe omdat investeerders niet het risico lopen hun volledige vermogen kwijt te raken.[93] Ten slotte zal beperkte aansprakelijkheid kunnen leiden tot optimale investeringsbeslissingen.[94] De bestuurders kunnen investeren in elk project dat een positieve netto contante waarde heeft, aangezien zij de investeerders door de beperkte aansprakelijkheid niet verder blootstellen aan de gevolgen van een ondergang dan hun investering.

3.6.3 Kritiek op de efficiëntietheorie

Het voornaamste argument tegen de beperking van aansprakelijkheid is dat deze beperking ervoor zorgt dat het risico van falen wordt verschoven van de aandeelhouders naar de schuldeisers, waardoor een potentiële *moral hazard*

89. Easterbrook, F.H. en D.R. Fischel (1985), *supra* noot 21, blz. 89-117.
90. Hol, A.M. (1991), 'Rechten en Doeleinden: Enkele morele aspecten van aansprakelijkheid', in A.M. Hol en M.A. Loth (1991), 'Dilemma's van aansprakelijkheid', Zwolle: Tjeenk Willink, blz. 133.
91. Easterbrook, F.H. en D.R. Fischel (1991), 'The Economic Structure of Corporate Law', Cambridge: Harvard University Press, blz. 48.
92. Easterbrook, F.H. en D.R. Fischel (1985), *supra* noot 21, blz. 89-117 en Easterbrook, F.H. en D.R. Fischel (1991), *supra* noot 91, blz. 41-44.
93. Vgl: Manne, H.G. (1967), *supra* noot 25, blz. 259-284.
94. Easterbrook, F.H. en D.R. Fischel (1991), *supra* noot 91, blz. 43-44.

ontstaat.[95] Een *moral hazard* wordt in de rechtseconomie aangeduid als de neiging om overmatig risicovolle projecten te ondernemen. Het aansprakelijkheidsrecht ziet op het probleem dat het realiseren van de preferenties van de één ten koste kan gaan van de ander, waardoor er externe kosten ontstaan. De aansprakelijkheid zorgt ervoor dat de externe effecten aan de actor kunnen worden toegerekend. Dit vooruitzicht geeft de actor een prikkel om zijn gedrag aan te passen, zodat er een sociaal wenselijke situatie ontstaat met optimale maatschappelijke welvaart. Hij zal de externe effecten meenemen in zijn afweging van de kosten en baten en derhalve de externe kosten internaliseren. Hierdoor wordt als het ware een situatie gecreëerd waarin de veroorzaker van de externe effecten en degene die er last van heeft, één en dezelfde persoon zijn.[96] De actor zou in die situatie zijn verschillende activiteiten zodanig op elkaar afstemmen, dat hij het beste resultaat bereikt.[97] Dit zal ervoor zorgen dat het aantal risicovolle activiteiten op een maatschappelijk optimaal niveau wordt gebracht. Het probleem met beperkte aansprakelijkheid is derhalve dat in sommige gevallen de kosten die door derde partijen worden gedragen, niet worden geïnternaliseerd door degenen, die beslissen over de projecten die de vennootschap zal uitvoeren (en daarvan profijt hebben). Zij zullen namelijk niet de gehele schade dragen die deze projecten met zich kunnen brengen. Als gevolg daarvan zullen zij projecten uitvoeren die suboptimaal risicovol zijn bezien vanuit de maatschappij als geheel.[98] Daarnaast zullen de beslissers inbreuk maken op de rechten en belangen van derden, zonder dat deze schadelijders gecompenseerd worden voor de ontstane schade of gecompenseerd worden voor het risico dat zij hun vordering niet kunnen verhalen. Sommige critici zien deze inbreuk als onwenselijk, ongeacht of dit voor de samenleving optimaal of niet optimaal is. Zij wijzen op deze *moral hazard* als rechtvaardiging voor een aanzienlijke aanpassing van de doctrine van beperkte aansprakelijkheid.[99]

3.6.4 Relativering van de kritiek op de efficiëntietheorie

Easterbrook en Fischel hebben de argumenten van de critici gerelativeerd door te stellen dat de afschaffing van beperkte aansprakelijkheid het *moral hazard* probleem niet elimineert. Het is een algemeen probleem dat zich voordoet als

95. Freedman, J. (2000), *supra* noot 64, blz. 317-354.
96. Coase, R.H. (1960), *supra* noot 82, blz. 1-69.
97. Visscher, L.T. (2006), *supra* noot 51, blz. 20.
98. Macey, J.R. (1995), 'The Limited Liability Company: Lessons from Corporate Law', 73 Washington University Law Quarterly, blz. 433-454.
99. Zie onder andere: Landers, J.M. (1975), 'A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy, 42 University of Chicago Law Review, blz. 589-652 en C.D. Stone (1980), 'The Place of Enterprise Liability in the Control of Corporate Conduct', 90 Yale Law Review, blz. 1-77.

een persoon of een vennootschap onvoldoende vermogen heeft om zijn verwachte aansprakelijkheden te dekken.[100] Ook is het daarnaast niet zeker dat onbeperkte aansprakelijkheid ertoe leidt dat risicovolle activiteiten worden vermeden in de situatie dat aandeelhouders bijvoorbeeld niet voldoende controle kunnen uitoefenen op de bestuurders.[101] Onbeperkte aansprakelijkheid voorkomt opportunistisch gedrag dan ook niet volledig.[102] Alhoewel het probleem van *moral hazard* ernstiger is bij beperkte aansprakelijkheid, zal het onder elke regel voorkomen.[103] De efficiëntietheorie gaat ervan uit dat schuldeisers beter in staat zijn om het risico te dragen dan de vele kleine aandeelhouders, omdat het voor hen minder kostbaar is om de risico's van investeringen te beoordelen.[104] Verder zal het maatschappelijke verlies, dat wordt geleden door de afname van investeringen en een toename van transactiekosten als gevolg van onbeperkte aansprakelijkheid, de externe kosten overstijgen.[105]

3.6.5 Verschillende soorten schuldeisers

Easterbrook en Fischel gaan, zoals in het voorgaande uiteengezet, uit van de veronderstelling dat schuldeisers beter in staat zijn de ondernemingsrisico's te dragen dan de aandeelhouders. Er zijn echter verschillende soorten schuldeisers, die verschillende risico's dragen en op verschillende wijze in relatie staan tot de vennootschap. *'Er zijn schuldeisers en schuldeisers'*.[106] In de literatuur worden *vrijwillige* en *niet-vrijwillige* schuldeisers onderscheiden en *adjusting* and *non-adjusting* schuldeisers.[107] Vrijwillige schuldeisers zijn partijen die (vrijwillig) een contractuele relatie met de vennootschap zijn aangegaan.

---

100. Zie ook: Shavell, S. (2004), 'Minimum asset requirements and compulsory liability insurance as solutions to the judgement-proof problem', Harvard John M. Colin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper No. 456, blz. 2 en 8-9: Wanneer een actor minder vermogen heeft dan de schade, dan is de verwachte (effectieve) aansprakelijkheid minder dan de verwachte schade en zal de actor niet de volledige sociale kosten van zijn activiteiten dragen. Het marginale voordeel van een grotere zorg door de actor is dan kleiner dan het sociale marginale voordeel. Zie ook: Macey, J.R. (1995), *supra* noot 98, blz. 433-454.
101. Carney, W.J. (1998), *supra* noot 24, blz. 659.
102. Mülbert, P.O. (2008), *supra* noot 4, in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 374.
103. Easterbrook, F.H. en D.R. Fischel (1991), *supra* noot 91, blz. 50.
104. Manne, H.G. (1967), *supra* noot 25, blz. 259-284.
105. Posner, R.A. (1976), 'The Rights of Creditors of Affiliated Corporations', 43 University of Chicago Law Review, blz. 499-526.
106. Nieuwenhuis, J.H. (2001), 'Ambitieus aansprakelijkheidsrecht', in: R.J. van den Bergh et al. (2001), *supra* noot 55, blz. 49.
107. De terminologie is afgeleid van L.A. Bebchuk en J.M. Fried (1996), 'The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy', 105 Yale Law Journal, blz. 857-934.

Voorbeelden zijn werknemers, consumenten, leveranciers en kredietverstrekkers.[108] Onvrijwillige schuldeisers zijn partijen die ongewild in relatie tot de vennootschap zijn komen te staan omdat de vennootschap bijvoorbeeld een onrechtmatige daad jegens hen heeft begaan. *Adjusting* schuldeisers zijn schuldeisers die de economische macht hebben om over de voorwaarden van de transactie zodanig te onderhandelen dat zij op adequate wijze worden gecompenseerd voor de ondernemingsrisico's die zij lopen.[109] Zij zijn bereid om kosten te maken voor bijvoorbeeld het verzamelen van informatie over de vennootschap, de onderhandelingen, het opstellen van contracten en het monitoren en handhaven van de afspraken. *Non-adjusting* schuldeisers zijn schuldeisers die de voorwaarden van de relatie met de vennootschap niet kunnen of willen aanpassen aan de mate van risico die zij lopen omdat zij niet in de positie zijn (de vordering is door het recht gefixeerd), of omdat zij zich dit niet kunnen veroorloven.[110] In de literatuur is beargumenteerd dat onder deze groep niet alleen de onvrijwillige schuldeisers vallen, maar dat ook sommige vrijwillige schuldeisers zoals kleine leveranciers, handelscrediteuren, consumenten en werknemers, tot deze groep behoren.[111] Deze schuldeisers zullen veelal vorderingen hebben die te klein zijn om de kosten van aanpassingen of bijvoorbeeld het afdwingen van zekerheden te rechtvaardigen.

Binnen deze onderscheiden groepen van schuldeisers hebben de individuele schuldeisers weer verschillende houdingen, uitgangspunten en interesses.[112] Het zijn heterogene groepen. Vrijwillige schuldeisers verschillen bijvoorbeeld in de mate van risico nemen, de grootte van hun portofolio, hun prioriteiten en terugbetalingschema's, en het moment waarop zij een contractuele relatie met de vennootschap zijn aangegaan.[113] Door de verschillen tussen schuldeisers kan dezelfde aansprakelijkheidsregel een verschillend effect hebben op de welvaart van verschillende groepen schuldeisers.[114]

---

108. Easterbrook, F.H. en D.R. Fischel (1991), *supra* noot 91, blz. 50.
109. Deze schuldeisers worden ook wel aangeduid met *'sophisticated'* schuldeisers. Zie: L. Enriques en J.R. Macey (2001), 'Creditors versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules', 86 Cornell Law Review, blz. 1165-1204.
110. Bebchuk, L.A. en J.M. Fried (1996), *supra* noot 107, blz. 857-934.
111. Armour, J. (2008), *supra* noot 23, in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 9 en L.A. Bebchuk en J.M. Fried (1997), 'The Uneasy Case for Priority of Secured Claims in Bankruptcy: Further Thoughts and a Reply to Critics', Harvard John M. Colin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper no. 224, 11/97, blz. 17-18.
112. Denozza, F. (2008), 'Different Policies for Corporate Creditor Protection', in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 414.
113. Mülbert, P.O. (2008), *supra* noot 4, in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 375-376.
114. Vgl: Denozza, F. (2008), *supra* noot 112, in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 414.

3.6.6 De risico's van schuldeisers

De risico's waarmee vrijwillige schuldeisers worden geconfronteerd, kunnen in drie dimensies geanalyseerd worden: tijd, oorzaak en veroorzaker.[115] De tijdsdimensie van een risico houdt in dat op het moment dat het contract tussen de vennootschap en de crediteur wordt gesloten, de voorwaarden van het contract niet de risico's van de toekomstige (onvoorspelbare) acties van de vennootschap en de kans van oninbaarheid van de claim, op een juiste manier reflecteren. Hierdoor zal de netto contante waarde van de contractuele claim lager zijn dan de nominale waarde. Op het moment dat het contract in werking treedt zal de claim onmiddellijk devalueren. De tweede dimensie geeft inzicht in welke oorzaak ten grondslag ligt aan de devaluatie van een claim. Zo kunnen opportunistisch en ongeoorloofd financieel management leiden tot insolventie, maar ook de effecten van bijvoorbeeld een kredietcrisis kunnen eenzelfde gevolg hebben. Sommige van deze risico's kunnen worden voorkomen of gecontroleerd door de vennootschap, andere liggen buiten haar beheersingsmacht. Handelingen van de vennootschap die kunnen leiden tot een waardedaling van de vorderingen van schuldeisers, zijn onder andere uitkeringen aan aandeelhouders (*dividend payments*), het aangaan van leningen met dezelfde of een hogere prioriteit (*claim dilution*), het investeren in risicovollere projecten dan de projecten op basis waarvan afspraken zijn gemaakt en de rente is vastgesteld (*asset substitution*) en het afwijzen van toekomstige projecten met een positieve netto contante waarde omdat de voordelen aan de schuldeisers ten deel vallen en niet aan de aandeelhouders (*underinvestment*).[116] Een andere oorzaak van de devaluatie van een claim is dat op het moment van het sluiten van de overeenkomst de schuldeiser een gebrek heeft aan informatie over de (financiële) situatie van de vennootschap of misleidende informatie heeft ontvangen waardoor hij de risico's niet goed heeft kunnen inschatten. De onderlinge afspraken zijn dan geen juiste weergave van de potentiële risico's. De derde dimensie ziet op de uiteindelijke veroorzaker van de claims die de schuldeisers in gevaar brengen. Dit kan bijvoorbeeld een bestuurder of een aandeelhouder van de vennootschap zijn. Voor een onvrijwillige schuldeiser zijn de dimensies van de risico's ongeveer gelijk aan die van de vrijwillige schuldeisers, behoudens wanneer zij niet gelegen zijn in een gebrek aan of misleidende informatie.[117] De mogelijkheid tot het innen van hun claim op de

115. Mülbert, P.O. (2008), *supra* noot 4, in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 371.
116. Smith, C.W. en J.B. Warner (1979), 'On Financial Contracting; An Analysis of Bond Covenants', 7 Journal of Economics, blz. 117-161. Vergelijk ook: P.O. Mülbert en M. Birke (2002), 'Legal Capital – Is there a Case against the European Legal Capital Rules?', 3 European Business Organization Law Review, blz. 695-732.
117. Mülbert, P.O. (2008), *supra* noot 4, in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 373.

vennootschap zal ook voor hen moeilijker worden indien de vennootschap uitkeringen doet aan aandeelhouders, zekerheden verschaft, risicovollere projecten aangaat etc.

3.6.7 Efficiëntietheorie en risico's

Inzicht in de risico's en de kans op potentiële realisatie kan ervoor zorgen dat sommige schuldeisers hierop kunnen anticiperen. Easterbrook en Fischel geven daarom aan dat er geen *moral hazard* probleem (en dus geen externe kosten) bestaat voor de *adjusting* schuldeisers. De *adjusting* schuldeisers hebben een andere positie ten opzichte van de vennootschap dan slachtoffers van een onrechtmatige daad van de vennootschap en de partijen die geen onderhandelingsmacht of middelen hebben (*non-adjusting* schuldeisers). De *adjusting* schuldeisers zullen voor het hogere risico dat de vennootschap neemt compensatie vragen in de vorm van hogere salarissen, hogere prijzen of hogere rentes en zekerheden.[118] *Non-adjusting* schuldeisers zijn daartoe niet in staat. De kosten van ondernemingsfalen worden op hen afgewenteld zonder dat zij daarvoor worden gecompenseerd. De benadeling van de *non-adjusting* schuldeisers wordt volgens Easterbrook en Fischel gerechtvaardigd door de per saldo grotere voordelen van de beperking van aansprakelijkheid, waardoor er sprake is van efficiëntie.[119] Overigens zullen bestuurders risico-avers zijn vanwege de dreiging van doorbraak van aansprakelijkheid en hun investeringen in menselijk kapitaal van de vennootschap. De onverhaalbare schade die de *non-adjusting* schuldeisers lopen, is volgens Easterbrook en Fischel ook niet zo groot in omvang, omdat vennootschappen verzekeringen zullen afsluiten.

3.6.8 Efficiëntietheorie en verzekeringen

Verzekeren is een algemeen aanvaard en gebruikt middel om het risico af te wentelen.[120] De verzekering maakt risico's voor individuen en individuele rechtspersonen beheersbaar en stelt hen in staat om bepaalde activiteiten te ontplooien.[121] Aansprakelijkheidsregels en verzekeringen zijn wederzijds van elkaar afhankelijk. De toewijzing van het risico is afhankelijk van de verzekeringsdekking en de laatste hangt af van de aansprakelijkheidsregel aangezien

118. Macey, J.R. (1995), *supra* noot 98, blz. 433-454.
119. Easterbrook, F.H. en D.R. Fischel (1985), *supra* noot 21, blz. 89-117.
120. Kamphuisen, J.G.C. (1987), 'Is het wenselijk wettelijke maatregelen te treffen tot beperking van de aansprakelijkheid van beoefenaren van vrije beroepen?', Preadvies voor de NJV 1987, blz. 76.
121. Hartlief, T. (2004), 'De notariële beroepsaansprakelijkheid en haar verzekering. Spannende tijden voor het notariaat?', WPNR 04/6586, blz. 575-586.

deze regel voor een gedeelte bepaalt welke partijen het risico dragen.[122] Een risico wordt als verzekerbaar beschouwd wanneer verzekeraars een premie kunnen vragen die op adequate wijze het risico weerspiegelt en hen in staat stelt een zekere winst te genereren, opdat een verzekeringsmarkt voor risico ontstaat.[123] Onder de diverse aansprakelijkheidsregimes kan op verschillende wijzen het risico worden verzekerd. Wanneer vennootschappen financiële contractuele verplichtingen aangaan met schuldeisers, zoals een lening, neemt het vermogen van de vennootschap toe. Dit vermogen kan vervolgens gebruikt worden voor de betaling van de vennootschapsverbintenissen. Indien de vennootschap insolvent raakt, zal de schuldeiser de kosten moeten dragen en fungeert daardoor als een soort verzekeraar. Hoe groter het bedrag is van de transactie met de schuldeiser, hoe groter het bedrag van verzekering dus is. De kosten die de aandeelhouders betalen voor deze verzekering worden bijvoorbeeld gereflecteerd in de rente die over de lening wordt betaald.[124] Naast deze verzekering door schuldeisers kunnen vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid ervoor kiezen om een additionele verzekering af te sluiten bij een professionele verzekeraar. De risico's kunnen op de professionele verzekeraars worden afgewenteld tegen het betalen van een premie. Easterbrook en Fischel, voorstanders van de efficiëntietheorie, stellen dat de vennootschap in de eerste plaats een verzekering van de schuldeisers koopt.[125] Deze schuldeisers zijn volgens Easterbrook en Fischel beter in staat om het risico van een transactie te beoordelen dan de professionele verzekeraar en hebben een betere mogelijkheid om de activiteiten van een vennootschap gedurende de looptijd van de overeenkomst te controleren. De *non-adjusting* schuldeisers hebben dit niet en zullen hierdoor risico lopen. Dit risico moet volgens Easterbrook en Fischel gerelativeerd worden omdat de risco-aversie van bestuurders zal leiden tot verzekering van de risico's bij professionele verzekeraars. Bovendien zullen naast deze verzekering ook de beschermingsmechanismen die gepaard gaan met beperkte aansprakelijkheid erin resulteren dat de risico's die naar derde partijen worden verschoven, verminderen en/of dat hierop op adequate wijze reageerd kan worden. De analyse van deze beschermingsmethoden kan inzicht geven in de verschillende wijzen van schuldeisersbescherming, hetgeen van pas kan komen bij de aansprakelijkheidsvraagstukken rondom personenvennootschappen.

---

122. Shavell, S. (1982), 'On liability and insurance', 13 Bell Journal of Economics, blz. 120-132.
123. Hartlief, T. (2004), *supra* noot 121, blz. 575-586.
124. Halpern, P. et al. (1980), 'An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law', 30 University of Toronto Law Journal, blz. 118-150.
125. Easterbrook, F.H. en D.R. Fischel (1991), *supra* noot 91, blz. 48.

3.7 Beschermingsmechanismen bij beperkte aansprakelijkheid

Er bestaan verschillende mechanismen om de belangen van de schuldeisers te beschermen onder een beperkt aansprakelijkheidsregime. Dit kan een mechanisme van dwingend recht zijn dat (strenge) voorwaarden aan de vennootschap stelt om ervoor te zorgen dat er voldoende kapitaal beschikbaar is waarop de schuldeisers zich kunnen verhalen, en dat er voor de schuldeisers voldoende informatie beschikbaar is om de risico's van de vennootschap te kunnen inschatten. Dit kapitaalbeschermingsmechanisme is erop gericht dat de schuldeisers voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst voldoende inzicht hebben in de financiële situatie van de vennootschap en dat voorziet in regels die onrechtmatige handelingen en faillissementen moeten voorkomen, in plaats van regels gericht op compensatie achteraf van de geleden schade. Een ander mechanisme is bescherming door middel van *creditor self help*. Dit houdt in dat de schuldeisers door de inrichting van hun contractuele relatie met de vennootschap, zichzelf kunnen beschermen tegen het risico van onvoldoende verhaal door de beperkte aansprakelijkheid.[126] Zij kunnen hiervoor bijvoorbeeld zakelijke zekerheden zoals het eigendomsvoorbehoud, pandrechten en hypotheekrechten bedingen. Ook kunnen zij door gemaakte prijsafspraken een gedeelte van het risico compenseren. Voor de onvrijwillige schuldeisers of de *non-adjusting* schuldeisers is dit onmogelijk of niet haalbaar. Naast het wettelijke systeem en het *creditor self help*-mechanisme spelen ook doctrines, zoals de doorbraak van aansprakelijkheid en de *wrongful-* of *fraudulent trading rules*, een rol bij de bescherming van schuldeisers. Door deze leerstukken kunnen bestuurders of aandeelhouders naast de vennootschap (persoonlijk) aansprakelijk worden gehouden. Hierdoor kunnen schuldeisers na het moment van benadeling zich alsnog verhalen op het privé-vermogen van de bestuurders of aandeelhouders.

In de volgende paragrafen bespreek de beschermingsmechanismen en hun invloed op het gedrag van de betrokkenen bij de vennootschap en de gevolgen voor de belangen van de diverse schuldeisers. Daarna bespreek ik de leerstukken op grond waarvan aandeelhouders en bestuurders alsnog aansprakelijk kunnen zijn ondanks de beperkte aansprakelijkheid. Daarna kom ik toe aan de vraag welk beschermingsmechanisme de belangen van de schuldeiser het beste kan beschermen, welke analyse tegen de achtergrond van het utilisme en het kantianisme plaatsvindt. Hierna sluit ik de bespreking van het beperkte aansprakelijkheidsregime af en kom ik toe aan de bespreking van de verschillende aansprakelijkheidsregimes in het kader van de kleine besloten vennootschappen.

126. Posner, R.A. (1976), *supra* noot 105, blz. 499-526.

3.8 Kapitaalbescherming door dwingende regelgeving

3.8.1 Twee soorten kapitaalbeschermingsregels

Het kapitaalbeschermingsmechanisme kent twee soorten dwingendrechtelijke bepalingen. Ten eerste bepalingen die gaan over het bijeenbrengen van kapitaal, zoals een verplichting tot het bijeenbrengen van een minimumkapitaal of een verplichting tot storting van (een bepaald percentage van) het nominale bedrag bij het nemen van een aandeel. Daarnaast zijn er bepalingen die bevorderen dat het eigen vermogen van de vennootschap niet tot beneden het verplichte minimum zakt door uitkeringen aan aandeelhouders en daaraan verwante handelingen.[127] Zij zorgen voor de instandhouding van het eigen vermogen, een soort garantievermogen voor de schuldeisers tegen de oninbaarheidsrisico's van de vorderingen op de vennootschap. De regels zouden daarnaast potentiële schadeveroorzakers stimuleren betere beslissingen te nemen bij het al dan niet uitvoeren van bepaalde activiteiten. Indien de veroorzakers door hun risicovol handelen het vereiste minimumkapitaal kunnen kwijtraken zullen zij bij het ondernemen een sterkere prikkel hebben om het risico daarvan te reduceren.[128] De vraag rijst of met de onderscheiden regels deze doelstellingen ook daadwerkelijk worden gerealiseerd.

3.8.2 Minimumkapitaalregels

Een minimumkapitaalvoorschrift zorgt ervoor dat de vennootschap voor of bij haar oprichting beschikt over een startkapitaal waarmee de werkzaamheden kunnen aanvangen.[129] De regels zijn over het algemeen tweeledig. Ten eerste vereisen zij een bepaald bedrag dat moet zijn geïnvesteerd voordat de bedrijfsactiviteiten beginnen. Voor Europese publieke vennootschappen schrijft de Tweede Richtlijn een minimumkapitaal van €25.000 voor. Lidstaten kunnen voor de niet-publieke vennootschappen zelf bepalen of en zo ja, welk minimumkapitaal zij voorschrijven. Ten tweede bevatten de minimumkapitaalregels voorwaarden over de storting op aandelen. Deze kunnen ertoe verplichten dat een bepaald percentage is gestort of ervoor zorgen dat de inbreng op de juiste waarde is geschat.[130]

---

127. Zie voor het bijeenbrengen van kapitaal: Asser-Maeijer, 2-III, nrs. 91-142. Zie voor het bijeenhouden van kapitaal: Asser-Maeijer, 2-III, nrs. 142-166. Zie ook: P. van Schilfgaarde (2009), 'Van de BV en de NV', Deventer: Kluwer, nr. 19.
128. Shavell, S. (2004), *supra* noot 100, blz. 1.
129. Lennarts, M.L. en J.N. Schutte-Veenstra (2004), 'Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht', Instituut voor Ondernemingsrecht Groningen, blz. 9.
130. Zie: Asser-Maeijer, 2-III, nrs. 91-102.

Het minimumkapitaal biedt de crediteuren van de vennootschap echter geen enkele garantie dat de vennootschap in kwestie bij haar start over een toereikend kapitaal beschikt.[131] Een voor oprichting gestort bedrag kan op het moment van de start van de onderneming al verdwenen zijn.[132] Een gestort minimumkapitaal waarborgt derhalve niet de gewenste liquiditeit, solvabiliteit en soliditeit.[133] Het is daarnaast betekenisloos omdat het niet gerelateerd is aan de schulden die de vennootschap zal aangaan of het soort activiteiten die deze vennootschap zal gaan uitvoeren.[134] De waarborgfunctie van het minimumkapitaalvereiste kan op een andere en zelfs effectievere wijze worden verkregen. Ondernemers kunnen om enig verhaalbaar vermogen te waarborgen als signaal naar kredietverstrekkers en crediteuren persoonlijke garanties afgeven. Ook het afsluiten van een verzekering kan een beter middel dan het minimumkapitaalvereiste zijn. Mogelijk opportunistisch gedrag zal de premie van een verzekering verhogen en aandeelhouders zullen dit proberen te voorkomen. Over de voorwaarden ten aanzien van de stortingplicht lopen de meningen nogal uiteen. Bepalingen over de waarde van de inbreng en de verplichting dat deze correspondeert met de stortingsplicht, bijvoorbeeld bij een inbreng in natura, zijn wel van belang maar beschermen eerder de andere aandeelhouders dan de schuldeisers.[135]

3.8.3 Uitkeringsregels

Uitkeringsregels zien op het spanningsveld tussen enerzijds het rendement dat aandeelhouders op hun investering verwachten en anderzijds de rechten van crediteuren op betaling van hun vorderingen en de te verdienen rente op het uitlenen van dit geld.[136] De vennootschap heeft beide partijen nodig. Zonder de investeringen van de aandeelhouders zouden de vennootschappen niet kunnen ontstaan. Zonder het extra krediet en handelsopties zou de vennootschap niet kunnen overleven en groeien. Er dient dus een rechtvaardige en proportionele

131. Vgl: Schutte-Veenstra, J.N. et al. (2005), 'Alternative Systems for Capital Protection', Institute for Company Law, Deventer: Kluwer, blz. 3.
132. Lennarts, M.L en J.N. Schutte-Veenstra (2004), *supra* noot 129, blz. 9.
133. Beckman, H. (2004), 'Minimumkapitaal, aansprakelijkheid en publiciteit: wat moet de crediteur hiermee?' Ondernemingsrecht 2004/1-2, blz. 22-24.
134. Enriques, L. en J.R. Macey (2001), *supra* noot 109, blz. 1165-1204.
135. Lennarts, M.L. (2006a), 'Enige kanttekeningen bij de voorstellen tot wijziging van het kapitaalbeschermingsrecht bij de BV', O&F 2006/72, blz. 32-43 en B. Bier (2007), 'Kapitaalbescherming nieuwe stijl', Tijdschrift voor Ondernemingsrechtpraktijk 2007/6, blz. 252-257.
136. Schön, W. (2008), 'Balance Sheet Tests or Solvency Tests – or Both?', in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 182-183.

balans gevonden te worden.[137] Aandeelhouders hebben echter meer controle en zeggenschap over de vennootschap dan crediteuren. De extra winst die wordt gegenereerd, door het inzetten van verkregen krediet van de schuldeisers, stroomt niet terug naar deze schuldeisers maar komt ten goede aan de aandeelhouders. In geval van insolventie delen de schuldeisers echter wel mee in de verliezen. Risicovolle projecten gefinancierd met vreemd geld kunnen derhalve voor de aandeelhouders gunstig zijn.[138] De vorderingen van aandeelhouders hebben een lagere rang dan die van schuldeisers bij een faillissement. Het doen van uitkeringen aan de aandeelhouders net voordat de vennootschap failliet wordt verklaard, kan een methode zijn om deze prioriteitenregeling te omzeilen. Aandeelhouders hebben derhalve zowel de stimulans als de instrumenten om op een opportunistische wijze te handelen.[139]

Wettelijke uitkeringsregels zijn een manier om schuldeisers tegen dit gedrag te beschermen. De uitkeringsverboden moeten ervoor zorgen dat het bijeengebrachte vermogen niet meteen weer wordt uitgekeerd.[140] Er zijn diverse categorieën van regels voor het bijeenhouden van kapitaal, zoals regels over het doen van (directe of indirecte) uitkeringen aan aandeelhouders en andere winstgerechtigden,[141] regels over inkoop van eigen aandelen en regels over kapitaalvermindering zoals intrekking van aandelen en vermindering van het nominale bedrag van aandelen.[142] Bij uitkering van winst of reserves bestempelt de wet een bepaald gedeelte van het eigen vermogen als niet-uitkeerbaar.[143] Bij de inkoop van aandelen worden bijvoorbeeld eisen gesteld aan de

137. Vgl: Rickford, J. (2008), 'Legal Approaches to Restricting Distributions to Shareholders: Balance Sheet Tests and Solvency Tests', in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 139.
138. Mülbert, P.O. en M. Birke (2002), *supra* noot 116, blz. 695-732.
139. Schön, W. (2008), *supra* noot 136, in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 183.
140. Bier, B. (2006), 'Het verleden, heden en de toekomst van de kapitaalbescherming', Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht', 'De vereenvoudigde BV', Deventer: Kluwer, blz. 203.
141. Naast het uitkeren van dividend kunnen hier ook onder vallen contracten tussen de vennootschap en de aandeelhouders met a-typische (markt)voorwaarden, zoals leningen met een veel te lage of helemaal geen rente, excessieve beloning van aandeelhouderbestuurders en overdracht van ondergewaardeerd onroerend goed van de ene dochtervennootschap naar een andere dochtervennootschap. Zie: L. Enriques en M. Gelter (2006), 'Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection', European Business Organization Law Review, blz. 417-453.
142. Schilfgaarde, P. van (2009), *supra* noot 127, nr. 19.
143. Bier, B. (2007), *supra* noot 135, blz. 252-257. In Nederland kan een vennootschap onder het huidige recht slechts winstuitkeringen doen voorzover het eigen vermogen groter is dan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal vermeerderd met de wettelijke en statutaire reserve. Ook in die situatie kan onder omstandigheden sprake zijn van een onrechtmatige uitkering: HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (Nimox).

maximale koopprijs en een maximaal aantal aandelen die een vennootschap in haar eigen kapitaal mag houden. Bij kapitaalvermindering zullen de schuldeisers in verzet kunnen gaan.

3.8.4 Argumenten voor dwingende uitkeringsregels

Uitkeringen aan aandeelhouders en kapitaalvermindering leiden tot een afname van het beschikbare eigen vermogen waardoor de vennootschap eerder bloot staat aan het risico van insolventie. Door de wettelijke kapitaalbeschermingsregels zou er bij schuldeisers minder behoefte bestaan om te onderhandelen en te contracteren over de individuele bescherming. Daarnaast hoeven de schuldeisers de vennootschap minder in de gaten te houden. Dit bespaart kosten.[144] Ook zouden de uitkeringsregels zorgen voor meer transparantie van de verplichtingen van de vennootschap. Indien de uitkeringen geoorloofd zijn tot een bepaalde grens dan kunnen schuldeisers hiermee in hun contracten/leningen rekening houden.[145] Indien de regels niet bestaan dan zullen de *adjusting* schuldeisers hun voorwaarden baseren op een vermogenspositie van de vennootschap die na het sluiten van de overeenkomst door uitkeringen aan aandeelhouders drastisch kan veranderen. De vorderingen zouden dan onmiddellijk devalueren of de schuldeisers zouden niet bereid zijn om zaken te doen omdat de risico's niet meer zijn in te schatten. Ook kunnen investeringen in winstgevende projecten niet meer worden uitgevoerd als het vermogen wordt uitgekeerd aan de aandeelhouders.

3.8.5 Argumenten tegen dwingende uitkeringsregels

Een algemene uitkeringsregel is niet altijd geschikt voor alle vennootschappen. De geschiktheid van de uitkeringsbeperkingen zal variëren al naar gelang de groeimogelijkheden, de daarmee samenhangende investeringen, en de organisatorische kenmerken van de vennootschap.[146] Het noodzakelijke eigen vermogen is voor elke vennootschap weer anders.[147] Wanneer de wettelijke regels geschikt zijn, creëren ze een voordeel, maar indien niet geschikt, zorgen zij

144. Armour, J. (2008), *supra* noot 23, in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 12 en 14 en M. Mankowski (2006), 'Does Contract Suffice to Protect the Interests of the Creditors of a Company Properly?', in: M. Lutter (ed.) (2006), 'Legal Capital', Berlijn: De Gruyter, blz. 406.
145. Armour, J. (2008), *supra* noot 23, in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 11-12.
146. Armour, J. (2008), *supra* noot 23, in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 14-15.
147. Bier, B. (2006), *supra* noot 140, blz. 247.

voor kosten.[148] Banken zullen verder standaard hun eigen contractuele voorwaarden hebben voor het verschaffen van een lening. De kosten hiervoor zullen ook gemaakt worden wanneer er een regime met wettelijke uitkeringsregels is.[149] Daarnaast wordt er doorgaans een balanstest gebruikt om ongeoorloofde uitkeringen te identificeren. De balanstest vereist dat na uitkering de activa van de vennootschap ten minste gelijk zijn aan het bedrag van haar schulden.[150] Voor de balanstest wordt over het algemeen de laatst vastgestelde jaarrekening als uitgangspunt genomen. In de meeste gevallen is er een vrij lange tijdsperiode tussen de vaststelling van de jaarrekening en het einde van het boekjaar en vervolgens tussen het moment van vaststelling van de jaarrekening en de beslissing tot uitkering. Dit betekent dat op basis van verouderde gegevens wordt besloten om de uitkering te doen.[151] De vraag of uitkering geoorloofd is, zou dan beantwoord worden op grond van een financiële situatie die inmiddels (totaal) gewijzigd kan zijn.[152]

Niet alleen de verouderde gegevens vormen een probleem. Jaarrekeningen zijn niet vormgegeven om te bepalen welk bedrag verantwoord kan worden uitgekeerd. Het is een selectieve momentopname van een aantal financiële indicatoren. Potentiële toekomstige schulden, niet gerelateerd aan een bestaande en opeisbare verplichting jegens een derde, worden in de conventionele accountingbenaderingen bijvoorbeeld niet opgenomen.[153] Daarnaast kan de jaarrekening opgemaakt worden met gebruik van verschillende waarderingsmethoden. De uitkomst van de test kan afhankelijk van de gekozen waarderingsmaatstaven verschillen. De balanstest is derhalve een inefficiënte manier om de geoorloofdheid van uitkeringen te bepalen.[154] De balanstest kan ook tot een overbescherming van schuldeisers leiden. De kapitaalbeschermingsregels zorgen er namelijk voor dat uitkeringen niet plaatsvinden, die gezien de financiële situatie van de vennootschap wel hadden gekund omdat de marktwaarde van de vennootschap, ondanks de uitkeringen, positief zou blijven.[155] In feite is dan

148. Armour, J. (2008), *supra* noot 23, in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 14.
149. Mankowski, M. (2006), *supra* noot 144, in: M. Lutter (ed.) (2006), *supra* noot 144, blz. 406.
150. Lennarts, M.L en J.N. Schutte-Veenstra (2004), *supra* noot 129, blz. 111 en B. Bier (2006), *supra* noot 140, blz. 200 en 246.
151. Bier, B. (2006), *supra* noot 140, blz. 241.
152. Lennarts, M.L en J.N. Schutte-Veenstra (2004), *supra* noot 129, blz. 34 en J. Rickford et al. (2004), 'Reforming Capital: Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance', 15 European Business Law Review, blz. 919-1027.
153. Rickford, J. (2008), *supra* noot 137, in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 166 en W. Schön (2008), *supra* noot 136, in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 188.
154. Enriques, L. en J.R. Macey (2001), *supra* noot 109, blz. 1165-1204.
155. Wagner, G. (2008), 'Distributions to Shareholders and Fraudulent Transfer Law', in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 218.

ook de enige relevante vraag of de vennootschap na uitkering, in welke vorm dan ook, nog in staat is om aan haar schulden te voldoen.[156] Voor de goedkeuring van een uitkering is dan het criterium of met 'voldoende zekerheid' kan worden verwacht dat het uit te keren vermogen niet voor de vennootschap nodig is om aan haar verplichtingen te voldoen.[157] Uit onderzoeken en de literatuur blijkt dat de liquiditeitstest en de solvabiliteitstest geschikter zouden zijn. Bij de liquiditeitstest is het criterium of de vennootschap bij voortzetting van haar activiteiten in staat is tijdig aan haar op korte termijn opeisbare verplichtingen te voldoen.[158] De solvabiliteitstest houdt in dat de vennootschap bij stopzetting van haar activiteiten in de komende periode in staat is aan haar verplichtingen te voldoen.[159]

3.8.6 Gevolgen van ongeoorloofde uitkeringen

Indien de bestuurders zich niet houden aan de voorschriften ten aanzien van de uitkeringen kunnen zij op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk worden gesteld. Deze aansprakelijkheid kan zelfs ook ontstaan indien wel is voldaan aan de wettelijke voorschriften voor uitkeringen maar de verhaalspositie van de schuldeisers door de uitkering desondanks ernstig wordt geschaad. Daarnaast kan het meewerken aan een uitkering die een zo nadelige invloed heeft op de solvabiliteitspositie dat de continuïteit van de vennootschap in gevaar komt, leiden tot aansprakelijkheid op grond van een onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurder.[160] Tot slot kunnen wettelijke maatregelen in het kader van de kapitaalbescherming niet voorkomen dat de meest voorkomende wijze waarop vennootschapsvermogen wegvloeit niet zozeer uitkeringen zijn maar het lijden van verlies.[161]

3.8.7 Openbaarmaking

Een andere vorm van crediteurenbescherming is de verplichting tot openbaarmaking van financiële informatie. Crediteuren kunnen alvorens zaken te doen met de vennootschap het handelsregister raadplegen, kennis nemen van de laatst vastgestelde jaarrekening en aldus zicht krijgen op de financiële positie

156. Bier, B. (2006), *supra* noot 140, blz. 200.
157. Schön, W. (2008), *supra* noot 136, in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 185.
158. Lennarts, M.L en J.N. Schutte-Veenstra (2004), *supra* noot 129, blz. 98 en 110 en B. Bier (2006), *supra* noot 140, blz. 200 en 244.
159. Lennarts, M.L en J.N. Schutte-Veenstra (2004), *supra* noot 129, blz. 98 en 110.
160. In Nederland volgt dit uit het arrest Reinders (HR 6 februari 2004, *JOR* 2004, 67). Een dergelijke vordering zal op grond van artikel 2:138/248 BW worden ingesteld. Zie ook: paragraaf 3.11.9.
161. Lennarts, M.L en J.N. Schutte-Veenstra (2004), *supra* noot 129, blz. 75.

van de vennootschap.[162] In de Nederlandse wetgeving is als doelstelling van de jaarrekening opgenomen dat deze volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaarbaar worden beschouwd een zodanig inzicht moet geven dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd over het vermogen en het resultaat en voor zover de aard van de jaarrekening dat toelaat over de solvabiliteit en liquiditeit van de vennootschap.[163] De vraag is echter in hoeverre openbaarmaking effectief bescherming biedt.[164] Kritiekpunt is vaak dat de informatie gedateerd is, zodat toekomstige crediteuren geen goed zicht krijgen op de actuele financiële positie van de vennootschap.[165] Hooguit kan gesteld worden dat de bescherming van potentiële schuldeisers hierin zit dat zij zelf kunnen overwegen welke betekenis zij aan de (verouderde) cijfers toekennen.[166] Bestaande schuldeisers kunnen de cijfers meenemen in hun beslissing over nieuwe verbintenissen met de vennootschap. Crediteuren die met de vennootschap al zaken hebben gedaan, ontlenen geen bescherming aan de openbaarmakingsplicht.[167] De openbaarmaking verandert niets aan de eventuele oninbaarheid of de insolventie. Het nut van de openbaarmaking van een jaarverslag is met andere woorden minimaal en zorgt voor onnodige kosten, zeker voor de kleinere vennootschappen.[168]

3.9 Conclusie dwingendrechtelijke kapitaalbeschermings-regels

De meest aangehaalde rechtvaardiging voor het voldoen aan kapitaalbeschermingsregels is dat het de prijs is die voor beperkte aansprakelijkheid betaald moet worden.[169] Een garantievermogen, dat zou dienen tot verhaal door crediteuren, zou *ex post* opportunistisch gedrag van aandeelhouders minder

162. Lennarts, M.L en J.N. Schutte-Veenstra (2004), *supra* noot 129, blz. 8 en 13.
163. Artikel 2:362 BW.
164. Beckman, H. (2004), *supra* noot 133, blz. 22-24.
165. Lennarts, M.L en J.N. Schutte-Veenstra (2004), *supra* noot 129, blz. 13 en 114 en Commission of the European Communities (2009), 'Commission Staff Working Document Accompanying Document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council amending Council Directive 78/660/EEC on the annual accounts of certain types of companies as regards micro-entities; Impact Assessment d.d. 26 februari 2009, COM (2009) 206, blz. 17.
166. Beckman, H. (2004), *supra* noot 133, blz. 22-24.
167. Lennarts, M.L en J.N. Schutte-Veenstra (2004), *supra* noot 129, blz. 9 en 114.
168. Commission of the European Communities (2009), *supra* noot 165, blz. 14 en 20 en Ramboll Management, July 2007, Study on administrative costs of EU Company Law Acquis, blz. 20-35: http://ec.europa/internal_market/company/docs/simplification/final_report_company_law_administrative_costs_en.pdf.
169. Enriques, L. en J.R. Macey (2001), *supra* noot 109, blz. 1165-1204 en G. Hertig en H. Kanda (2006), 'Creditor Protection', in R.R. Kraakman et al. (2006), 'The Anatomy of Corporate Law; A Comparative and Functional Approach', Oxford: Oxford University Press, blz. 72.

aantrekkelijk maken en daarmee externaliteiten helpen te voorkomen.[170] Schuldeisers worden niet blootgesteld aan de onzekerheden van een juridische procedure en de daarbij behorende hoge kosten. De kapitaalbeschermingsregels zouden meer stabiel zijn.[171] De regels worden daarnaast gewenst geacht omdat zij aan zowel de *adjusting* schuldeisers als de *non-adjusting* schuldeisers, op voorhand een bescherming geven die anders door onderhandeling moet worden verkregen. Omdat de regels als 'standaardmodel' voor contractuele afspraken dienen, worden de transactiekosten verlaagd. Sancties op verzuim van kapitaalbescherming strekken ertoe bij onvermogen van de vennootschap de verhaalsmogelijkheden voor schulden die in haar naam zijn aangegaan, uit te breiden tot het vermogen van hen die daarvoor verantwoordelijk zijn.

De wettelijke regels fungeren echter als dwingende standaardvoorwaarden die leiden tot een *one-size-fits-all*-benadering die in concrete gevallen te overregulerend is.[172] Deze regels houden geen rekening met de specifieke financiële en industriële karakteristieken van de individuele vennootschap en de verschillen tussen schuldeisers.[173] Kapitaalbeschermingsregels werken vaak belemmerend in de situatie dat schuldeisers geen gevaar lopen, en hebben juist geen beschermende werking wanneer schuldeisers bescherming behoeven.[174] Daarnaast kunnen de regels ertoe leiden dat voordelige zakelijke transacties worden bemoeilijkt of worden geblokkeerd.[175] Hierdoor kunnen zij resulteren in significante kosten.[176] Minimumkapitaal, alsook de beperkingen van de uitkeringen die onafhankelijk staan van het vennootschapskapitaal, bieden *non-adjusting* maar ook *adjusting* schuldeisers niet voldoende bescherming.[177] Het minimumkapitaal is een willekeurig bedrag, niet afgestemd op de financiële behoeften van vennootschappen en kan makkelijk uit de vennootschap verdwijnen. Uitkeringsbeperkingen beschermen schuldeisers tegen uitkeringen aan aandeelhouders, maar beschermen schuldeisers niet tegen verliezen die zijn geleden in de normale gang van zaken.[178] Openbaarmakingsverplichtingen lijken afgezet tegen de kosten, niet de juiste methode om bescherming te

170. Mankowski, M. (2006), *supra* noot 144, in: M. Lutter (ed.) (2006), *supra* noot 144, blz. 407.
171. Ferran, E. (2005), *supra* noot 31, blz. 16.
172. Armour, J. (2008), *supra* noot 23, in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 6.
173. Enriques, L. en J.R. Macey (2001), *supra* noot 109, blz. 1165-1204.
174. Schilfgaarde, P. van (2009), *supra* noot 127, nr. 19.
175. Mülbert, P.O. en M. Birke (2002), *supra* noot 116, blz. 695-732 en L. Enriques en M. Gelter (2006), *supra* noot 141, blz. 417-453.
176. Vgl: Hertig, G. en H. Kanda (2006), *supra* noot 169, in R.R. Kraakman et al. (2006), *supra* noot 169, blz. 72-73.
177. Mülbert, P.O. en M. Birke (2002), *supra* noot 116, blz. 695-732 en E. Ferran (2005), *supra* noot 31, blz. 14.
178. Schön, W. (2004), 'The Future of Legal Capital', 5 European Business Organization Law Review, blz. 429-448.

bieden, voornamelijk in het geval van kleine vennootschappen. De vraag rijst of de bescherming van de schuldeisers overgelaten moet worden aan de individuele bescherming van de schuldeisers door middel van de voorwaarden in de overeenkomst, het *creditor self help*-mechanisme dan wel dat er een combinatie gevonden dient te worden van dit mechanisme en wettelijke kapitaalbeschermingsregels die op een andere manier worden vormgegeven dan de huidige regels. Eerst zal ik de voor- en nadelen van het *creditor self help*-mechanisme bespreken en daarna kijk ik of een dergelijke combinatie gewenst is.

3.10 Bescherming door *creditor self help*

In de Verenigde Staten, en in steeds grotere mate in het Verenigd Koninkrijk[179] is het belangrijkste instrument ter bescherming van schuldeisers het contract. Dit vormt de basis van de *creditor self help. Creditor self help* kan een aantal vormen aannemen. Dit zijn onder andere het verzamelen van informatie over de contractspartij, het opnemen van financiële convenanten in de overeenkomst (*financial covenants*), het verkrijgen van zekerheden van de vennootschap en/of garanties van de bestuurders of aandeelhouders, het kopen van een (*third-party*) kredietverzekering door de schuldeiser, het diversificeren van het klantenbestand en het aangaan van kortlopende verplichtingen.[180]

3.10.1 Informatie en convenanten

De eerste vorm van *creditor self help* dient ertoe de schuldeiser voldoende informatie te verschaffen om de contractuele relatie zodanig vorm te geven dat afspraken worden gemaakt op basis van de werkelijke (financiële) situatie van de vennootschap. Hierdoor kunnen onder andere de bedrijfsrisico's worden beperkt of compensatie van risico's worden bedongen. Een voorbeeld van een dergelijke contractuele afspraak is een convenant.[181] Convenanten zorgen ervoor dat het

179. Bij de herziening van het vennootschapsrecht stelde de *Company Law Steering Group* het volgende: *'We therefore conclude that freedom of contract and exchange in the broadest sense, supported by transparency requirements, should be the approach whenever possible'*. Zie: Company Law Review Steering Group (1999), 'Modern Company Law for a Competitive Economy: The Strategic Framework, a Consultation Document from the Company Law Review Steering Group', London: DTI, par. 2.22, blz. 15.
180. Vgl: Mülbert, P.O. (2008), *supra* noot 4, in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 379.
181. Jensen, M. en W. Meckling (1976), 'Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Capital Structure', 3 Journal of Financial Economics, blz. 305-360, S. Myers (1977), 'Determinants of Corporate Borrowing', 5 Journal of Financial Economics, blz. 147-175 en C.W. Smith en J.B. Warner (1979), *supra* noot 116, blz. 117-161.

risico van *ex post* opportunistisch handelen verkleind of geëlimineerd wordt. Convenanten kunnen negatief of affirmatief/positief zijn.[182] Affirmatieve convenanten zijn afspraken die wel kosten met zich brengen maar die het management materieel gezien niet in de weg staan bij het besturen van de vennootschap. De belofte om periodiek een informatierapport te verstrekken of de belofte om een bepaald minimum werkkapitaal te behouden, zijn voorbeelden van affirmatieve convenanten.[183] Afspraken die een schuldeiser beschermen tegen claimdevaluatie, kapitaalvermindering, onderkapitalisering en activa-substitutie (zie paragraaf 3.6.6) zijn negatieve convenanten omdat zij de bestuurders van de vennootschap beperken in hun mogelijkheden van bedrijfsvoering.[184] Bijvoorbeeld een beperking van het recht om dividenden uit te keren.[185] Ook het verbod of de beperking om verdere leningen aan te gaan waarvoor zekerheden worden gegeven met dezelfde of een hogere rang dan de bestaande zekerheden, of om sale/lease-backconstructies te gebruiken, zijn negatieve convenanten (*negative pledge covenants*).[186] Een andere vorm is het verbod of de beperking om leningen aan te gaan waardoor een bepaalde ratio eigen vermogen, vreemd vermogen doorbroken wordt (*negative debt covenants*).[187] Ook het verbod of de beperking om bepaalde belangrijke activa te vervreemden, bepaalde investeringen te doen of een fusie aan te gaan met een vennootschap die voornamelijk gefinancierd is met geleend geld, vallen in de categorie negatieve convenanten. Partijen kunnen ook overeenkomen dat indien de vennootschap deze handelingen uitvoert, de schuldeiser door een wijziging in de hoogte van de rente gecompenseerd wordt voor de devaluatie van zijn vordering.[188] Historisch bezien zijn de continentale Europese kredietverschaffingspraktijken minder afhankelijk van financiële convenanten, maar recente analyses laten waarschijnlijk door marktintegratie en globalisatie een trend van toenemend gebruik zien.[189]

---

182. Bratton, W.W. (2008), 'Bond Covenants and Creditor Protection: Economics and Law, Theory and Practice, Substance and Process', in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 47-48.
183. Mülbert, P.O. en M. Birke (2002), *supra* noot 116, blz. 695-732.
184. Bratton, W.W. (2008), *supra* noot 182, in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 48.
185. Smith, C.W. en J.B. Warner (1979), *supra* noot 116, blz. 117-161.
186. Bratton, W.W. (2008), *supra* noot 182, in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 51.
187. Bier, B. (2006), *supra* noot 140, blz. 204 en Bratton, W.W. (2008), *supra* noot 182, in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 49.
188. Dit wijzigingsmechanisme wordt over het algemeen echter gezien als onpraktisch omdat het van tevoren specificeren van een adequaat schema van renteveranderingen zeer lastig is gezien de ontelbare parameters die zich voor zouden moeten doen op het moment dat de extra zekerheid wordt verschaft. Zie: L.A. Bebchuk en J.M. Fried (1997), *supra* noot 111, blz. 21-22.
189. Ferran, E. (2005), *supra* noot 31, blz. 7.

3.10.2 Zekerheden en garanties

De derde vorm van bescherming is het verkrijgen van zekerheden en/of garanties van de bestuurders of aandeelhouders. Indien een schuldeiser een zekerheidsrecht heeft bedongen, geeft dit hem *ex ante* de zekerheid van een verhaalsvoorrang op de activa van de vennootschap. In de situatie dat de vennootschap in staat van insolventie komt, worden vorderingen van de schuldeisers met een zekerheidsrecht door de prioriteitenwerking als eerste voldaan. In de Verenigde Staten is ongeveer 70% van de leningen gedekt door zekerheden.[190] Garanties verleend door bestuurders of aandeelhouders zorgen ervoor dat de schuldeiser als het ware een 'persoonlijke' aansprakelijkheidsclaim heeft op het privé-vermogen van de bestuurders of aandeelhouders. Persoonlijke garanties zijn vooral gericht op het verminderen van het (potentieel) risicovolle gedrag van de garantieverleners. Daarnaast vergroten de garanties het aansprakelijke vermogen in het geval van kleine vennootschappen met een minder sterke financiële positie.[191]

3.10.3 Verzekering en diversificatie

Een (*third party*) kredietverzekering is een andere vorm van *creditor self help*. Het is een verzekering tegen de oninbaarheid van de vordering op een vennootschap. Deze verzekeringen vormen een belangrijk beschermingsmiddel in de toevoer- en waardeketen. Leveranciers vertrouwen op deze verzekering voor de periode tussen de levering van goederen en het moment van betaling door de ontvanger van de goederen. Indien de ontvanger niet meer aan zijn betalingsverplichtingen kan voldoen, wordt een beroep gedaan op deze verzekering. Verder kan een schuldeiser de risico's spreiden door diversificatie op het klantenbestand toe te passen, en niet afhankelijk te worden van één of enkele klanten.

3.10.4 Argumenten voor het creditor self help-*mechanisme*

In tegenstelling tot de wettelijke kapitaalbeschermingsregels die een rigide universeel toepasbaar model verschaffen, zijn de contractuele voorwaarden niet homogeen en kunnen van geval tot geval verschillen als resultaat van contextspecifieke overwegingen.[192] Convenanten kunnen op grond van de kenmerken van de vennootschap en de andere contractuele voorwaarden op

190. Berger, A.N. en G.F. Udell (1995), 'Relationship Lending and Lines of Credit in Small Firm Finance', 68 Journal of Business, blz. 351-381.
191. Mann, R.J. (1997), 'The Role of Secured Credit in Small-Business Lending', 86 Georgetown Law Journal, blz. 1-44.
192. Ferran, E. (2005), *supra* noot 31, blz. 8.

een adequate manier aangepast worden aan de risico's. Kenmerken van de vennootschap zijn onder andere grootte en leeftijd, interne bestuursstructuur, eigendomsstructuur, de industriële sector en (potentiële) bedrijfsactiviteiten en klanten. De convenanten zijn daarnaast doorgaans gebaseerd op meer *up-to-date* informatie dan de balanstesten, die op historische gegevens gebaseerd zijn. Zij helpen de huidige situatie van de vennootschap beter te analyseren en te evalueren.[193] Bovendien zijn zij ook op andere financiële ratio's gebaseerd dan de wettelijke regels voor de uitkeringen.[194]

3.10.5 Creditor self help *en* non-adjusting *schuldeisers*

Het *creditor self help*-mechanisme geeft ook bescherming aan de 'zwakke' *non-adjusting* schuldeisers. Zij kunnen meeliften op de onderhandelingsinspanningen van de *adjusting* schuldeisers.[195] Deze schuldeisers zullen, door de convenanten, voorwaarden stellen voor een bepaald garantievermogen en zullen vervolgens toezicht houden op de vennootschap om te zorgen dat de vennootschap zich aan de afspraken houdt. Deze afspraken en controle kunnen ook in het voordeel van de *non-adjusting* schuldeisers werken.[196] In zowel het systeem met kapitaalbeschermingsregels, als in het systeem dat uitgaat van het *creditor self help*-mechanisme, zullen door de *adjusting* schuldeisers zekerheden worden bedongen. Voor de *non-adjusting* schuldeisers is er dus op dat punt geen verschil tussen de systemen. Verder kunnen de handelscrediteuren zichzelf beschermen door het inschakelen van bedrijven die kredietmanagement instrumenten aanbieden om het risico van een vennootschap te analyseren. Zij verschaffen onder andere informatie over het betaalgedrag en over de financiële ratio's zoals de liquiditeit en de solvabiliteit van de vennootschap. Indien uit deze cijfers blijkt dat er te weinig waarborgen zijn kunnen de *non-adjusting* schuldeisers ook besluiten om geen zaken te doen met de vennootschap.

3.10.6 Argumenten tegen het creditor self help-*mechanisme*

De bezwaren tegen het *creditor self help*-mechanisme zijn voornamelijk gericht op de benadeling van de belangen van de *non-adjusting* schuldeisers. De verschuiving van een systeem van dwingendrechtelijke verplichtingen naar een systeem van zelfbescherming zou wel betere kansen voor *adjusting* schuldeisers verschaffen, die goed in staat zijn om zichzelf te beschermen en de negatieve consequenties van een faillissement te compenseren. *Non-adjusting*

193. Mankowski, M. (2006), *supra* noot 144, in: M. Lutter (ed.) (2006), *supra* noot 144, blz. 395.
194. Ferran, E. (2005), *supra* noot 31, blz. 7.
195. Enriques, L. en J.R. Macey (2001), *supra* noot 109, blz. 1165-1204 en W.J. Carney (1998), *supra* noot 24, blz. 659.
196. Bebchuk, L.A. en J.M. Fried (1997), *supra* noot 111, blz. 29.

schuldeisers zijn degenen die de rekening betalen. Onvrijwillige schuldeisers nemen bijvoorbeeld geen kennis van de financiële situatie van onbekende (vennootschappelijke) actoren die een potentiële onrechtmatige daad jegens hen kunnen begaan en passen hun gedrag daar ook niet op aan. Andere *non-adjusting* schuldeisers hebben geen middelen of macht om compensatie af te dwingen. Daarnaast zouden professionele kredietverstrekkers alleen hun eigen belang nastreven en zekerheden afdwingen die in het nadeel zijn van de verhaalsposities van de *non-adjusting* schuldeiser.[197]

Aan convenanten kunnen schaduwzijden zitten, waardoor de flexibiliteit minder voordelen biedt dan sommige stellen. Convenanten zijn dan wel *tailor-made*, de situatie kan gedurende de looptijd van de overeenkomst wijzigingen. Ook bestaat het risico dat de voorwaarden niet goed de werkelijke situatie reflecteren door asymmetrische informatie en beperkingen in hetgeen in contractuele bepalingen kan worden opgenomen.[198] Als er sprake is van asymmetrische informatie en de vennootschap beter geïnformeerd is over een potentieel investeringsproject dan de schuldeiser, zullen de partijen mogelijk niet in staat zijn een efficiënte overeenkomst te sluiten, ongeacht hoe een eventueel heronderhandelingsproces voor het openbreken van het contract is gestructureerd.[199] Contracten kunnen incompleet zijn omdat de transactiekosten om expliciet te contracteren voor een bepaalde onvoorziene gebeurtenis groter zijn dan de voordelen. Deze kosten omvatten kosten van juridisch advies, onderhandelingskosten, kosten van het opstellen van contracten, kosten van het onderzoek naar de invloeden en effecten van een potentiële gebeurtenis en de kosten van partijen of de rechterlijke instanties om na te gaan of een bepaalde omstandigheid zich heeft voorgedaan.[200] De werking van convenanten zelf kan ook met kosten gepaard gaan omdat zij de flexibiliteit van de vennootschap beperken en bepaalde investerings- en financieringsmogelijkheden belemmeren.[201] Daarnaast kan het schenden van een convenant een andere uitwerking hebben dan het schenden van een wettelijke kapitaalbeschermingsregel. Wanneer er bijvoorbeeld een ongeoorloofde uitkering aan aandeelhouders is gedaan, zou dit in de situatie waarin de uitkering uit hoofde van een convenant niet is toegestaan kunnen leiden tot ontbinding van de overeenkomst en daarmee een volledige terugvordering van het uitgeleende bedrag door de schuldeiser. Dit zal

197. Mankowski, M. (2006), *supra* noot 144, in: M. Lutter (ed.) (2006), *supra* noot 144, blz. 401.
198. Hertig, G. en J.A. McCahery (2006), 'A Legal Options Approach to EC Company Law', Berkeley Program in Law & Economics, Working Paper Series Paper No. 180, blz. 13.
199. Schmidt, K.M. (2008), 'The Economics of Covenants as a Means of Efficient Creditor Protection', in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 90.
200. Ayres, I. en R. Gertner (1989), 'Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules', 99 Yale Law Journal, blz. 87-130.
201. Ferran, E. (2005), *supra* noot 31, blz. 5.

een negatief effect hebben op de financiële positie van de vennootschap.[202] Bij een wettelijk verbod zal de uitkering teruggevorderd dienen te worden door de vennootschap. Dit heeft een positief effect op de financiële situatie van de vennootschap.[203] Contracteren kan daarnaast erg kostbaar zijn. Niet alleen het opstellen van de contracten is kostbaar, dat geldt ook voor het handhaven en het daarvoor benodigde toezicht. Indien het gaat om het verstrekken van een substantiële lening zijn de contracten vaak veelomvattend. Deze contracten zouden alleen werkbaar zijn indien zij zijn ontstaan in een relationele context, onderhevig aan continue heronderhandeling tussen een klein aantal partijen opererend onder reputatiebeperkingen.[204]

3.10.7 Relativering argumenten tegen het creditor self help-*mechanisme*

De argumenten tegen het *creditor self help*-mechanisme roepen de wedervraag op of de *non-adjusting* schuldeisers beter beschermd worden door de wettelijke kapitaalbeschermingsregels. Zij zullen niet beter af zijn.[205] Ook bij een dergelijk systeem krijgen zij met partijen te maken, die onvoldoende vermogen hebben om een eventuele schadeclaim te voldoen. Dit probleem is dus niet specifiek gerelateerd aan vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, maar is een algemeen probleem van de crediteur/debiteur relatie.[206] De kapitaalbeschermingsregels hebben niet tot gevolg dat het 'garantievermogen' zich ook daadwerkelijk in de vennootschap bevindt en tegenover een groot eigen vermogen kunnen ook grote verliezen staan. De wettelijke kapitaalbeschermingsregels verminderen de kans op insolventie derhalve niet substantieel. De vennootschap zal in een regime met wettelijke regels wel de hogere kosten die de kapitaalbeschermingsregels veroorzaken, doorberekenen aan de partijen met minder onderhandelingsmacht, de zwakkere schuldeisers.[207] Bestuurders en aandeelhouders zullen verder in hun (potentieel) opportunistisch gedrag beperkt worden wegens reputatieredenen. Als een vennootschap systematisch schade aan schuldeisers zou toebrengen, dan zullen deze schuldeisers op den duur weigeren om meer krediet te verschaffen tegen competitieve prijzen. De voordelen van opportunistisch gedrag zullen vaak niet opwegen tegen toekomstige hogere kosten van krediet.[208] Dit geldt zowel voor grote publieke

202. Mülbert, P.O. (2008), *supra* noot 4, in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 381.
203. Mülbert, P.O. en M. Birke (2002), *supra* noot 116, blz. 695-732.
204. Bratton, W.W. (2008), *supra* noot 182, in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 42.
205. Vgl: Ferran, E. (2005), *supra* noot 31, blz. 14.
206. Mülbert, P.O. en M. Birke (2002), *supra* noot 116, blz. 695-732.
207. Enriques, L. en J.R. Macey (2001), *supra* noot 109, blz. 1165-1204.
208. Enriques, L. en J.R. Macey (2001), *supra* noot 109, blz. 1165-1204.

vennootschappen als voor de kleine besloten vennootschappen.[209] De bescherming die de *non-adjusting* schuldeisers door de uitkeringsverboden zouden verkrijgen, zouden zij ook door het meelift-effect kunnen verkrijgen. Verder zou bij het *creditor self help*-mechanisme gebruikt gemaakt kunnen worden van andere alternatieve beschermingsmaatregelen zoals een voorrangsbehandeling van *non-adjusting* schuldeisers in het geval van faillissement (een soort 'superprioriteit')[210] of een verplichte verzekering. In het Verenigd Koninkrijk bestaat er bijvoorbeeld een verplichting tot verzekering die dekking biedt voor het grootste gedeelte van de vorderingen uit onrechtmatige daad die zijn ontstaan in onder andere een arbeidssituatie.[211] Werknemers worden daarnaast beschermd door het arbeidsrecht en hebben een preferente positie in de situatie van faillissement.[212] Er is dan ook gesteld dat de afwezigheid van kapitaalbeschermingsregels voor Engelse besloten vennootschappen geen bedreiging voor de crediteurenbescherming vormt. Schuldeisers kunnen bovendien in de meeste gevallen bescherming krijgen op grond van persoonlijke aansprakelijkheden die ontwikkeld zijn in de jurisprudentie, dit zijn de zogenoemde standaarden.

3.10.8 Conclusie creditor self help

Het *creditor self help*-mechanisme wordt toegepast in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk. *Creditor self help* is onderdeel van het mechanisme dat uitgaat van de schuldeiserbescherming door contractuele vrijheid. *Adjusting* schuldeisers staan verschillende beschermingsmethoden ter beschikking, zoals het bedingen van zekerheden of persoonlijke garanties, het opnemen van convenanten in de overeenkomst of het diversificeren van de klantenportefeuille, zodat zij via afspraken voldoende gecompenseerd worden voor het extra risico dat zij lopen door de beperking van aansprakelijkheid. Het belangrijkste voordeel van het contractsmodel is dat de voorwaarden aangepast kunnen worden aan de actuele karakteristieken en financiële situatie van de vennootschap. Dit betekent dat de voorwaarden *up-to-date* en er minder onnodige kosten zijn. Daarnaast zullen vennootschappen door reputatieredenen en een langetermijnvisie ook zonder de verplichtingen van dwingende regels ervoor zorgen dat zij schuldeisers niet zullen benadelen. *Non-adjusting* schuldeisers kunnen verder meeliften op de inspanningen van de *adjusting* schuldeisers en

---

209. Enriques, L. en J.R. Macey (2001), *supra* noot 109, blz. 1165-1204.
210. Leebron, D.W. (1991), *supra* noot 66, blz. 1565-1650 en M.E. Painter (1984), 'Tort Creditor Priority in the Secured Credit System: Asbestos Times, the Worst of Times', 36 Stanford Law Review, blz. 1045-1085.
211. Employers' Liability (Compulsory Insurance) Act 1969, Road Traffic Act 1988; Third Parties (Rights against Insurers) Act 1930.
212. Payne, J. (2008a), 'Legal Capital and Creditor Protection in UK Private Companies', 5 European Company Law, blz. 220-228.

daar waar het uit de hand dreigt te lopen, treedt de rechter corrigerend op via de bestuurdersaansprakelijkheid en de doorbraakaansprakelijkheid.[213] Argumenten tegen het c*reditor self help*-mechanisme zijn voornamelijk gericht op de niet-toereikende bescherming van deze *non-adjusting* schuldeisers. De aansprakelijkheidsvorderingen uit onrechtmatige daad kunnen overigens ook opgevangen worden via een aansprakelijkheidsverzekering.

3.11 Bescherming door standaarden

Het *creditor self help*-mechanisme wordt bij kapitaalvennootschappen over het algemeen gecombineerd met standaarden die verschillende (zorg)plichten op de vertegenwoordigers en de betrokkenen bij de vennootschap leggen. Zowel in de Verenigde Staten als in Engeland wordt gebruik gemaakt van deze standaarden. Maar ook in Nederland, dat uitgaat van een wettelijk systeem van kapitaalbeschermingsregels, dienen deze zorgplichten ter aanvulling op de bescherming van betrokkenen bij de vennootschap. Plichtdragers zijn onder andere bestuurders van de vennootschap, controlerende aandeelhouders en schuldeisers die worden 'voorgetrokken' ten nadele van de andere schuldeisers. Standaarden als doorbraak van aansprakelijkheid, *fraudulent transfer rules, wrongful-* en *fraudulent trading rules*, en de actio pauliana zijn instrumenten om de benadeling van schuldeisers tegen te gaan. De verschillende rechtsstelsels geven op een eigen wijze invulling aan deze persoonlijke aansprakelijkheden en bescherming van schuldeisers. Daardoor bestaan er verschillen in criteria waaraan voldaan moet zijn om een persoonlijke aansprakelijkheid aan te nemen, in de mogelijkheden tot uitsluiting of beperking van de persoonlijke aansprakelijkheid door de vennootschap en zijn er verschillen in de partijen die de plichtdragers aansprakelijk kunnen stellen (extern of intern). Ook vallen de verschillende zorgplichten niet in elk land onder dezelfde standaard. Zo valt de plicht om geen frauduleuze betalingen, uitkeringen of verkopen te verrichten in de Verenigde Staten in een eigen categorie (*fraudulent transfer rules*), terwijl een soortgelijke plicht in Nederland tot het leerstuk van de doorbraak van aansprakelijkheid behoort. Bij de bespreking in de volgende paragrafen van de verschillende zorgplichten houd ik per land de indeling aan zoals in dat betreffende land gebruikelijk is. Ik bespreek de ontwikkeling en invulling van deze standaarden, zoals zij bij kapitaalvennootschappen gelden. Deze analyse komt uiteindelijk van pas bij de bespreking van de schuldeisersbescherming rondom de Amerikaanse en de Britse LLP. De invulling van de schuldeisersbescherming in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk kan aangrijpingspunten geven voor de vormgeving van de bescherming bij een

213. Groot, H. de (1998), *supra* noot 65, in: N.F. van Manen en R.H. Stutterheim (1998), *supra* noot 19, blz. 64.

eventuele Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid. De wijze waarop de verschillende standaarden zich in Nederland al hebben ontwikkeld voor kapitaalvennootschappen, is daarbij van groot belang aangezien hierbij aansluiting zou moeten worden gevonden. De samenloop van de diverse aansprakelijkheidsvorderingen blijft buiten beschouwing.

3.11.1 Doorbraak van aansprakelijkheid in de Verenigde Staten

In de Verenigde Staten kan onder bepaalde omstandigheden een doorbraak-aansprakelijkheid ontstaan.[214] De doorbraak van aansprakelijkheid is een terzijdestelling van de regel dat de vennootschap met uitsluiting van anderen aansprakelijk is voor haar eigen schulden.[215] In de Verenigde Staten wordt de doorbraakaansprakelijkheid aangeduid als *piercing the corporate veil*.[216] De doorbraak van aansprakelijkheid is een van de meest voorkomende onderwerpen in vennootschapsrechtelijke juridische procedures.[217] De meeste doorbraakzaken hebben zich afgespeeld in het kader van besloten vennootschappen met in het algemeen een klein aantal aandeelhouders, dat naast het aandeelhouderschap actief deelneemt aan het besturen van de vennootschap.[218] Besturen betekent per definitie het nemen van risico's en kan daardoor leiden tot het maken van fouten. Maar dit resulteert niet vanzelfsprekend in doorbraakaansprakelijkheid. Hiervoor is een bepaalde graad van disfunctioneren nodig.[219] Bestuurders zullen daarom niet snel overgaan tot het nemen van te overmoedige risico's. Het gedrag van een bestuurder wordt gecorrigeerd door de dreiging van rechterlijke uitspraken.[220]

In de meeste gevallen dient er sprake te zijn van fraude die gerelateerd is aan het gebruik van een vennootschapsvorm met beperkte aansprakelijkheid. Ook de omstandigheid dat het achterwege laten van een doorbraak van aansprakelijkheid

---

214. Alting, C. (1995), 'Piercing the Corporate Veil in American and German Law – Liability of Individuals and Entities – A Comparative View', 2 Tulsa Journal of Comparative and International Law, blz. 187-251.
215. Solinge, G. van (2003), 'Relativering van rechtspersoonlijkheid', in: C.J.M. Klaassen et al. (2003), 'Aansprakelijkheid in Beroep, Bedrijf of Ambt', Deventer: Kluwer, blz. 382.
216. Deze term is voor het eerst gebruikt door M. Wormser (1912), 'Piercing the Veil of Corporate Entity', 12 Columbia Law Review, blz. 496-519.
217. Thompson, R.B. (2003), 'Agency Law and Asset Partitioning', 71 University of Cincinnati Law Review, blz. 1321-1343 en Thompson, R.B. (1991), 'Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study', 76 Cornell Law Review, blz. 1036-1074.
218. Easterbrook, F.H. en D.R. Fischel (1985), *supra* noot 21, blz. 89-117 en R.B. Thompson (1997), *supra* noot 3, blz. 1-29: de meeste proceszaken hebben zich afgespeeld in het kader van besloten vennootschappen met minder dan 10 aandeelhouders.
219. Groot, H. de (1998), *supra* noot 65, in: N.F. van Manen en R.H. Stutterheim (1998), *supra* noot 19, blz. 56.
220. Macey, J.R. (1995), *supra* noot 98, blz. 433-454.

tot een onrechtvaardige situatie leidt, wordt gezien als aanleiding voor de toepassing van de doctrine. Dit komt vooral terug in doorbraakzaken in het kader van schade die onvrijwillige schuldeisers hebben geleden. Ook in concernsituaties is de doorbraak van aansprakelijkheid relatief vaak aangenomen. In dat geval oefent de moedermaatschappij bijvoorbeeld een bepalende invloed uit op het beleid of handelen van de dochtervennootschap, waardoor de schade kan worden toegerekend aan de moeder. In aanvulling op deze situaties hebben factoren zoals het niet in acht nemen van formaliteiten en onderkapitalisatie ook geleid tot de aansprakelijkheid van aandeelhouders. In de Verenigde Staten zijn met andere woorden de criteria waarop de rechter doorbraak van aansprakelijkheid toewijst zeer divers en niet helder omlijnd, waardoor niet met zekerheid te zeggen is welke specifieke omstandigheden zorgen voor een doorbraakaansprakelijkheid. De onzekerheid over de uitkomst van de rechtszaak leidt volgens sommigen tot onnodig hoge kosten omdat partijen ervan af zien sociaal gewenste activiteiten uit te voeren of excessieve (en kostbare) voorzorgsmaatregelen nemen.[221]

3.11.2 Fraudulent transfers *in de Verenigde Staten*

Schuldeisers kunnen in de Verenigde Staten ook beschermd worden door het *fraudulent transfer law*. De functie van dit recht is de bescherming van de rangvolgorde van de verhaalsrechten tegen omzeiling daarvan door transacties die plaatsvinden op de vooravond van het faillissement.[222] Een ongeoorloofde doorbreking van het beginsel van *paritas creditorum* maakt het handelen dan onrechtmatig.[223] Aandeelhouders ontvangen na faillissement door de prioriteitenregeling bij de voldoening van de vorderingen vaak niets meer terug. De situatie dat zij met lege handen komen te staan, kunnen zij omzeilen door net voor het faillissement nog vermogen uit de vennootschap te trekken. Ook kunnen de aandeelhouders aansturen op selectieve betaling aan vennootschappen die tot de groep behoren. In dit kader is ook de actio pauliana van

221. Smith, D.G. (2008), 'A Federalism-Based Rationale for Limited Liability', George Mason University Law and Economics Research Paper Series No. 08-15, blz. 12 en 13 en M.J. Kroeze (2005), 'Bange Bestuurders: Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Erasmus Universiteit Rotterdam op 28 oktober 2005', Kluwer: Deventer blz. 16-17.
222. Wagner, G. (2008), *supra* noot 155, in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 218.
223. Steffens, D. (2007), 'Onrechtmatige daadvordering en aansprakelijkheid van bestuurders. De samenloop van de onrechtmatige daadvordering met bijzondere wettelijke aansprakelijkheidsgronden en de actio Pauliana', Tilburg: Celsus juridische uitgeverij, blz. 44.

belang.[224] De regel van *fraudulent transfers* wordt doorgaans zodanig geïnterpreteerd dat ook dividenden en inkoop van eigen aandelen eronder vallen.[225] Het verschil van de wettelijke kapitaalbeschermingsregels voor de uitkeringen aan aandeelhouders, met een *fraudulent transfer rule* is dat de uitkeringsverboden zich richten op de afname van het eigen vermogen ongeacht of dit leidt tot insolventie of heeft plaatsgevonden toen de vennootschap al insolvent was.[226] De *fraudulent transfer rule* zich richt op de vraag of de uitkering een zodanig effect heeft op het vermogen dat de vennootschap niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen of dat schuldeisers benadeeld worden doordat de vennootschap ten tijde van de handeling al insolvent was.[227]

In de Verenigde Staten heeft elke staat aparte wetgeving die frauduleuze overdrachten verbiedt. Deze regelingen zijn doorgaans gebaseerd op de *Uniform Fraudulent Transfer Act* (‘**UFTA**’)[228] of de *Uniform Fraudulent Conveyance Act* (‘**UFCA**’) die vergelijkbaar is met de UFTA. De regelingen verbieden over het algemeen (1) transacties beneden de werkelijke of redelijke waarde, (2) transacties of uitkeringen die ervoor zorgen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen kan voldoen op het moment dat deze opeisbaar zijn en (3) transacties die plaatsvinden op het moment dat de vennootschap insolvent is. Een benadeelde schuldeiser kan direct een vermeende frauduleuze transactie of uitkering aanvechten. Als de vennootschap failliet is verklaard, komt dit recht toe aan de curator. Ook in de (federale) faillissementswet zijn bepaling opgenomen over *fraudulent transfers*.[229] Hier vallen echter alleen transacties of uitkeringen onder die in tegenstelling tot de vier jaar onder de UFTA, plaats hebben gevonden twee jaar voor de faillietverklaring.[230]

3.11.3 Doorbraak van aansprakelijkheid in het Verenigd Koninkrijk

Er is in het Verenigd Koninkrijk een onderscheid tussen de wettelijke doorbraakaansprakelijkheid en de rechterlijke doorbraakaansprakelijkheid. Onder de wettelijke doorbraak vallen onder andere de artikelen 213 (*fraudulent trading*)

---

224. Met dit instrument kan de ongerechtvaardigde bevoordeling van de interne schuldeisers worden teruggedraaid. De actio pauliana is een vernietigingsgrond die ervoor zorgt dat de goederenrechtelijke handelingen waarvan de vernietigde rechtshandeling de titel vormde met terugwerkende kracht hun effect verliezen.
225. Enriques, L. en M. Gelter (2006), *supra* noot 141, blz. 417-453.
226. Zie voor de wettelijke kapitaalbeschermingsbepaling voor uitkeringen: Model Business Corporation Act section 6.40(c).
227. Vgl: Wagner, G. (2008), *supra* noot 155, in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 223.
228. Section 4(a) en 5 UFTA.
229. Section 547 en 548 Bankruptcy Code.
230. Section 548 (a)(1) en (b) Bankruptcy Code.

en 214 (*wrongful trading*) uit de *Insolvency Act 1968*. *Wrongful-* en *fraudulent trading rules* gaan over de aansprakelijkheid van bestuurders voor het voortzetten van verliesgevende activiteiten ten koste van schuldeisers terwijl zij wisten of behoorden te weten dat de vennootschap insolvent was, of insolvent zou worden. Ook artikel 15 uit de *Company Directors Disqualification Act 1986* kan voor een wettelijke doorbraak zorgen. Over het algemeen wordt er in het Verenigd Koninkrijk door rechters doorbraakaansprakelijkheid aangenomen als er sprake is van fraude.[231] Ook in groepssituaties kan doorbraak van aansprakelijkheid voorkomen, voornamelijk wanneer de dochtermaatschappij volledig in handen is van de moeder.[232]

3.11.4 Fraudulent trading *in het Verenigd Koninkrijk*

In het Verenigd Koninkrijk werden *fraudulent trading rules* geïntroduceerd in 1929. De civiele aansprakelijkheid op grond van *fraudulent trading* is opgenomen in de insolventiewetgeving.[233] Onder de huidige bepalingen kan een rechter beslissen dat personen die een vennootschap hebben voortgezet met de intentie om schuldeisers te benadelen aansprakelijk zijn, en moeten betalen aan de vennootschap. Het betreffende artikel luidt: *'(1) If in the course of the winding up of a company it appears that any business of the company has been carried on with intent to defraud creditors of the company or creditors of any other person, or for any fraudulent purpose, the following has effect. (2) The court, on the application of the liquidator may declare that any persons who were knowingly parties to the carrying on of the business in the manner abovementioned are to be liable to make such contributions (if any) to the company's assets as the court thinks proper'*. Probleem met deze bepaling is dat de schuldeiser dient te bewijzen dat er sprake was van een intentie om te benadelen. In de zaak *Re Patrick & Lyon Ltd*[234] oordeelde de rechter dat er, om te kunnen spreken van een 'intentie om te benadelen', sprake moest zijn van een *'actual dishonesty, involving, according to current notions of fair trading among commercial men, real moral blame'*. Dit is lastig te bewijzen. Alhoewel

231. *Gilford Motor Co ltd v. Horne* [1933] Ch 935 (Court of Appeal), *Re Buggle Press Ltd* [1960] 3 All ER 791, *Wallsteiner v. Moir* [1974] 1 WLR 991 (Court of Appeal), *Ord & Anor v Belhaven Pubs* [1998] BCC 607 (Court of Appeal).
232. Zaken waarin groepsaansprakelijkheid centraal stond: *Smith, Stone and Knight Ltd v Birmingham Corporation* [1939] 4 all ER 116, *Firestone Tyre & Rubber Co Ltd v Levellin* [1957], *Harold Holdsworth & Co (Wakefield) Ltd v Caddies* [1955] 1 WLR 352, *DHN Foods Ltd v London Borough of Tower Hamlets* [1976] 3 All ER 462 (Court of Appeal), *Woolfson v Strathclyde regional Council* [1979] SC (HL) 90, (House of Lords), *Adams v Cape Industries plc* [1991] 1 All ER 929 (Court of Appeal) en *Nicholas v Soundcraft Electronics Ltd* [1993] BCLC 360.
233. Section 213 Insolvency Act 1986.
234. [1933] Ch 786.

de bepaling niet vaak door de curator wordt ingezet, is zij geen 'dode' letter en wordt zij nog steeds gebruikt in zaken waarin de intentie kan worden aangetoond.[235] Daarnaast kan *fraudulent trading* leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid en gevangenisstraf. Deze bepaling is opgenomen in de *Companies Act 2006*.[236] In het Verenigd Koninkrijk bestaan de regels van *fraudulent trading* en *wrongful trading* naast elkaar.

3.11.5 Wrongful trading *in het Verenigd Koninkrijk*

Bij aansprakelijkheid uit hoofde van *wrongful trading* gaat het er niet zozeer om dat de bestuurders het verwijt treft dat zij het faillissement hebben veroorzaakt, maar veeleer dat zij een verliesgevende onderneming te lang hebben voortgezet.[237] Ook de *wrongful trading rule* is opgenomen in de insolventiewetgeving: section 214.[238] Het verschil tussen *wrongful trading* en *fraudulent trading* is dat de eerste gaat over nalatig of onachtzaam (*negligent)* gedrag, terwijl de tweede gericht is op frauduleus gedrag. Bij *wrongful trading* gaat daarom niet zozeer om de intentie van benadeling, waardoor het bewijs van *dishonesty* niet nodig is. Het gaat eerder om de gevallen waarin de bestuurder (of beleidsbepaler) zich zou hebben moeten realiseren dat de vennootschap haar schulden niet meer kon voldoen en passende maatregelen hadden moeten treffen of waarin de bestuurder wel wist dat de vennootschap haar schulden niet meer kon voldoen maar de zaak alsnog probeerde te redden op een moment dat dit al te laat was. Bij de *fraudulent trading* gaat het om een bewuste benadeling op het moment dat de bestuurder wist dat de vennootschap haar schulden niet kon voldoen. Bij de *wrongful trading rule* is er in tegenstelling tot de *fraudulent trading rule* geen strafrechtelijke aansprakelijkheid. In de zaak *Re Produce Marketing Consortium Ltd. (no. 2)* [1989] 5 BCC 569 werden twee materiële verschillen met de *fraudulent trading rule* benoemd: *(1) 'First the requirement for an intent to defraud and fraudulent purpose was retained as essential, and with it goes what Maugham J called 'the need for actual dishonesty involving real moral blame'. (2) The second enlargement is that the test to be applied by the court has become one under which the director in question is to be judged by the standards of what can reasonably be expected of a person fulfilling his functions, and showing reasonable diligence in doing so'*. Een rechtsvordering uit hoofde van *wrongful trading* staat exclusief aan de curator ter beschikking.

---

235. Zie onder andere de zaak: *Re Todd Ltd* [1990] BCLC 454.
236. Section 993 Companies Act 2006 (Offence of fraudulent trading). Een vergelijkbare bepaling was voorheen opgenomen in Section 458 Companies Act 1985.
237. Lennarts, M.L en J.N. Schutte-Veenstra (2004), *supra* noot 129, blz. 88.
238. Juridische procedures die te maken hadden met *wrongful trading* zijn onder andere *Re Produce Marketing Consortium Ltd* (no. 2) [1989] 5 BCC 569, *Re Sherborne Ltd* [1995] BCC 40, *Re Hydrodan Ltd* [1994] 2 BCLC 180 en *Re PFTZM Ltd* [1995] BCC 280.

3.11.6 Doorbraak van aansprakelijkheid in Nederland

In Nederland is het mogelijk dat bestuurders aansprakelijk zijn op grond van een doorbraak van aansprakelijkheid. De rechtvaardiging van deze aansprakelijkheid ligt in het feit dat de bestuurder de schade had kunnen voorkomen en zich niet kan verschuilen achter zijn hoedanigheid van bestuurder.[239] Ook bij aandeelhouders kan sprake zijn van een doorbraak aansprakelijkheid. In Nederland geldt als heersende leer dat eigenlijke doorbraak van aansprakelijkheid slechts mogelijk is op grond van een wettelijke regel, welke een bijzondere uitwerking is van de regel voor de onrechtmatige daad.[240] Oneigenlijke doorbraak van aansprakelijkheid is gebaseerd op een rechtstreekse toepassing van artikel 6:162 BW. De schuldeiser krijgt dan naast zijn vordering op de vennootschap een extra vordering op de bestuurder/aandeelhouder.[241] Grondslagen voor een onrechtmatige-daadvordering zijn onder andere ongeoorloofde vermogensonttrekkingen en het lichtvaardig aangaan van verplichtingen of het toelaten of bewerkstelligen dat de vennootschap haar verplichtingen niet nakomt. Binnen deze categorieën vallen bijvoorbeeld het wekken van de schijn van kredietwaardigheid,[242] ongeoorloofde dividend uitkeringen,[243] selectieve betaling[244] en betalingsonwil.[245] Beslissend is of de bestuurder een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt dat hij jegens de schuldeiser de norm van artikel 6:162 BW heeft geschonden.

Ook hier geldt dat de aansprakelijkheid niet te snel aangenomen dient te worden aangezien een te strenge toepassing de bestuurders zou kunnen belemmeren in

---

239. Vgl: Boschma, H. (2004), 'De persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder wegens het voortzetten van verliesgevende activiteiten van de vennootschap', in: E. Gepken-Jager en H. Schutte-Veenstra (red.) (2004), 'LT: Verzamelde 'Groninger' opstellen aangeboden aan Vino Timmerman', Deventer: Kluwer, blz. 3 en vergelijk: HR 25 november 1927, *NJ* 1928, 364 waarin de Hoge Raad oordeelde dat indien iemand in de hoedanigheid van bestuurder een onrechtmatige daad begaat, dit niet in de weg staat van de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder.
240. Solinge, G. van (2003), *supra* noot 215, in: C.J.M. Klaassen et al. (2003), *supra* noot 215, blz. 382 en 383.
241. Een verschil met de aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 2:138/248 BW is dat bij de aansprakelijkstelling op grond van onrechtmatige daad de bestuurder een persoonlijk verwijt moet kunnen worden gemaakt. Zijn deelname in het bestuur zorgt niet voor een hoofdelijk aansprakelijkheid indien een andere bestuurder een onrechtmatige daad heeft begaan in de uitvoering van zijn werkzaamheden voor de vennootschap.
242. HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514 (Erba I), HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 487 (Albada Jelgersma II) en HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443 (Osby-Pannan/LVM).
243. HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (Nimox/Van den End q.q.) en HR 6 februari 2004, *JOR* 2004, 67 (Reinders Didam Beheer/Gunning q.q.).
244. HR 30 mei 1997, *NJ* 1997, 663 (HCT Engineering) en HR 12 juni 1998, *NJ* 1998, 727 (Coral/Stalt).
245. HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 411 (Van der Vliet).

het uitvoeren van hun taak.[246] Door het bestuur gemaakte zakelijke beleidsafwegingen zijn gebaseerd op onzekere toekomstige ontwikkelingen en vloeien voort uit opportuniteitsoordelen die ter discretie staan van het bestuur.[247] Een achteraf foutieve inschatting die valt binnen het risico van een normaal ondernemingsbeleid behoort niet voor rekening van de bestuurder te komen.[248] Te strenge aansprakelijkheid kan een *chilling*-effect hebben. Dit houdt in dat bestuurders de vennootschap eerder failliet zouden laten gaan dan nodig uit vrees voor aansprakelijkheidstelling of omdat zij de situatie niet hebben gered of erger hebben gemaakt.[249] Daarnaast kan het ertoe leiden dat bestuurders voor de verhoogde kans van aansprakelijkheid gecompenseerd willen worden door middel van hoge beloningen en dat de vennootschap dure verzekeringspremies voor bestuurdersaansprakelijkheid dient te dragen.

In het hiernavolgende bespreek ik eerst de situaties die lijken op de *wrongful trading* situatie, waarna ik aandacht besteed aan de tweede categorie, de ongeoorloofde vermogensonttrekkingen. Hierbij kan een onderscheid gemaakt worden tussen de aansprakelijkheid van bestuurders en die van aandeelhouders.

---

246. Kroeze, M.J. (2005), *supra* noot 221, Kluwer: Deventer en B.F. Assink (2007), 'Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag', Deventer: Kluwer, blz. 28-30.
247. Assink, B.F. (2005), 'Enige beschouwingen over Duitse ontwerpwetgeving, de Amerikaanse 'business judgement rule' en ontwikkelingen in het Nederlandse vennootschapsrecht', Ondernemingsrecht 2005/10, blz. 372-378.
248. HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 270 (Henkel/JMG) en vergelijk: S.N. de Valk (2009), 'Aansprakelijkheid van leidinggevenden naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuurrechtelijke maatstaven', Deventer: Kluwer, blz. 91. In de Verenigde Staten komt dit terug in de *Business Judgement Rule*. In Duitsland heeft het *Bundesgerichtshof* een bepaalde discretionaire beslissingsruimte voor bestuurders vrij van aansprakelijkheid aangenomen (BGHZ 135, 244, 253 – ARAG -). Kroeze pleit ook voor invoering van een variant op deze regel in het Nederlandse ondernemingsrecht: M.J. Kroeze (2005), *supra* noot 221, Kluwer: Deventer, blz. 18.
249. In Engeland zijn in het kader van de herziening van het vennootschapsrecht voor de implementatie van de *Companies Act 2006* de verplichtingen van de bestuurders jegens de schuldeisers besproken. Eén van de suggesties was dat bestuurders, op het moment dat de vennootschap op het punt staat failliet te gaan, een verhoogde zorgplicht zouden moeten hebben. Hier is vanwege dit *chilling*-effect vanaf gezien. Zie: Department of Trade and Industry (2002), 'White Paper, Modernising Company Law', London: The Stationary Office, par. 3.8-3.14 en J. Payne (2008a), *supra* noot 212, blz. 220-228. De zorgplicht van bestuurders richting schuldeisers is in het Engelse recht opgenomen in het faillissementsrecht, en niet in het vennootschapsrecht: House of Commons Trade and Industry Committee (2003), 'The White Paper on Modernising Company Law: Sixth Report of Session 2002-03', London: The Stationary Office, blz. 10.

3.11.7 Aansprakelijkheid van bestuurders en wrongful trading

3.11.7.1 De Beklamel-situatie

In Nederland is het uitgangspunt dat wanneer de rechtspersoon een overeenkomst aangaat en vervolgens zijn contractuele verplichting niet nakomt, dit de bestuurder in beginsel niet wordt toegerekend. Net als bij de *wrongful trading rule* verandert dit indien de bestuurder namens de vennootschap een overeenkomst aangaat, terwijl hij wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap deze niet, of niet binnen een redelijke termijn, zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de crediteur ten gevolge van die wanprestatie zou lijden. Dit is de Beklamel-norm en bevat een liquiditeitscriterium.[250] De zorgplicht van de bestuurder houdt in dat hij vanaf het moment van (objectieve) wetenschap van benadeling, ook wel de peildatum genoemd, passende maatregelen had moeten nemen om de nieuwe schuldeisers te beschermen. De objectieve wetenschap van benadeling betreft de wetenschap ten tijde van het aangaan van de verplichtingen[251] en bestaat uit twee elementen: (1) de wetenschap dat de vennootschap niet zal kunnen betalen en dus feitelijk insolvent is (wetenschap van illiquiditeit) en (2) de wetenschap dat de vennootschap geen verhaal biedt voor het geval dat niet betaald wordt (wetenschap van insolvabiliteit). Aan beide eisen moet voldaan zijn.[252] Het tweede criterium is van belang omdat zolang de schuldeisers na verzilvering van de activa van de vennootschap betaald kunnen worden, de belangen van derden nog niet op het spel staan.[253] De bestuurder wordt geacht op de hoogte te zijn van de financiële toestand van de vennootschap, zodat hij kan beoordelen of de vennootschap in staat is om nieuwe verplichtingen na te

250. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286. Een vennootschap is feitelijk insolvent als zij haar opeisbare schulden niet of niet binnen een redelijke termijn uit haar aanwezige liquide middelen kan voldoen. Zie ook: HR 10 juni 1994, *NJ* 1994, 766 (Romme/Bakker); HR 20 november 1998, *NJ* 1999, 684; HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 148 (Veenbrink/Baarsma); HR 5 november 1999, *RdvW* 1999, 167 (Cunera); HR 18 oktober 2002, *JOR* 2003, 22 (Uniekaas/Voerman); HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 563 (Kuipers/Wentink). Zie voor de bespreking hiervan: H. Boschma (2004), *supra* noot 239, in: E. Gepken-Jager en H. Schutte-Veenstra (red.) (2004), *supra* noot 239.
251. HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 148 (Veenbrink/Baarsma).
252. Zie: Steffens, D. (2007), *supra* noot 223, blz. 36-37. De Groot heeft aangeven dat voor aansprakelijkheid van belang is dat de bestuurder 'op zijn klompen heeft kunnen aanvoelen' dat de rechtspersoon nooit zijn verplichting jegens die specifieke schuldeiser zou hebben kunnen nakomen. Er zou geen sprake zijn van een onrechtmatige daad als er over het al dan niet kunnen nakomen gerede twijfel mogelijk was (H. de Groot (1998), *supra* noot 65, in: N.F. van Manen en R.H. Stutterheim (1998), *supra* noot 19, blz. 61).
253. Lennarts, M.L. (2008), 'Titel 8 van het Voorontwerp Insolventiewet: bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement', Ondernemingsrecht 2008/13, blz. 460-467 en L.J. Eeghen (2006), 'Het schemergebied voor faillissement', Den Haag: Boom Juridische uitgevers, blz. 13.

komen. Als de bestuurder niet op de hoogte is dan zou hij moeten afzien van het aangaan van nieuwe verplichtingen met belangrijke financiële consequenties.[254] Indien aan de eisen van objectieve wetenschap van benadeling is voldaan en de bestuurder gaat toch door met het aangaan van verplichtingen kan er sprake zijn van een voldoende ernstig verwijt dat vereist is voor onrechtmatig handelen. De bestuurder kan als laatste redmiddel nog omstandigheden aanvoeren die zijn handelwijze rechtvaardigen of verontschuldigen.[255] Een dergelijke omstandigheid is bijvoorbeeld de situatie dat de bestuurder de schuldeiser op de hoogte heeft gebracht van de financiële situatie van de vennootschap, bij reorganisatie of financiële herstructurering.

3.11.7.2 De Oosterhof-situatie

Naast deze Beklamel-situatie is er nog een andere situatie die overeenkomsten vertoont met de *wrongful trading rule* en waarin een bestuurder ook persoonlijk aansprakelijk kan zijn op grond van onrechtmatig handelen jegens een wederpartij (arrest Oosterhof). De bestuurder die heeft bewerkstelligd of heeft toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt en daardoor aan de wederpartij van de vennootschap schade berokkent, kan ook aansprakelijk zijn uit hoofde van onrechtmatige daad.[256] Ook in dit geval zou de bestuurder maatregelen hebben moeten treffen. Het zal van de concrete omstandigheden van het geval afhangen of het aan de bestuurder te maken verwijt voldoende ernstig is om hem aansprakelijk te houden. Het verschil met de Beklamel-situatie is dat de Beklamel-situatie geldt bij wetenschap op het moment van het (te lichtvaardig) aangaan van de overeenkomst en het bij de Oosterhof-situatie gaat om de wetenschap van benadeling, die ontstaat nadat de overeenkomst al is aangegaan. Het gaat er dan om dat de bestuurder wetenschap heeft, vanaf een moment nadat de overeenkomst al is gesloten, dat de vennootschap niet of niet binnen een behoorlijke termijn aan de betalingsverplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, en vervolgens de niet-nakoming heeft toegelaten of bewerkstelligd. Ook in het arrest Ontvanger/Roelofsen besliste de Hoge Raad dat in ieder geval van een ernstig verwijt sprake zal kunnen zijn, als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelswijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.[257] Het handelen zou dan in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig zijn dat hem daarvan een

254. HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 148 (Veenbrink/Baarsma).
255. HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295 (NHB/Oosterhof).
256. HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295 (NHB/Oosterhof).
257. HR 8 december 2006, *JOR* 2007, 38 (Ontvanger/Roelofsen).

persoonlijk en ernstig verwijt kan worden gemaakt. De Hoge Raad stelde in dit arrest dat er zich ook andere omstandigheden kunnen voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen, maar specificeerde deze niet. Door de Beklamel-situatie en de Oosterhof-situatie is de *wrongful trading rule* in Nederland vervat in de doctrine van de oneigenlijke doorbraak van aansprakelijkheid.

3.11.8 Aansprakelijkheid van aandeelhouders en wrongful trading

Ook aandeelhouders kunnen in Nederland op ongeveer gelijke gronden persoonlijke aansprakelijk worden gehouden. Schijn van kredietwaardigheid was aan de orde in het arrest Albada Jelgersma II.[258] Albada Jelgersma was als aandeelhouder aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad omdat zij na overname van Wijnalda Kuntz BV, bij de leveranciers van Wijnalda Kuntz de verwachting had gewekt dat Albada Jelgersma de financiële situatie van Wijnalda Kuntz zou verbeteren. Op grond van deze verwachting gingen de leveranciers weer in zee met Wijnalda Kuntz. Op Albada Jelgersma rustte de zorgplicht om maatregelen te nemen toen zij voorzag dat deze leveranciers benadeeld zouden kunnen worden door gebrek aan verhaal. Albada Jelgersma had nagelaten erop toe te zien dat Wijnalda Kuntz geen goederen meer zou afnemen van deze leveranciers en zorgde evenmin zelf voor de betaling van de voortgezette leveranties. Hierdoor handelde zij onrechtmatig. Eenzelfde soort situatie deed zich voor in het arrest Benzol/Securicor.[259] In het Sobi/Hurks II arrest oordeelde de rechter dat indien een moedermaatschappij nalaat zich de belangen van nieuwe schuldeisers aan te trekken, onder omstandigheden sprake kan zijn van een onrechtmatige daad van haar jegens derden. Dit zal met name zo zijn, indien de moeder houdster is van alle aandelen in de dochter en daardoor een grote mate van inzicht heeft in, en zeggenschap heeft over, de financiële gang van zaken en het beleid van de dochter, en de moeder op het moment dat zij wist of behoorde te weten dat nieuwe schuldeisers van de dochter zouden worden benadeeld bij gebrek aan verhaal, nalaat zorg te dragen dat die schuldeisers worden voldaan.[260]

3.11.9 Aansprakelijkheid van bestuurders en vermogensonttrekkingen

Naast de aansprakelijkheid in *wrongful trading* situaties kunnen bestuurders ook aansprakelijkheid riskeren indien bepaalde handelingen gekenmerkt kunnen worden als een vermogensonttrekking. Dit kan het geval zijn bij dividenduitkeringen, maar bijvoorbeeld ook bij selectieve betalingen aan bepaalde

258. HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 487 (Albada Jelgersma II).
259. HR 18 november 1994, *NJ* 1995, 170 (Benzol/Securicor).
260. HR 21 december 2001, *JOR* 2002, 38 (Sobi/Hurks II).

schuldeisers, waardoor de andere schuldeisers worden benadeeld of wanneer activa tegen een lagere waarde dan de werkelijke waarde worden verkocht. In het Van Essen q.q./Aalbrecht en Looman-arrest (ook wel het HCT Engineering-arrest genoemd) werden bestuurders van HCT Engineering BV aansprakelijk gesteld uit hoofde van onrechtmatige daad omdat zij net voor het faillissement van de vennootschap een selectieve betaling hadden verricht door een schuld aan een groepsmaatschappij te voldoen.[261] Hierdoor werden de andere schuldeisers die niet tot de groep behoorden benadeeld. In het arrest de Bont/Bannenberg q.q. oordeelde de Hoge Raad over de benadeling van schuldeisers.[262] De Bont, bestuurder en enig-aandeelhouder van Installogic BV, stelde zich borg voor een krediet van Installogic. Deze vennootschap bevond zich in zwaar weer en de Bont besloot om het nog overgebleven vermogen te gebruiken om het krediet af te lossen, en niet de andere schuldeisers. Hierdoor zou hij verlost worden van de borg. Een dergelijke aflossing zou gezien kunnen worden als een selectieve betaling. In het arrest Reinders werkte een bestuurder mee aan een uitkering die naar de regels van het vennootschapsrecht (toepassing van de balanstest) geoorloofd was, maar die wel een aanzienlijke beperking in de liquiditeitspositie van de vennootschap opleverde en de solvabiliteit sterk verminderde. De vennootschap ging na de uitkering failliet. De bestuurder was, ondanks dat de uitkering conform de wettelijke balanstest was verricht, aansprakelijk wegens het meewerken aan een onverantwoorde dividenduitkering die aanleiding was voor het einde van de vennootschap. De bestuurder werd in dit arrest echter niet uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk geacht, maar op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur uit hoofde van artikel 2:248 BW.[263]

3.11.10 Aansprakelijkheid van aandeelhouders en vermogensonttrekkingen

Ook aandeelhouders kunnen aansprakelijk zijn indien zij een rol spelen bij ongeoorloofde vermogensonttrekkingen. In het Nimox-arrest stond de benadeling in verhaalsmogelijkheden door uitkeringen centraal.[264] Nimox werd verweten dat zij als enig aandeelhouder van Auditrade onrechtmatig handelde omdat zij besloot tot een dividenduitkering ondanks de slechte financiële vooruitzichten van Auditrade. Deze dividenduitkering werd omgezet in een lening van Nimox aan Auditrade. De vordering op Auditrade verkocht Nimox vervolgens door aan een derde die over zekerheden van de vennootschap beschikte. Nimox werd door de omzetting van de dividenduitkering in een

261. HR 30 mei 1997, *NJ* 1997, 663 (HCT Engineering).
262. HR 16 september 2005, *NJ* 2006, 311 (De Bont/Bannenberg q.q.).
263. HR 6 februari 2004, *JOR* 2004, 67 (Reinders Didam Beheer/Gunning q.q.).
264. HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (Nimox/Van den End q.q.).

lening een concurrente schuldeiser in plaats van een achtergestelde aandeelhouder. Door de uitkering en omzetting van het uitkeringsbedrag in een lening, verslechterde de balanspositie van Auditrade, werd het totale bedrag aan concurrente vorderingen verhoogd en werden de verhaalsmogelijkheden van de andere schuldeisers verminderd. Vervolgens ging Auditrade failliet. Bij het besluit tot dividenduitkering had Nimox, ondanks de aanwezigheid van vrij uitkeerbare reserves op de balans, ernstig rekening moeten houden met de benadeling in verhaalsmogelijkheden van de andere schuldeisers gelet op de financiële situatie bij Auditrade. Aangenomen mag worden dat een vordering ook op deze grondslag kan worden ingesteld tegen een bestuurder van een failliete rechtspersoon.[265] In het Coral/Stalt arrest oordeelde de Hoge Raad dat een moedermaatschappij onrechtmatig handelde door erop aan te sturen dat haar dochter, die had besloten haar activiteiten te beëindigen en niet over voldoende middelen bezat om al haar schuldeisers te voldoen, de tot haar groep behorende crediteuren als eerste zou voldoen. Door deze selectieve betaling werden de andere niet tot de groep behorende crediteuren benadeeld. De Hoge Raad oordeelde: *'In het hier omschreven geval handelt die vennootschap slechts dan niet in strijd met hetgeen haar naar ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, indien de voorkeursbehandeling van tot de groep behorende crediteuren op grond van bijzondere, door de vennootschap te stellen en bij betwisting te bewijzen omstandigheden kan worden gerechtvaardigd'*.[266] Uit het arrest Keulen/BLG volgt dat een controlerend aandeelhouder onrechtmatig handelt als hij in het zicht van een faillissement een lening opeist, terwijl hij gelet op concrete aanwijzingen er ernstig rekening mee moet houden dat de andere schuldeisers in geval van terugbetaling van de lening te kort zullen komen.[267] Dit hangt nauw samen met het *fraudulent transfer law.*

De Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk en Nederland hebben verschillende leerstukken over de aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders. Via deze aansprakelijkheden worden de belangen van de schuldeisers beschermd. In de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk vullen zij de bescherming via het *creditor self help*-mechanisme aan. In Nederland zijn zij een aanvulling op de dwingendrechtelijke kapitaalbeschermingsregels. De leerstukken spelen dus in beide beschermingsmechanismen een rol. De vraag die zich voordoet is of de ene combinatie een betere bescherming biedt dan de andere combinatie. Ook hier komen de uitgangspunten van het utilisme en het kantianisme van pas.

---

265. Zie: Steffens, D. (2007), *supra* noot 223, blz. 43-44.
266. HR 12 juni 1998, *NJ* 1998, 727 (Coral/Stalt).
267. HR 9 mei 1986, *NJ* 1986, 792 (Keulen/BLG). Zie ook: HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (Nimox/Van den End q.q.).

3.12 Welk schuldeisersbeschermingsmechanisme onder een beperkt aansprakelijkheidsregime is geschikter?

3.12.1 Beschermingssystemen en het utilisme/kantianisme

Volgens het kantianisme dient het gewenste beschermingssysteem vastgesteld te worden aan de hand van de redelijkheid en niet aan de hand van economische- of doelmatigheidsmaatstaven.[268] De reden hiervoor is dat de keuze voor een bepaalde beschermingsegel tot gevolg kan hebben dat de welvaart van de ene groep schuldeisers omhoog gaat maar de welvaart van een andere groep schuldeisers omlaag. Welk stukje welvaart is dan meer waard? Is alles in economische termen te meten? De rechtseconomische toets neemt volgens deze visie andere belangrijke waarden, die effect kunnen hebben op de gewenste invulling van het recht, niet mee in de afweging. Daarnaast zouden er geen adequate empirische data voorhanden zijn, die antwoord kunnen geven op de vraag of de voordelen van een bepaald systeem de nadelen overtreffen.[269] Omdat redelijkheid, in tegenstelling tot efficiëntie, een term is die geen algemeen geaccepteerde betekenis heeft, kan deze maatstaf verschillende vormen aannemen. Redelijkheid kan allereerst verband kan houden met gelijkheid, de meest bekende notie van redelijkheid. Toegepast op de schuldeiserbeschermingssystemen levert de idee dat sommige actoren meer dan een redelijk deel van het ondernemersrisico dragen een spanning op met deze notie van gelijkheid. Een andere notie is redelijkheid in retributieve zin. Dit houdt in dat degene die schade veroorzaken hiervoor gestraft dienen te worden. Het rekening houden met de diverse noties van redelijkheid zou kunnen resulteren in een onnodige reductie van het individueel welzijn.[270] Dat zou in de rechtseconomische visie ongewenst zijn. In de rechtseconomische visie dient het regime gekozen te worden op basis van pure welvaartsoverwegingen. Hierbij wordt wel gewicht verleend aan individuele rechtvaardigheidsoverwegingen maar deze worden niet gezien als onafhankelijke objectieve principes.[271]

---

268. Denozza, F. (2008), *supra* noot 112, in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), *supra* noot 4, blz. 415-416.
269. Callison, J.W. (2001), 'Federalism, Regulatory Competition, and the Limited Liability Movement: The Coyote Howled and the Herd Stampeded', 26 Journal of Corporate Law, blz. 951-981.
270. Kaplow, L. en S. Shavell (2002), 'Fairness versus Welfare', Cambridge: Harvard University Press, blz. 7.
271. Kaplow, L. en S. Shavell (2003), 'Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences and Distributive Justice', Harvard Law School John M. Olin Centre for Law, Economics and Business Discussion Paper Series, Paper 411, blz. 2.

Er zijn ook tussenposities, die niet zoals het utilisme of het kantianisme uitgaan van een veralgemenisering, maar de efficiëntie en rechtvaardigheid plaatsen in de feitelijke situatie. De vraag hoe de verschillende belangen gewogen dienen te worden en welk gewicht de verschillende belangen hebben, hangt dan af van de omstandigheden van het geval en is dus contextbepaald. Vennootschapsrecht zou in deze visie gebaseerd moeten zijn op een pluralistische benadering, die de beginselen van zowel de economische efficiëntie en die van rechtvaardigheid omarmt.[272] In het kader van het utilisme en het kantianisme zou men kunnen zeggen dat in bepaalde gevallen het perspectief van het nut dominant is en dat in andere gevallen het perspectief van de autonomie overheerst.[273] Een andere visie is dat efficiëntie en rechtvaardigheid in elkaars verlengde liggen.[274] Het streven van rechtvaardigheid gaat namelijk gepaard met en is afhankelijk van de daarmee samenhangende kosten: rechtvaardigheid heeft niet alleen haar waarde maar ook haar prijs.

3.12.2 Beschermingssystemen en common law/civil law

In de literatuur wordt als verklaring voor de verschillen in de keuze voor een bepaald beschermingsmechanisme gewezen op het verschil tussen de tradities van het *common law* en van het *civil law*, zoals de verschillen in rechterlijke tradities. De rechters in *civil law* landen zouden van oudsher minder comfortabel zijn met open-einde standaarden, en zouden de voorkeur hebben om relatief heldere regels toe te passen.[275] De belangrijkste reden voor het verschil is waarschijnlijk gelegen in de functie, die binnen deze tradities, aan het vennootschapsrecht wordt gegeven. De functie die het Engelse kapitaalvennootschapsrecht inneemt, is bij de herziening van het Engelse recht is als volgt samengevat: *'Legislation should facilitate and promote the efficient operation of business to maximise wealth for all, by creating a domestic and internationally competitive environment for company operation; this is to be achieved wherever possible by leaving outcomes to individual, properly informed choice – a presumption in favour of freedom with transparency, with the minimum of regulatory intervention; all such intervention should be evaluated by reference to its effects on productive activity in modern conditions, making optimal use of*

272. Timmerman, L. (2007), 'Welfare, Fairness and the Role of Courts in a Simple and Flexible Private Company Law', 8 European Business Organization Law Review, blz. 325-334.
273. Hol, A.M. (1993), *supra* noot 32, blz. 170.
274. Dam, C.C. van (1989), 'Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid: een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats, inhoud en functie van de zorgvuldigheidsnorm bij de aansprakelijkheid voor letsel- en zaakschade', Deventer: Kluwer, blz. 209. Aangehaald in: T. Hartlief (1997), *supra* noot 19, blz. 21.
275. Hertig, G. en H. Kanda (2006), *supra* noot 169, in R.R. Kraakman et al. (2006), *supra* noot 169, blz. 87.

modern communications technologies'.[276] De functie van het vennootschapsrecht wordt gezien als een combinatie van rechtseconomische en liberale vrijheidsuitgangspunten. Het doel van het vennootschapsrecht is het faciliteren van maximale welvaart. Dit is zoals uit het voorgaande is gebleken, een rechtseconomisch uitgangspunt.

Om deze doelstellingen te realiseren is in het Verenigd Koninkrijk gekozen voor het c*reditor self help*-mechanisme. Door contracten kunnen autonome individuen hun relaties met anderen definiëren. Rechten en verplichtingen bestaan alleen indien de individuen hiermee akkoord zijn gegaan. Rechtsregels die een bepaald gedrag voorschrijven of mensen verhinderen in het komen tot een onderhandelingsuitkomst of het aangaan van relaties, zijn in dit licht ongeldig omdat zij interfereren met de individuele autonomie.[277] Gerechtigheid, in de zin dat de belangen van alle partijen gelijkelijk beschermd zijn, wordt daarmee niet gezien als een doel *an sich*. Behandeling van gelijken impliceert dat het belang dat binnen een marktsituatie het meeste waard is, beschermd wordt.[278] Gerechtigheid is vrijheid, die in het teken staat van het maatschappelijke belang waardoor het tevens een doelmatigheidselement is, en niet een zelfstandig element. Bij de herziening van het vennootschapsrecht is hierover gezegd: *'It may well be the case (and indeed we believe it is likely to be) that our proposals will have the effect of creating fairer outcomes. But if that is so it will be because that is the result of our adopting the objective of achieving wealth and welfare creation overall, and not because fairness in itself is an objective for us'*.[279] Het vennootschapsrecht dient een doel en de rechtvaardiging van de invulling van het vennootschapsrecht is gelegen in dit doel dat door middel van vrijheid gerealiseerd dient te worden. Volgens sommigen levert dit aspect van het contractsmodel een probleem op bij asymmetrische verhoudingen, waarin de relatie niet meer door autonomie wordt gekenmerkt maar door afhankelijkheid.[280]

3.12.3 Beperkte aansprakelijkheid, welvaartsmaximalisatie en redelijkheid

In het kader van de beperking van aansprakelijkheid kan dan onredelijkheid ontstaan omdat er een gebrek aan balans is tussen vennootschappen en hun bestuurders en aandeelhouders aan de ene kant, en degene die door de beslissingen van de bestuurders/aandeelhouders en de activiteiten van de

---

276. Davies, P. en J. Rickford (2008), 'An Introduction to the New UK Companies Act', European Company and Financial Law Review, blz. 48-71 en Company Law Review Steering Group (1999), *supra* noot 179, Chapter 2.
277. Callison, J.W. (2001), *supra* noot 269, blz. 951-981.
278. Hol, A.M. (1993), *supra* noot 32, blz. 186.
279. Company Law Review Steering Group (1999), *supra* noot 179, blz. 9.
280. Loth, M.A. en A.M.P. Gakeer (2002), *supra* noot 28, blz. 152.

vennootschap getroffen worden aan de andere kant. In het contractsmodel is iedereen uitsluitend verantwoordelijk voor zichzelf en de bescherming via de rechter zou te vaag en te ontoegankelijk zijn.[281] Volgens de critici van het contractsmodel zouden de afhankelijke partijen ook recht hebben op hun vrijheid, de vrijheid dat zij geen financiële nadelige positie overhouden aan een situatie die zij niet hebben gewild, niet hebben kunnen voorzien en waardoor zij worden beperkt in hun eigen mogelijkheden. De redelijkheid komt dan in de knoop omdat in de context van een onderhandelsituatie, die wordt beïnvloed door een belangenconflict tussen ongelijke partijen, de juridische test van redelijkheid alleen wordt doorstaan indien de uitkomst gelijk is aan het resultaat dat verkregen zou worden in een onderhandeling tussen gewillige actoren met ongeveer dezelfde onderhandelingsmacht.[282] De situatie dat een onvrijwillige schuldeiser niet voldoende beschermd wordt tegen, en niet gecompenseerd wordt voor de geleden schade omdat er een marktmechanisme regime geldt, is vanuit dat oogpunt niet rechtvaardig ook al leidt het tot maximale welvaart. Het gekozen mechanisme zou de belangen van zwakke partijen en het maatschappelijke doel meer in evenwicht moeten brengen. Dit is het standpunt dat de *civil law* landen innemen; dwingend recht houdt dan met de omstandigheid verband dat vennootschapsrecht niet alleen een economische maatschappelijke functie heeft, maar ook een waarborgfunctie, dat wil zeggen de taak heeft om bepaalde belangen te beschermen.[283] Een groot deel van het recht zoals dat in wetten is vastgelegd, kan worden beschouwd als de neerslag van een zoektocht naar het juiste evenwicht tussen de waarden van vrijheid en welzijn.[284] Wettelijke regels reflecteren hierdoor over het algemeen een combinatie van efficiëntie, redelijkheid en rechtszekerheid. In het kader hiervan kunnen ook de schuldeiserbeschermingsregels worden bezien.

3.12.4 Schuldeiserbescherming, welvaartsmaximalisatie en redelijkheid

De dwingendrechtelijke kapitaalbeschermingsregels zouden redelijk zijn omdat zij in een ongelijke (handels- of rechts-) positie de zwakkere partij, die niet zelf

281. In de Verenigde Staten zijn er in de afgelopen jaren weinig suggesties gedaan, of initiatieven ondernomen, om meer kapitaalbeschermingsregels in het vennootschapsrecht op te nemen. Academici en beroepsbeoefenaren lijken de wat minder heldere vereisten, opgenomen in het *common law*, te prefereren boven strakomlijnde regelgeving die voor individuele vennootschappen vaak minder goed aansluit. Zie: R.A. Booth (2005), 'Capital Requirements in United States Corporation Law', University of Maryland School of Law Legal Studies Research Paper, No. 2005 – 64, blz. 30.
282. Anderson, A.G. (1978), 'Conflicts of Interest: Efficiency, Fairness and Corporate Structure', 25 UCLA law Review, blz. 738-795.
283. Vgl: Timmerman, L. (2005), *supra* noot 37, blz. 2-8.
284. Vgl: Ippel, P.C. en P.P. Rijpkema (2001), *supra* noot 35, blz. 54.

een dergelijke bescherming contractueel heeft kunnen afdwingen, beschermen tegen opportunistisch of onzorgvuldig gedrag van de sterkere partij. Een gelijke behandeling van partijen wordt nagestreefd aangezien de wettelijk regels ervoor zorgen dat allerlei soorten partijen profijt hebben van bescherming, en daarnaast doordat de regels niet eenzijdig zijn. De regels zouden daarnaast efficiënt zijn omdat zij als substituut fungeren voor kostbare contracten en daarmee de contractskosten reduceren. Verder zouden de regels voor rechtszekerheid zorgen omdat partijen kunnen vertrouwen op handhaving van hetgeen in de regels is voorgeschreven. Vennootschappen proberen de kapitaalbeschermingsregels echter te omzeilen door gekunstelde constructies. Deze vereisen veel juridisch denkwerk en daardoor ook veel juridische kosten.[285] Een rechtvaardiging van het dwingendrechtelijke systeem als transactiekostenverlagend middel is verder slechts plausibel indien de partijen de flexibiliteit wordt geboden om te kiezen tussen een standaardmodel verschaft door de wet of een contractueel model dat misschien meer kost bij het aangaan van de relatie maar vanwege lagere rentekosten of andere voordelige voorwaarden op de lange termijn goedkoper is.[286] In de rechtseconomie is dan ook beargumenteerd dat deze regels regelend recht dienen te zijn, zodat partijen niet opgescheept zitten met eventueel voor hen ongeschikte regels.[287]

Uit het voorgaande is gebleken dat in het vennootschapsrecht dat puur gebaseerd is op het c*reditor self help*-mechanisme een ongewenst effect kan hebben op de bescherming van *non-adjusting* schuldeisers. Het feit dat vrijheid kan leiden tot misbruik, en dat dit misbruik de vrijheid van anderen beperkt, wordt in het c*reditor self help*-mechanisme wel degelijk erkend. Indien men het contractsmodel combineert met standaarden als doorbraak van aansprakelijkheid, *wrongful-* en *fraudulent trading rules* en de *fraudulent transfer rule*, wordt de gewenste verantwoordelijkheid en zorgplicht jegens (afhankelijke) derden opgelegd door de dreiging van rechterlijke uitspraken *ex post*.[288] Deze mogelijkheid van het alsnog opgelegd krijgen van aansprakelijkheid zorgt *ex ante* voor een prikkel om zorgvuldig te handelen. Daarnaast zal de rechter de

285. Payne, J. (2008b), 'Legal Capital in the UK Following the Companies Act 2006', University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Working Paper No. 13/2008, blz. 11-12.
286. Ferran, E. (2005), *supra* noot 31, blz. 8.
287. Armour, J. (2000), *supra* noot 27, blz. 355-378.
288. De commissie zegt hierover: *'The optimal balance between freedom and risk of abuse is clearly a matter of judgement, to be worked out in the context of particular provisions. We also seek to ensure that appropriate high standards of conduct are maintained. Such standards are important components in promoting competitiveness and efficiency'*. Zie: Company Law Review Steering Group (1999), *supra* noot 179, blz. 9.

ongeschreven normen van de redelijkheid en billijkheid casusspecifiek toepassen. De bescherming van de belangen zou daardoor zelfs beter kunnen aansluiten bij hetgeen de situatie daadwerkelijk vereist. Beroepsbeoefenaren kunnen daarnaast ook gehouden zijn aan beroepsregels waarin ethische normen zijn opgenomen. Hierdoor worden de vrijheden van de afhankelijke partijen gewaarborgd. Indien gesteld kan dat de belangen van de *non-adjusting* schuldeisers, binnen het systeem gebaseerd op het contractsmodel gecombineerd met persoonlijke aansprakelijkheid, een gelijke (of wellicht zelfs betere) bescherming krijgen als onder het wettelijke systeem, is de uiteindelijke kernvraag of het c*reditor self help*-mechanisme gecombineerd met een *ex post* aansprakelijkheid meer kost (in rechtseconomische termen) dan het systeem van wettelijke beschermingsregels tevens gecombineerd met persoonlijke aansprakelijkheid achteraf. Het antwoord op deze vraag is lastig te geven. Uit het voorgaande is niet op te maken of het ene systeem overduidelijk veel meer extra kosten met zich brengt dan het andere. Onderzoeken waarin getracht is om op basis van empirische data deze kosten in kaart te brengen zijn schaars en weinig conclusief.

3.13 Kleine besloten vennootschappen en beperkte aansprakelijkheid

De personenvennootschapvormen die van oudsher veel gebruikt worden door kleine ondernemers en het vrije beroep, bieden niet de bescherming van de beperkte aansprakelijkheid. Door de grotere aansprakelijkheidsclaims en de hogere kosten van de verzekeringspremies is uiteindelijk in de Verenigde Staten en in het Verenigd Koninkrijk een beweging ontstaan, die zich sterk maakte om de aansprakelijkheid van deze ondernemers en beroepsbeoefenaars op de een of andere manier te begrenzen door bijvoorbeeld een personenvennootschap te combineren met beperkte aansprakelijkheid. De argumenten voor en tegen de beperking van aansprakelijkheid zijn voornamelijk naar voren gebracht vanuit de situatie van grote beursgenoteerde vennootschappen, waarvan de aandelen in brede kringen worden gehouden en de eigenaarsbelangen en het bestuur van de vennootschap gescheiden zijn. De vraag is welke relevantie deze analyses hebben voor de kleinere private vennootschappen, waar het aantrekken van kapitaal van buitenstaanders minder van belang is en waarvan de aandelen of participaties niet makkelijk verhandelbaar zijn.

3.13.1 Kleine besloten kapitaalvennootschappen en beperkte aansprakelijkheid

Ribstein heeft getracht de argumenten van de efficiëntietheorie toepasbaar te maken op de kleinere private vennootschappen. Hij stelt dat er verscheidene

redenen zijn om te concluderen dat beperkte aansprakelijkheid ook voor hen aantrekkelijk is.[289] Ten eerste omdat de beperkte aansprakelijkheid zelfs in deze vennootschappen het nemen van suboptimale risico's en de toezichtkosten zal kunnen doen afnemen. Aangezien bestuursfuncties en investeringsfuncties zowel in beursgenoteerde als in private vennootschappen gescheiden kunnen zijn, kan beperkte aansprakelijkheid efficiënt zijn doordat het de kosten voor toezicht op de bestuurders verlaagt. Daarnaast kan de beperkte aansprakelijkheid leiden tot het overbodig maken van de behoefte om het vermogen van de aandeelhouders onderling te controleren.[290] Het probleem van de *moral hazard* is volgens Ribstein niet zo bezwaarlijk als wordt gesuggereerd. Hij geeft aan dat beperkte aansprakelijkheid een efficiënte *bargain* kan zijn voor zowel de aandeelhouders als de schuldeisers van kleine private vennootschappen.[291] Beperkte aansprakelijkheid isoleert degene die een onrechtmatige daad begaat niet van aansprakelijkheid, maar voorkomt louter aansprakelijkheid krachtens de status van aandeelhouder. Aandeelhouders zullen daarom een prikkel hebben om zich te verzekeren tegen persoonlijke aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, voortvloeiend uit hun participatie in ondernemingsactiviteiten.[292]

Aandeelhouders en bestuurders van kleine vennootschappen zijn daarnaast volgens Ribstein risico-avers en zullen hun investeringen in de vennootschap en in het menselijk kapitaal willen beschermen.[293] Doordat zij een substantieel deel van hun welvaart in de vennootschap hebben gestopt, zullen zij, gelet op de kans om dit kwijt te raken, niet snel risicovolle projecten uitvoeren.[294] Macey geeft dan ook aan dat beperkte aansprakelijkheid niet alleen van belang is voor het verkrijgen van kapitaal maar ook om investeringen in menselijk en ondernemingsspecifiek kapitaal te plegen.[295] Aangezien de vennootschap aansprakelijk blijft voor de schulden en verplichtingen veroorzaakt door haar vertegenwoordigers,[296] zullen bestuurders daarnaast ook hun medebestuurders in de gaten houden en bijsturen. De bestuurders zullen het voortbestaan van de vennootschap, en daarmee hun baan en eventueel ook geïnvesteerd vermogen als het gaat om aandeelhouder-bestuurders, niet in de waagschaal willen leggen. Diversificatie van de investeringsportefeuille is doorgaans geen belangrijke overweging in besloten vennootschappen en personenvennootschappen, omdat

289. Ribstein, L.E. (1992), 'The Deregulation of Limited Liability and the Death of Partnership', 70 Washington University Law Quarterly, blz. 417-475.
290. Macey, J.R. (1995), *supra* noot 98, blz. 433-454.
291. Ribstein, L.E. (1991), 'Limited Liability and Theories of the Corporation', 50 Maryland Law Review, blz. 80-130.
292. Ribstein, L.E. (1992), *supra* noot 289, blz. 417-475.
293. Ribstein, L.E. (1991), *supra* noot 291, blz. 80-130.
294. Leebron, D.W. (1991), *supra* noot 66, blz. 1565-1650.
295. Macey, J.R. (1995), *supra* noot 98, blz. 433-454.
296. *Canada Life Assur. Co. v. Estate of Lebowitz*, 185 F.3d 231, 236 (4th Cir. 1999)(Md. law).

investeerders over het algemeen het grootste gedeelte van hun vermogen in een enkele vennootschap investeren, zelfs onder een regime van beperkte aansprakelijkheid. Echter ook in personenvennootschappen kan men volgens Ribstein passief investeren door bijvoorbeeld het verschaffen van opstartkapitaal voor het opstarten van *high-tech* ondernemingen.

3.13.2 Personenvennootschappen en beperkte aansprakelijkheid

Naast de kleine besloten kapitaalvennootschappen zou het ook gewenst kunnen zijn om in een personenvennootschap de aansprakelijkheid te beperken. Net als de aandeelhouders van de kapitaalvennootschap, die niet aansprakelijk zijn op basis van de status van aandeelhouder, zou een vennoot niet aansprakelijk kunnen zijn op basis van het 'zijn' van vennoot.[297] Deze beperking zou niet absoluut hoeven te zijn. Aansprakelijkheid van een vennoot zou bijvoorbeeld kunnen ontstaan indien die vennoot zelf verantwoordelijk is voor de door hem begane onrechtmatige daad of wanprestatie, of als een vennoot betrokken was bij deze daden (of ervan wist) maar het schade veroorzakende gedrag niet heeft voorkomen. Verder zouden vennoten in een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid aansprakelijk kunnen zijn voor de daden van degenen over wie zij supervisie uitoefenen. Deze uitzonderingen op de beperking van de aansprakelijkheid kunnen tot gevolg hebben dat vennoten zich ervan onthouden zich te bemoeien met het management en beleid van de vennootschap, de werkzaamheden van andere vennoten en de supervisie over anderen.[298] Het kan resulteren in te weinig controle en een gebrek aan het delen van kennis, waardoor de opleiding van de jongere generatie in gevaar komt en de kwaliteit van het werk omlaag zou kunnen gaan. Daarnaast is er het gevaar van fragmentatie binnen de vennootschap tussen vennoten die zich bezig houden met activiteiten met een hoge aansprakelijkheidsrisicofactor, en vennoten die

297. *Colliers, Dow & Condon, Inc. v. Schwartz*, 2004 WL 1246004 (Conn. Super. May 24, 2004), *Santos v. 305 West 56th Street Realty LLC*, 2008 WL 2927804 (N.Y. Sup. Ct. July 30 2008), *Regency Foundation v. Robson*, 14 Misc. 3d 1209(A), 836 N.Y.S.2d 489 (N.Y. Sup. Ct. 2006), *Mantell v. Samuleson*, 4 Misc. 3d 134(A) (N.Y. Sup. App. Term 2004), *Bennett v. Cochran*, 2004 WL 852298 (Tex. App. Apr. 22, 2004).

298. Zie onder andere: Bromberg, A.R. en L.E. Ribstein (2009), 'On Limited Liability Partnerships, the Revised Uniform Partnership Act, and the Uniform Limited Partnership Act (2001)', New York: Aspen Publishers, § 3.04(c). Omdat in de wettelijke regelingen niet duidelijk is gedefinieerd wat onder supervisie en 'kennis hebben van de wanprestaties of onrechtmatige daden' valt, zal dit door middel van rechterlijke procedures moeten worden vastgesteld. Deze onduidelijkheid zou ertoe kunnen leiden dat vennoten nog meer afstand zouden nemen van toezicht en controle omdat zij niet weten waar de grens ligt. Zie: Fortney, S.S. (1997), *supra* noot 26, blz. 717-768.

minder risicovolle activiteiten uitvoeren.[299] De werking van de reputatie van de vennootschap als correctiemechanisme kan deze risico's wegnemen.

3.13.3 Reputatie en beperkte aansprakelijkheid

Bij beroepsbeoefenaren, in het bijzonder bij accountants, wordt de reputatie vaak genoemd als het belangrijkste bezit van de vennootschap.[300] Reputatie kan werken als een substituut voor onbeperkte aansprakelijkheid en de prikkels die hier vanuit gaan. De kans dat vennoten de reputatie van de vennootschap kunnen schaden, zou de vennoten een prikkel geven om elkaar in de gaten te houden en de vennootschap stimuleren om monitoringsmechanismen te ontwikkelen.[301] De reputatie werkt als goede waarborg indien de vennoten onder andere gebonden zijn aan de vennootschap, zij door concurrentiebedingen hun klanten niet makkelijk mee kunnen nemen bij het verlaten van de vennootschap en de beloning van de vennoten niet gebonden is aan het behalen van korte termijn winsten voor het eigen belang van de vennoot. De beloning zou gericht dienen te zijn op het creëren van lange termijn waarde voor de vennootschap. Het risico van te weinig toezicht kan worden verkleind door de supervisors voor een bepaald gedeelte te vrijwaren en door het afsluiten van een bedrijfsverzekering voor deze aansprakelijkheid.[302] Verzekeringspremies zorgen ervoor dat de vennootschap voldoende toezicht- en controlemechanismen implementeert. Dit komt doordat de verzekeringspremies zullen stijgen indien dit achterwege wordt gelaten. Dit is een ongewenst effect en de vennootschap zal dit proberen te voorkomen. Daarnaast gelden er voor beroepsbeoefenaren vaak beroepsregels waaraan zij zich dienen te houden. Deze regels leggen bepaalde monitoringsverplichtingen op vennoten en eventueel ook op de vennootschap zelf.[303] Uit onderzoek blijkt dat in landen met een aansprakelijkheidslimiet voor

---

299. Murphy, N.S. (1995), 'Note, It's Nothing Personal: The Public Costs of Limited Liability Law Partnerships, 71 Indiana Law Journal, blz. 201-233.
300. *Dileo v. Ernst & Young*, 901 F.2d 624 (7th Cir. 1990): J. Easterbrook: *'An accountant's greatest asset is its reputation for honesty, followed closely by its reputation for careful work'.* Zie ook: L.E. Ribstein (1998), 'Ethical Rules, Agency Costs and Law Firm Structure', 84 Virginia Law Review, blz. 1707-1760, L.E. Ribstein (2002), 'Market vs. Regulatory Responses to Corporate Fraud: A Critique of the Sarbanes-Oxley Act of 2002', 28 Journal of Corporation Law blz. 1-67 en R.H. Kraakman (1984), 'Corporate Liability Strategies and Costs of Legal Controls', 93 Yale Law Journal, blz. 857-898.
301. Vgl. Vermeulen, E.P.M. (2003), *supra* noot 11, blz. 87
302. Fortney, S.S. (2003), 'High Drama and Hindsight: The LLP Shield, Post Andersen', 12 Business Law Today, blz. 47-49.
303. Een voorbeeld zijn de ethische regels voor advocaten. In de Verenigde Staten zijn de staten zelf bevoegd om deze regels op te stellen. Veelal baseren zij deze op de *Model Rules of Professional Conduct* maar daarnaast zijn er ook nog de *Model Code of Professional Responsibility* en de *Restatement Third of Law Governing Lawyers*.

accountants (zoals Duitsland, Oostenrijk en België), een dergelijke limiet geen ongunstige uitwerking heeft op de kwaliteit van de geleverde dienst.[304]

3.13.4 Nadelen van onbeperkte aansprakelijkheid

Onbeperkte aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren heeft nog een aantal andere effecten. Een onbeperkt aansprakelijkheidsregime kan er bijvoorbeeld toe leiden dat beroepsbeoefenaren risico-avers worden om de kans aansprakelijk gesteld te worden, te reduceren. Zij zouden bijvoorbeeld meer conservatief advies kunnen geven of bepaalde risicovolle activiteiten niet meer willen uitvoeren, zoals gevaarlijke maar essentiële medische operaties.[305] Zij zouden zich kunnen onthouden van specifiek werk, dat een verhoogde kans op aansprakelijkheid met zich brengt of van opdrachten voor cliënten die opereren in risicovolle industrieën of vennootschappen die zich nog niet bewezen hebben.[306] De cliënt kan grote voordelen mislopen of een patiënt kan grote moeilijkheden ondervinden bij het vinden van een die de noodzakelijke operatie wil uitvoeren. De maatschappelijke kosten kunnen dus groot zijn.

Daarnaast bestaat er de mogelijkheid dat de beroepsbeoefenaar meer diensten verkoopt dan nodig is of de prijs van de diensten verhoogt om op die wijze zijn risico te compenseren en de kosten op de cliënten af te wentelen.[307] De cliënt zal de hoeveelheid werk vaak zelf niet goed kunnen inschatten gezien de specialistische aard daarvan, waardoor dit effect moeilijk te bestrijden is. Om aansprakelijkheid te voorkomen kunnen beroepsvennootschappen hun intern beleid aanpassen zodat er meer toezicht wordt gehouden. Dit kan leiden tot bureaucratische procedures met minder efficiënt werken als gevolg.[308] Onbeperkte aansprakelijkheid kan verder leiden tot een rem op groei omdat de beroepsbeoefenaren elkaar goed in de gaten dienen te houden, waardoor de groei van het aantal vennoten niet gewenst is. Ook de reikwijdte (aantal disciplines of specialisaties) zou beperkt gehouden kunnen worden omdat men anders niet voldoende kennis meer heeft om elkaar te kunnen controleren.

---

304. Commissie van de Europese Gemeenschappen (2008a), 'Werkdocument van de diensten van de Commissie: Begeleidend document bij de aanbeveling van de Commissie inzake de beperking van de wettelijke aansprakelijkheid van wettelijke auditoren en auditkantoren, Samenvatting van de Effectenbeoordeling, C (2008) 2274 definitief, blz. 6.
305. Bulger, R.J. en V.P. Rostow (1990), 'Medical Professional Liability and the Delivery of Obstetrical Care', 6 Journal of Contemporary Health Law and Policy, blz. 81-91.
306. Ribstein, L.E. (2003), 'Limited Liability of Professional Firms after Enron', 29 Journal of Corporation Law, blz. 427-447 en London Economics in association with Professor Ralf Erwert (2006), 'Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes' (MARKT/2005/24/F), Final Report to EC-DG Internal Market and Services, blz. 91 en 167-170.
307. London Economics in association with Professor Ralf Erwert (2006), *supra* noot 306, blz. 97.
308. Ribstein, L.E. (2003), *supra* noot 306, blz. 427-447.

Diversificatie binnen de onderneming zou daardoor tegengehouden kunnen worden.

3.13.5 Het creditor self help-*mechanisme en kleine besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid*

Het c*reditor self help*-mechanisme zou ook zijn werk kunnen doen bij kleine besloten vennootschappen met een beperkt aansprakelijkheidsregime. Dit betekent dat sommige schuldeisers via hogere kosten voor krediet gecompenseerd worden voor het toegenomen risico dat zij lopen. Zij zullen daarnaast een prikkel hebben om aan te dringen op een adequate kapitalisatie en/of verzekering door de vennootschap met wie zij zaken doen[309] en doorgaans zekerheden afdwingen. Vennoten/aandeelhouders en schuldeisers kunnen ook contractueel een grotere aansprakelijkheid voor specifieke schulden overeenkomen door individuele garanties en borgstellingen. Deze aansprakelijkheid staat los van de aansprakelijkheid die eventueel nog uit de wet voortvloeit doordat de vennoten of aandeelhouders zelf een fout of onrechtmatige daad begaan of die ontstaat onder hun supervisie.[310] Andere schuldeisers zullen het risico accepteren omdat de vennootschap voldoende aanspreekbaar vermogen heeft, de vorderingen te klein zijn of omdat zij kunnen meeliften op de inspanningen van de groep schuldeisers die ervoor zorgen dat er voldoende vermogen in de vennootschap aanwezig zal zijn.

3.13.6 Beperkte aansprakelijkheid en individuele garantstellingen

De vraag rijst wat het voordeel is van beperkte aansprakelijkheid bij kleine besloten vennootschappen indien de bestuurders/aandeelhouders of participanten toch aansprakelijk zijn op basis van individuele garantstellingen, waarborgen etc. Wat is dan nog het verschil met onbeperkte aansprakelijkheid? Beperkte aansprakelijkheid is een onderhandelingsinstrument dat schuldeisers dwingt te onderhandelen voor additionele zekerheid.[311] Door de beperking van aansprakelijkheid komt de last van onderhandeling over persoonlijke aansprakelijkheid bij de schuldeisers te liggen. Bij afwezigheid van beperkte aansprakelijkheid zouden de bestuurders/aandeelhouders van de vennootschap moeten onderhandelen over de grenzen van hun persoonlijke aansprakelijkheid. Dit is van belang omdat bij onbeperkte aansprakelijkheid de schuldeisers in de meeste gevallen niet meegaan in een beperking daarvan, gelet op de ongelijke

309. Ribstein, L.E. (1992), *supra* noot 298, blz. 417-475.
310. *Apcar Inv. Partners VI, Ltd. v. Gaus*, 161 S.W.3d 137 (Tex. App. 2005).
311. Booth, R.A. (1994), 'Limited Liability and the Efficient Allocation of Resources', 89 Northwestern University Law Review, blz. 140-165.

onderhandelpositie tussen kleine vennootschappen en (institutionele) schuldeisers.[312] Daarnaast zouden kleine ondernemers bij onbeperkte aansprakelijkheid alles of niets moeten riskeren. Dit zorgt voor een suboptimale startpositie. Beperkte aansprakelijkheid onderscheidt daarnaast het risico van voorzienbare gebeurtenissen en het risico van willekeurige gebeurtenissen. Kleine vennootschappen zijn niet aansprakelijk voor de onvoorziene oncontroleerbare gebeurtenissen. Hierdoor worden de aandeelhouders/vennoten beschermd tegen uitzonderlijke verliezen.[313] Verder kunnen schuldeisers veelal gebruik maken van diversificatie.[314] Zij kunnen krediet verschaffen aan verschillende vennootschappen. De kosten van ondernemingsfalen door een van deze debiteuren zullen hierdoor een minder grote impact hebben. De schuldeisers zijn in een betere positie om de kosten van insolventie te dragen dan de vennootschap zelf. Ribstein heeft dan ook beargumenteerd dat bij kleine besloten vennootschappen de toegenomen kosten van krediet en de nadelen die *non-adjusting* schuldeisers ervaren lager zijn dan de kosten die worden bespaard door de beperkte aansprakelijkheid, waardoor volgens Ribstein een beperkt aansprakelijkheidsregime gewenst is.[315]

3.13.7 Overwegingen van efficiëntie en democratie voor kleine besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid

Klein en Zolt argumenteren dat wanneer redenen van economische efficiëntie de beschikbaarheid van beperkte aansprakelijkheid aan grote vennootschappen rechtvaardigen, andere overwegingen van efficiëntie en 'democratie' overtuigend zullen leiden tot een zelfde behandeling van kleine vennootschappen.[316] De doelstelling om economische investeringen en groei te stimuleren, suggereert dat beperkte aansprakelijkheid beschikbaar zou moeten zijn voor vennootschappen van alle soorten omvang. Presser geeft aan dat de democratische rechtvaardiging van beperkte aansprakelijkheid door weinig academici besproken is. De beperkte aansprakelijkheid werd door de negentiende eeuwse wetgevers in staten zoals New York gezien als een middel om kleinschalige ondernemers aan te moedigen, en om de toegang tot markten competitief en democratisch te houden. Door incorporatie ook open te stellen voor kleinere vennootschappen konden ook de minder welvarenden investeren in hun

312. Booth, R.A. (1994), *supra* noot 311, blz. 140-165.
313. Booth, R.A. (1994), *supra* noot 311, blz. 140-165.
314. Macey, J.R. (1995), *supra* noot 98, blz. 433-454.
315. Ribstein, L.E. (1992), *supra* noot 289, blz. 417-475 en L.E. Ribstein (1991), *supra* noot 291, blz. 80-130.
316. Klein, W.A. en E. M. Zolt (1995), 'Business Form, Limited Liability, and Tax Regimes: Lurching Toward a Coherent Outcome?', 66 University of Colorado Law Review, blz. 1001-1041.

vennootschap.[317] Binnen de categorie beroepsbeoefenaren werd onbeperkte aansprakelijkheid ook wel gezien als drempel voor het toetreden van nieuwe vennootschappen op de (dienstverlenings)markt. Hierdoor kon een concurrentiestrijd voorkomen worden en ontstonden er kleine monopolies waardoor de prijzen hoog gehouden konden worden. Lange tijd waren bepaalde gevestigde beroepsgroepen en kantoren dan ook voorstander van het intact laten van de onbeperkte aansprakelijkheid.[318] Ook hier zou het openstellen van de markt door het verschaffen van beperkte aansprakelijkheid uit democratisch oogpunt gewenst kunnen zijn. Klein en Zolt zien verder niet in dat wanneer beperkte aansprakelijkheid door kleinere vennootschappen bereikt kan worden door de oprichting van een kapitaalvennootschap, het recht niet één stap verder kan gaan door de noodzaak daarvan te elimineren.[319] Het gebruik van een kapitaalvennootschap als rechtsvorm voor kleinere ondernemingen zorgt voor teveel administratieve lasten en de bepalingen voor kapitaalvennootschappen zijn te gedetailleerd en complex voor kleine vennootschappen.[320] In het bijzonder geldt dit voor de bepalingen, die erop zijn gericht om aandeelhouders te beschermen als het eigenaarsbelang en bestuur gescheiden zijn. wanneer die scheiding er niet is. Het kiezen van een suboptimale rechtsvorm zal de efficiëntie niet ten goede komen.

3.14 Kapitaalbescherming bij personenvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid

Op het moment dat een personenvennootschap wordt uitgerust met beperkte aansprakelijkheid vervalt de verhaalsmogelijkheid op de vennoten. Zij zijn echter degenen die de financiële beslissingen nemen en tegelijkertijd de eigenaarsfunctie vervullen en kunnen derhalve beslissingen nemen waardoor schuldeisers (ernstig) benadeeld worden. Zijn er bij nieuwe kleine besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid die zich in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk hebben ontwikkeld, speciale kapitaalbeschermingsregels die de schuldeisers hiertegen beschermen?

317. Presser, S.B. (1992), *supra* noot 25, blz. 148-179.
318. Carr, J.L. en F. Mathewson (1988), 'Unlimited Liability as a Barrier to Entry', 96 Journal of Political Economy, blz. 766-784.
319. Klein, W.A. en E. M. Zolt (1995), *supra* noot 316, blz. 1001-1041.
320. Freedman, J. (1994), 'Small Businesses and the Corporate Form: Burden or Privilege?', 57 Modern Law Review, blz. 555-584.

3.14.1 Kapitaalbescherming bij LLP's in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk

In de Verenigde Staten verschilt de bescherming van schuldeisers van de LLP per staat. Uitgangspunt is dat ook hier het c*reditor self help*-mechanisme geldt. In sommige staten wordt dit aangevuld met uitkeringsregels of *fraudulent transfers rules* en doorbraakaansprakelijkheid. Daarnaast spelen verzekeringen of daarmee vergelijkbare methoden een belangrijke rol en kan de aansprakelijkheid ook uitgebreid. In het Verenigd Koninkrijk gelden veel van de beschermingsregels voor de kapitaalvennootschappen (*corporations*), zoals publicatieverplichtingen en de *fraudulent*- en *wrongful trading rules*, ook voor de LLP's. Daarnaast zijn er specifieke uitkeringsregels. In de volgende paragrafen bespreek ik de verschillende beschermingsmethoden voor de schuldeisers van de Amerikaanse LLP's, en van de Engelse LLP's. Deze beschermingsregels zouden gebruikt kunnen worden bij een Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid. De regels geven inzicht op welke wijze, *ook* bij personenvennootschappen, waarborgen voor schuldeisers gecreëerd kunnen worden, zodat ook zij in hun belangen worden beschermd.

3.14.2 Uitbreiding van aansprakelijkheid

Vennoten van de Amerikaanse en de Britse LLP's kunnen in de vennootschapsovereenkomst beperkingen stellen aan de beperkte aansprakelijkheid.[321] Onderscheid kan gemaakt worden tussen de aansprakelijkheden van verschillende vennoten, en tussen wel of geen uitbreiding van aansprakelijkheid voor verschillende verplichtingen. Ook kunnen er afspraken gemaakt zijn over de mogelijkheid tot vrijwaring en het instellen van regresvorderingen, waardoor 'onschuldige' vennoten indirect aansprakelijk kunnen zijn voor de fouten van de vennoot die een regresrecht heeft. Vennoten die activiteiten uitoefenen binnen een 'risico-sector' of 'risico-industrie', waardoor zij eerder worden blootgesteld aan aansprakelijkheid, worden zo gecompenseerd. Verder kunnen vennootschapsovereenkomsten mogelijkheden bevatten tot wijziging van de aangepaste aansprakelijkheid, zodat deze niet van tevoren volledig vastligt. Tussen de Amerikaanse Staten bestaan verschillen met betrekking tot de reikwijdte van de bescherming van de vennoten. Dit heeft te maken met de aansprakelijkheidsvorderingen voortvloeiend uit wanprestatie of uit onrechtmatige daad. Aansprakelijkheid kan ook ontstaan indien de een verzekering verplicht is en de vennoten deze niet hebben afgesloten.

321. Deze mogelijkheid is niet opgenomen in de *Revised Uniform Partnership Act*.

In de Verenigde Staten bestaat in het faillissementsrecht onduidelijkheid over hoe de LLP gekarakteriseerd wordt, als *partnership* of als *corporation*. Ondanks de beperkte aansprakelijkheid zijn er sterke argumenten om LLP's als personenvennootschap aan te merken.[322] Dit zou betekenen dat indien het vermogen van de LLP niet voldoende is ten tijde van insolventie, de partners hiervoor op eenzelfde wijze aansprakelijk zijn als onder niet-insolventierecht.[323] Hierdoor zouden vennoten ook in de situatie van insolventie gehouden kunnen zijn om in privé bij te dragen aan de verliezen van de vennootschap. In het Verenigd Koninkrijk kunnen de vennoten van de LLP onderling of met de vennootschap overeenkomen dat zij onder bepaalde omstandigheden dienen bij te dragen aan de activa van de vennootschap zodat de schulden en liquidatiekosten betaald kunnen worden. De verplichting om de overeengekomen bijdrage te voldoen is opgenomen in section 74 van de *Insolvency Act 1986* [324] en ontstaat alleen bij insolventie. De aansprakelijkheid kan niet verder reiken dan het overeengekomen bedrag. Schuldeisers zullen echter over het algemeen niet op de hoogte zijn van deze afspraken, aangezien de vennootschapsovereenkomst geen openbaar document is. De bescherming van section 74 van de *Insolvency Act 1986* is dan ook meer gelegen in de prikkel tot zorgvuldig gedrag van de vennoten dan dat het dient als (extra) informatiemiddel, dat schuldeisers kunnen gebruiken bij de invulling van hun relatie met de vennootschap of de beslissing om zaken te doen met de vennootschap.

3.14.3 Openbaarmakingsvereisten

In het Verenigd Koninkrijk zijn LLP's verplicht om de aanduiding LLP te gebruiken indien aan de vennootschap wordt gerefereerd zodat partijen die zaken doen met de vennootschap erop gewezen worden dat het gaat om een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.[325] Daarnaast gelden voor Britse LLP's regels voor het opstellen van jaarrekeningen en het openbaarmaken

322. Bromberg, A.R. en L.E. Ribstein (2009), *supra* noot 298, § 7.02.
323. Section 723(a) Bankruptcy Code. Doorgaans wordt met de term 'niet-faillissementsrecht' zoals gebruikt in de Bankruptcy Code gerefereerd aan statelijk recht in het algemeen, inclusief statelijke conflictenrecht doctrines. Uit de toelichting blijkt dat het 'niet-faillissementsrecht' het recht is van de staat waarin de LLP is opgericht. Dit heeft gevolgen voor de aansprakelijkheid in het geval dat de aansprakelijkheidsregels in de staat waar de LLP is opgericht en de staat waar het faillissement is aangevraagd van elkaar verschillen. Zie: J.J. Johnson (1995), 'Limited Liability for Lawyers: General Partners Need Not Apply', 51 Business Lawyer, blz. 85-145.
324. Section 74 Insolvency Act 1986.
325. In chapter 3 van de draft Limited Liability Partnerships (Application of Companies Act 2006) Regulations 2009 zijn vereisten opgenomen over de naam die een LLP draagt. Section 82 en 83 van de Companies Act 2006 zijn van toepassing op de LLP en zijn aangepast zodanig dat de Companies (Trading Disclosures) Regulations 2008 (S.I. 2008/495) gelden.

daarvan. Er is een onderscheid gemaakt tussen kleine LLP's en middelgrote- tot grote LLP's.[326] Voor de kleine LLP's geldt een verlicht regime. Indien de LLP niet voldoet aan deze vereisten, worden alle vennoten hiervoor verantwoordelijk gehouden en kunnen zij een boete of gevangenisstraf riskeren.[327] Het voldoen aan de openbaarmakingsvereisten voor Britse LLP's kan een bezwaar zijn tegen het aannemen van de LLP-vorm. Het kan ervoor zorgen dat de concurrentie de publiekelijk beschikbare financiële informatie gebruikt, waardoor de LLP een commercieel nadeel kan ondervinden. Daarnaast kan het leiden tot hoge kosten. Bij de herziening van de *Companies Act 1985* bleek echter uit de consultatie dat er brede steun was om de jaarrekening en openbaarmakingsvereisten op dezelfde wijze te blijven toepassen op de LLP's.[328] Een veel aangehaalde reden was dat bij de totstandkoming van de LLP een goede afweging is gemaakt over de toepassing van de bepalingen uit de *Companies Act 1985* en dat een aangepast regime voor kleine LLP's de zwaarste lasten elimineert.[329] In de Verenigde Staten zijn er geen openbaarmakings- en jaarrekeningvereisten voor LLP's.

---

326. Regulation 5 van de Limited Liability Partnerships (Accounts and Audit) (Application of Companies Act 2006) Regulations 2008 heeft Section 381-384(a) van de Companies Act 2006 in aangepaste vorm van toepassing verklaard op de LLP's en Regulation 26 van de Limited Liability Partnerships (Accounts and Audit) (Application of Companies Act 2006) Regulations 2008 heeft Sections 465 - 467a van de Companies Act 2006 in aangepaste vorm van toepassing verklaard op de LLP's.
327. Iedere partner begaat dan een *'offence'*. Uit hoofde van Section 387 en 389 van de Companies Act 2006 is een partner niet aansprakelijk indien hij of zij kan bewijzen dat hij of zij *'acted honestly and that in the circumstances in which the LLPs business was carried on the default was excusable'*.
328. Zie onder andere: Department for Business Enterprise & Regulatory Reform (2008), 'Government Response to the Consultation on the Proposed Application of the Companies Act 2006 to Limited Liability Partnerships', blz. 10 en 12, respectievelijk de toepassing van Chapter 15 (accounts) en de toepassing van Chapter 16 (audit).
329. Explanatory Memorandum to Small Limited Liability Partnerships (Accounts) Regulations 2008 (2008 No. 1912), par. 7.10, blz. 4 en Explanatory Memorandum to Large and Medium-Sized Limited Liability Partnerships (Accounts) Regulations 2008 (2008 No. 1912), par. 7.10, blz. 4-5. Zie onder andere: de respons uit de eerste consultatieronde: ACCA, d.d. 30 mei 2007, blz. 7-8, Association of Partnership Practioners, blz. 1-4 en 8-9, Clifford Chance – Peri Cheal d.d. 31 mei 2007 (e-mail), Deloitte, d.d. 1 juni 2007, blz. 8-9, The Institute of Chartered Accountants of England and Wales, d.d. 1 juni 2007 blz. 25-27 en PriceWaterhouseCoopers, d.d. 1 juni 2007, blz. 30-32. In november 2007 heeft het *Department for Business Enterprise & Regulatory Reform* het consultatie document 'Proposals for the Application of the Companies Act 2006 to Limited Liability Partnerships (LLPs): A Consultation Document' gepubliceerd, met specifieke vragen in het kader van de toepassing van bepalingen uit de Companies Act 2006 op de LLPs.

3.14.4 Uitkeringen en de 'Amerikaanse' LLP

De Amerikaanse modelwetgevingen voor personenvennootschapsrecht, de UPA en de RUPA, bevatten geen bepalingen die eisen stellen aan uitkeringen aan vennoten van een *general partnership*.[330] Schuldeisers kunnen zich verhalen op het vermogen van deze vennoten mochten er ongeoorloofde uitkeringen zijn gedaan. Deze situatie verandert zoals gezegd op het moment dat de vennoten beperkte aansprakelijkheid genieten. In dat geval kan een belangenconflict ontstaan.[331] De beperkte aansprakelijkheid zorgt ervoor dat vennoten eerder geneigd zullen zijn uitkeringen aan zichzelf te doen, aangezien zij daardoor niet via hun (initiële) investeringen aan de verplichtingen van de vennootschap bijdragen of deze kwijtraken bij faillissement. Aan de andere kant zullen vennoten als bescherming tegen vorderingen op grond van onrechtmatige daad of wanprestatie waarvoor zij persoonlijk verantwoordelijk kunnen worden gehouden, zoveel mogelijk uitkeringen willen voorkomen en daarmee vermogen binnen de vennootschap houden. Om dit conflict te voorkomen kunnen de vennoten in de vennootschapsovereenkomst afspraken over uitkeringen opnemen.

Sommige LLP-regelingen bevatten specifieke uitkeringsregels zodat schuldeisers een grotere kans op verhaal hebben. De LLP-regeling van Californië bepaalt bijvoorbeeld dat een uitkering niet mag worden verricht indien de vennootschap na de uitkering niet meer in staat zou zijn om aan haar opeisbare verplichtingen te voldoen of indien de vennootschap ten tijde van de uitkering wordt ontbonden en het totaal aan activa kleiner is dan de som van de schulden plus het bedrag dat nodig zou zijn om te kunnen voldoen aan de preferente rechten van vennoten, die voorrang hebben op de vennoten die de uitkeringen ontvingen.[332] Ook in Oregon kan een uitkering alleen worden verricht als de vennootschap na de uitkering nog in staat is om de opeisbare schulden die zich voordoen in de normale bedrijfsgang, te betalen. Tevens is vereist dat de reële waarde (*fair value*) van het totaal aan activa gelijk is of groter is dan het totaal aan passiva.[333] De LLP-regeling van Colorado bevat een uitkeringscriterium dat inhoudt dat uitkeringen niet mogen worden verricht als op het moment van de uitkering, de schulden van de LLP door de uitkering groter zijn dan de reële waarde van de activa van de vennootschap. Alleen het bedrag van de reële waarde van het bezit van de vennootschap, waarop een schuldeiser specifiek

330. RUPA 1997 bevat wel een artikel over de uitkeringen dat bepaalt dat vennoten geen uitkeringen mogen ontvangen en dat zij niet gehouden mogen worden een uitkering te accepteren (RUPA 1997, § 402). Dit artikel is van regelend recht, waardoor uitkeringen wel mogen plaatsvinden indien een meerderheid van de vennoten hiertoe beslist.
331. Bromberg, A.R. en L.E. Ribstein (2009), *supra* noot 298, § 2.09(h) en 4.04(d).
332. Cal. Corp. Code § 16957.
333. Or. Rev. Stat. § 67.615.

verhaal heeft en dat het bedrag van de verhaalsvordering overtreft, wordt meegenomen in de berekening van de waarde van de activa. Uitkeringen die een redelijke compensatie vormen voor diensten die zijn uitgevoerd door vennoten of die zijn gedaan voor pensioenplannen of vergelijkbare doeleinden, vallen niet onder de uitkeringsrestricties. De vennoot die niet wist dat de uitkering was verricht in strijd met de uitkeringsrestricties is niet aansprakelijk.[334] De uitkeringsbepaling van Delaware is nagenoeg hetzelfde als die van Colorado.[335]

Uitkeringsbeperkingen kunnen een serieuze impact hebben op professionele personenvennootschappen.[336] Zij kunnen een onderscheid maken tussen vennoten die loon ontvangen en vennoten die betaald krijgen in de vorm van uitkeringen. Veel professionele vennootschappen kiezen ervoor hun winsten uit te keren aan de vennoten. Indien aan de uitkeringen wettelijke eisen wordt verbonden, kan dit een probleem vormen. Sommige regelgevingen houden met dit probleem rekening.[337] Indien een LLP-regeling geen uitkeringseisen bevat, kan voor ongeoorloofde uitkeringen aansprakelijkheid ontstaan op grond van een doorbraak aansprakelijkheid of het recht inzake de *fraudulent transfer*.

3.14.5 Uitkeringen en de Engelse LLP

In het Verenigd Koninkrijk is in de faillissementswet voor de Britse LLP een speciale bepaling (*adjustment of withdrawals*) geïntroduceerd die vennoten aansprakelijk houdt voor onttrekkingen aan het vermogen van de vennootschap die aanleiding geven tot de situatie dat de vennootschap niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen of die hebben plaatsgevonden terwijl de vennootschap niet voldoende vermogen had om haar schulden te betalen.[338] Onttrekkingen kunnen onder andere zijn: een uitbetaling van een deel van de winst, betaling van loon en (terug)betaling van rente.[339] Vereiste voor aansprakelijkheid is dat de vennoten op het moment van de onttrekking wisten of redelijke gronden hadden om te behoren te weten dat de LLP niet in staat was of door de onttrekking niet in staat zou blijven, om aan haar verplichtingen te voldoen. Om vast te stellen of er sprake was van redelijke gronden voert de rechter een *minimum objective test* en een *onerous subjective test* uit. De eerste test houdt in dat er getoetst wordt aan hetgeen een redelijke vennoot behoorde te weten in zijn of haar positie.[340] De tweede test houdt in dat gekeken wordt naar wat de

334. Colo. Rev. Stat. § 7-64-1004.
335. Del. Code Ann. tit. 6, § 15-309.
336. Bromberg, A.R. en L.E. Ribstein (2009), *supra* noot 298, § 4.04(d).
337. Colorado, California, Delaware, North Dakota en Oregon.
338. 214a Insolvency Act 1986: Adjustment of withdrawals.
339. Section 214a (2) Insolvency Act 1986.
340. Section 214a (6)(a) Insolvency Act 1986.

betreffende vennoot had moeten weten gegeven zijn of haar persoonlijke vaardigheden, ervaring en kennis.[341] De rechter heeft een grote discretionaire bevoegdheid bij de vaststelling van de hoogte van het aansprakelijkheidsbedrag..[342] Dit bedrag kan echter niet hoger zijn dan het totale bedrag van de onttrekkingen die de vennoot heeft gepleegd in de periode van twee jaar voor aanvang van liquidatie.[343] Deze bepaling is zowel van toepassing op vennoten als op de facto vennoten (*shadow members)*.[344]

3.14.6 Doorbraakaansprakelijkheid, wrongful trading *en* fraudulent trading rule *in het Verenigd Koninkrijk*

De *fraudulent trading* en de *wrongful trading* bepalingen uit de *Insolvency Act 1986* zijn ook van toepassing op de LLP en zijn eerder in het kader van de schuldeisersbeschermingsstandaarden bij kapitaalvennootschappen besproken.[345] In *Limited Liability Partnerships (Application of Companies Act 2006) Regulations 2009* is de strafrechtelijke bepaling over *fraudulent trading* uit de *Companies Act 2006* mede van toepassing verklaard op de Britse LLP.[346]

3.14.7 Doorbraakaansprakelijkheid, wrongful trading *en* fraudulent transfer rule *in de Verenigde Staten*

In de Verenigde Staten hebben de staten Arizona en Colorado in hun LLP-regelgeving een bepaling opgenomen die expliciet de doctrine van de doorbraak van aansprakelijkheid zoals ontwikkeld voor kapitaalvennootschappen van toepassing verklaard op LLP's. Bij traditionele doorbraakzaken was de rechterlijke aandacht niet gericht op passieve aandeelhouders maar op actieve investeerders. De zaken waarin succesvol een doorbraak van aansprakelijkheid werd bewerkstelligd, betroffen individuen die zowel aandeelhouder als bestuurder van de vennootschap waren.[347] In de LLP's is over het algemeen sprake van een eigenaar-bestuurde vennootschap. Gelet op de jurisprudentie is de kans op de doorbraakaansprakelijkheid in deze vennootschappen dus groot. Als de LLP-regelgeving geen specifieke uitkeringsregels bevat, kan doorbraak van aansprakelijkheid deze regels vervangen, zodat de rechter aan de hand van de omstandigheden van het geval kan bepalen of de uitkeringen onrechtmatig

341. Section 214a (6)(b) Insolvency Act 1986.
342. Section 214a (3) Insolvency Act 1986.
343. Section 214a (4) Insolvency Act 1986.
344. Zie hiervoor: paragraaf 5.6.6.2.
345. Zie hiervoor: paragrafen 3.11.3-3.11.5.
346. Regulation 47 van de Limited Liability Partnerships (Application of Companies Act 2006) Regulations 2009.
347. Thompson, R.B. (1994), 'Unpacking Limited Liability: Direct and Vicarious Liability of Corporate Participants for Torts of the Enterprise', 47 VanderBilt Law Review, blz. 1-41.

waren.[348] Het is niet duidelijk of de wetgeving over frauduleuze transacties door 'Amerikaanse' *partnerships* ook op LLP's van toepassing zijn. Deze gaat uit van een onbeperkte aansprakelijkheid van partners. De LLP-regeling van Arizona verwijst naar de zelfstandige regeling over frauduleuze overdrachten.[349] Deze regeling bepaalt dat de uitkeringsvoorwaarden zowel voor bestaande als voor nieuwe verplichtingen gelden. Een transactie zou frauduleus zijn als de transactie heeft plaatsgevonden met de intentie om bepaalde schuldeisers te benadelen.[350] De North-Dakota LLP-regeling verwijst naar de uitkeringsregels van het kapitaalvennootschapsrecht.[351] In die situatie kan de rechter aanhaken bij de regels en vereisten die gelden voor kapitaalvennootschappen en commanditaire vennootschappen (*limited partnerships*).[352]

3.14.8 Vennootschap en verzekering

Wanneer binnen een vennootschap een beroepsbeoefenaar en een cliënt een zakelijke overeenkomst aangaat, zal dit financiële risico's met zich brengen. Indien beide partijen risico-avers zijn, dat wil zeggen de kans op winst hoger inschatten dan die op verlies, zal ter afdekking van het aansprakelijkheidsrisico of de beroepsbeoefenaar een verzekering dienen af te sluiten of de cliënt. In een perfecte wereld zal het niet uitmaken wie dit op zich neemt, omdat via het prijsmechanisme compensatie wordt afgedwongen voor het verhoogde risico. De perfecte wereld bestaat echter niet omdat niet elke partij de verliezen op dezelfde wijze analyseert, niet elke partij op dezelfde wijze een verzekering afsluit en de verzekeringskosten die de partijen moeten betalen van elkaar verschillen.[353] De partij die de beste verzekering voor de beste prijs kan afsluiten, is dan over het algemeen de partij die het risico zal dienen te lopen. In de relatie beroepsbeoefenaar – cliënt zal dit vaak de eerste zijn. Problemen ontstaan op het moment dat de potentiële aansprakelijkheid groter is dan het maximaal beschikbare dekkingsbedrag van een verzekering of het verzekeringsbedrag waarvoor nog een betaalbare premie wordt gevraagd. Indien de mogelijke claim lager is dan het te verzekeren bedrag dan zal het voor het niveau van zorg en controle niet uitmaken of er sprake is van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid of onbeperkte aansprakelijkheid. De vennootschap zal onder zowel het regime van onbeperkte als beperkte aansprakelijkheid gepaste maatregelen nemen om de schade te voorkomen. Indien de potentiële claim veel groter is dan het dekkingsbedrag ontstaat wel een verschil. Bij

348. Vgl: Bromberg, A.R. en L.E. Ribstein (2009), *supra* noot 298, § 3.07.
349. Ariz. Rev. Stat. § 29-1026(F).
350. Ariz. Rev. Stat. § 44-1004(B).
351. N.D. Cent Code § 45-22-10.
352. § 508 en § 509 ULPA (2001).
353. Calabresi, G. (1961), 'Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts', 70 Yale Law Journal, blz. 499-553.

onbeperkte aansprakelijkheid zal het privé-vermogen van de vennoten worden aangesproken. Bij beperkte aansprakelijkheid is het vermogen van de 'onschuldige' vennoten veilig. Vennoten prefereren in dat geval een beperking van de aansprakelijkheid. Dit heeft wel een aantal consequenties aangezien het aan te spreken vermogen dan kleiner is dan de verwachte schade.[354] Het kan ertoe leiden dat de vennoten risicovollere activiteiten gaan ondernemen. Daarnaast zouden er te weinig zorgprikkels kunnen zijn. Verder zou de actor minder prikkels kunnen hebben om een verzekering af te sluiten.[355] Deze effecten kunnen worden tegengegaan door het verplicht stellen van een verzekering.[356]

Een verplichte verzekering zou om verschillende redenen te overwegen zijn. Ten eerste zal via de hoogte van de premies, afname van te risicovolle activiteiten worden afgedwongen. Ook het niveau van zorg kan worden beïnvloed door het verplicht stellen van een verzekering. Hiervoor is wel nodig dat de verzekeraar de premie kan verbinden aan het niveau van zorg dat in de vennootschap aanwezig is. Als dit niet kan, zou de verplichting tot verzekering ook de andere kant kunnen uitslaan, namelijk dat er minder zorg in acht wordt genomen.[357] Er kan een premie-gerelateerde *moral hazard* ontstaan. Dit houdt in dat door de betaling van de premie het kapitaal dat de actor kan verliezen met het bedrag van de premie afneemt.[358] Overigens zijn er beperkingen aan het

354. Shavell heeft actoren die te weinig vermogen bezitten om de hen opgelegde aansprakelijkheid te betalen ook wel *'judgement proof'* genoemd. Een vergelijkbare situatie ontstaat bij beperkte aansprakelijkheid in die zin dat er te weinig aanspreekbaar vermogen is om de schade te voldoen. Zie: S. Shavell (1986), 'The Judgement Proof Problem', 6 International Review of Law and Economics, blz. 45-58.
355. De prikkel om verzekeringen te sluiten is afhankelijk van het vermogen van de vennoten dat aangesproken kan worden en de prijs die voor de verzekering betaald moet worden. Als de hoogste potentiële claim lager of gelijk is aan het vermogen van de vennoten die aansprakelijk zijn, dan zullen ze een verzekering afsluiten voor hun potentiële aansprakelijkheid. Indien het aansprakelijke vermogen van de vennoten wordt gereduceerd dan zal de waarde van de verzekering voor de vennoten afnemen, omdat zij minder te verliezen hebben. Zij zullen dan inderdaad minder prikkels hebben om een verzekering af te sluiten en dan kunnen er risico-allocatie problemen ontstaan. De kosten voor de verzekeraar blijven namelijk hetzelfde aangezien het bedrag dat de vennoten verliezen niet het bedrag aantast die de verzekeraar moet betalen aan degenen die schade hebben geleden.
356. Verder heeft Ribstein, zoals gezegd, ingehaakt op de analyse van Easterbrook en Fischel voor de bescherming van het (menselijk) kapitaal. Aandeelhouders en bestuurders van kleinere vennootschappen zullen ook een prikkel hebben om zich te verzekeren zodat hun investeringen in de vennootschappen worden beschermd tegen vorderingen uit onrechtmatige daad en een eventueel daaruit volgend faillissement: L.E. Ribstein, (1991), *supra* noot 291, blz. 80-130. Maatregelen die bijvoorbeeld zijn getroffen om schade tot het verzekerde bedrag tegen te gaan, zoals toezicht- en controleprocessen, kunnen ook meewerken bij het voorkomen van schadeclaims die ver boven het verzekerde bedrag uitgaan en zullen doorgaans niet buiten werking worden gesteld.
357. Shavell, S. (2004), *supra* noot 100, blz. 24.
358. Shavell, S. (2004), *supra* noot 100, blz. 4.

hanteren van de verplichte verzekering. Schadeclaims kunnen de dekking van een verplichte verzekering overtreffen. In dat geval zal de derde ook zelf een verzekering moeten sluiten of zou er bijvoorbeeld een publiek garantiefonds opgericht kunnen worden. In de Verenigde Staten hebben Californië, Connecticut, Massachusetts, New Mexico, Oklahoma, Rhode Island, South Carolina, Texas, Washington en West Virginia in hun LLP-regelingen een verplichting tot het afsluiten van een verzekering of een soortgelijk beschermingsmechanisme (*bonding requirement*) opgenomen om het tekort aan verhaalbaar vermogen van de vennootschap aan te vullen.

Uit het voorgaande blijkt dat zowel in de Verenigde Staten als in het Verenigd Koninkrijk diverse waarborgen zijn gecreëerd, die de belangen van schuldeisers van LLP's beschermen. Samen met de optie van verzekering, de mogelijkheden van *creditor self help*, het reputatiemechanisme en het feit dat vennoten hun investeringen in menselijk kapitaal veilig willen stellen, zou dit voldoende bescherming voor de schuldeisers kunnen betekenen. Of toch niet?

3.15 Argumenten tegen kleine besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid

Er is veel kritiek geuit op het beschikbaar stellen van beperkte aansprakelijkheid aan alle soorten vennootschappen.[359] Ten eerste is de daaraan ten grondslag liggende efficiëntietheorie bekritiseerd omdat zij onvoldoende rekening houdt met de speciale karakteristieken van private vennootschappen. Die lopen uiteen van vennootschappen waarin bestuur en aandeelhoudersschap samenvallen tot vennootschappen waarin die ver uit elkaar liggen en er ter compensatie een toezichtstructuur is.[360] Daarnaast zijn deze vennootschappen ook nog eens actief in een breed scala aan sectoren. Volgens Hillman zou moeten worden nagegaan wat er onder actieve participatie wordt verstaan en op welke wijze dit relevant is voor de beperking van aansprakelijkheid.[361] In het verlengde hiervan wordt gesteld dat wanneer er geen scheiding tussen eigenaarsbelangen en bestuur is, er geen sprake zal zijn van toezichtkosten om het bestuur te controleren.[362] Het voordeel van de afname van deze kosten, dat volgens de efficiëntietheorie wordt bereikt door beperkte aansprakelijkheid, zou

359. Freedman, J. (2000), *supra* noot 64, blz. 317-354.
360. Hillman, R.W. (1992), 'Limited Liability and Externalization of Risk: A Comment on the Death of Partnership', 70 Washington University Law Quarterly, blz. 477-487.
361. Hillman volstaat met een constatering hiervan maar werkt zelf verder niet uit op welke wijze de actieve participatie relevant is voor de beperking van aansprakelijkheid.
362. Vgl: Easterbrook, F.H. en D.R. Fischel (1991), *supra* noot 91, blz. 56.

in dat geval wegvallen. De onbeperkte aansprakelijkheid in personenvennootschappen zou vennoten aanmoedigen om het gedrag onderling te controleren, en zou een prikkel geven om fouten te voorkomen en ervan af te zien om in onrechtmatige activiteiten te participeren.[363] Een ander argument tegen de beperking van aansprakelijkheid heeft te maken met het besloten karakter van deze vennootschappen. De aandelen/participaties zijn niet aan de beurs genoteerd en vaak niet vrij verhandelbaar, om ervoor te zorgen dat degenen die investeren op een lijn zitten met de bestaande besluitnemers of omdat de vennootschap gebaseerd is op samenwerking.[364] Hierdoor zou er geen controle en sturing van de bestuurders door aandeelprijzen zijn, zoals beargumenteerd door de efficiëntietheorie.[365]

3.15.1 Overwegingen van efficiëntie en democratie tegen kleine besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid

Het argument van Zolt en Klein dat beperkte aansprakelijkheid ook beschikbaar zou moeten worden gesteld aan kleine private vennootschappen, zonder dat zij belast worden met de complicaties die incorporatie met zich meebrengt, wordt aangevochten door Callison. Hij stelt dat zij tekort schieten in het onderscheiden van de verschillen tussen personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen, met name op het punt van de voordelige belastingheffing bij de personenvennootschappen. Aangezien de *democracy* theorie veronderstelt dat personen die zich in eenzelfde situatie bevinden op eenzelfde wijze behandeld zouden moeten worden, ongeacht hun welvaart of portfoliogrootte, is het te beargumenteren dat entiteiten die geen belastingen betalen niet dezelfde toegang tot de aansprakelijkheidsbeschermingen zou mogen worden verleend als vennootschappen die wel belastingen betalen.[366] Het feit dat de belastingdienst sommige vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid behandelen als personenvennootschappen is volgens Callison geen reden voor staten om beperkte aansprakelijkheid beschikbaar te stellen aan alle vennootschappen, die zijn geclassificeerd als personenvennootschappen. Daarnaast stelt Callison dat een verschillende aansprakelijkheidsbehandeling werd goedgekeurd, omdat tot recentelijk door het democratische rechtsgebied geen beperkte aansprakelijkheid beschikbaar werd gesteld aan kleine ondernemers die niet incorporeerden.[367] Volgens Callison dient men bij de vraag voor wie beperkte aansprakelijkheid beschikbaar zou moeten zijn, niet zozeer te kijken naar de

363. Fortney, S.S. (1997), *supra* noot 26, blz. 717-768.
364. Easterbrook, F.H. en D.R. Fischel (1991), *supra* noot 91, blz. 56.
365. Manne, H.G. (1967), *supra* noot 25, blz. 259-284.
366. Callison, J.W. (2003), 'Rationalizing Limited Liability and Veil Piercing', 58 The Business Lawyer, blz. 1063-1072.
367. Callison, J.W. (2001), *supra* noot 269, blz. 951-981.

rechtsvorm maar naar karakteristieken en de gelijksoortigheid van vennootschappen, bijvoorbeeld klein en besloten met een vraag naar investeringsgelden ten opzichte van grote en publieke vennootschappen.[368]

3.15.2 Tegenargumenten vanuit het verzekeren

Het argument van Ribstein dat aandeelhouders een wezenlijke dreiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad ondervinden en daarom een prikkel zouden hebben om zich te verzekeren, vindt Hillman een gevaarlijke generalisatie die vraagt om een verklaring. Daarnaast geeft Hillman aan dat er door de verschillen tussen de beursgenoteerde vennootschappen en de kleinere besloten vennootschappen er bij deze vennootschappen van elkaar afwijkende verzekeringsprikkels zijn. Wanneer aandeelhouders ook de functie van bestuurder uitoefenen, zouden zij wel of niet een prikkel kunnen hebben om zich te verzekeren, om zodoende een gedwongen liquidatie van het vermogen van de vennootschappen af te wenden. Onder omstandigheden waarin het vermogen van een vennootschap aanzienlijk minder waard is dan de voorzienbare aansprakelijkheden, zouden de kosten van een volledige verzekering de voordelen van de voorkoming van een gedwongen liquidatie, kunnen overtreffen.[369] Hierdoor zal er geen prikkel zijn om een verzekering af te sluiten. Daarnaast zullen verzekeraars een hogere premie vragen aan vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, hetgeen tegen het afsluiten van een verzekering zou werken. De mogelijkheid van verschillen in aansprakelijkheid tussen vennoten zou ertoe kunnen leiden dat de vennoten met de grootste bescherming de idee kunnen opvatten dat de vennootschap minder verzekering nodig heeft. Daarnaast zou de kans groter zijn dat vennoten door de beperkte aansprakelijkheid ook elkaar in een juridische procedure zouden betrekken. Hierdoor zouden er meer proceskosten worden gemaakt waardoor er minder verzekeringsgeld over zou blijven om de vorderingen van schuldeisers te voldoen.[370]

3.16 Conclusie beperkte aansprakelijkheid voor kleine besloten vennootschappen

Ondernemers hebben via incorporatie de mogelijkheid om hun privé-vermogen veilig te stellen tegen vorderingen van schuldeisers van hun vennootschap. Naast deze beperking van de aansprakelijkheid zorgt incorporatie er echter tegelijkertijd voor dat zij te maken krijgen met regels die gericht zijn op een vennootschap waarin de eigenaarsbelangen gescheiden zijn van het bestuur.

368. Callison, J.W. (2003), *supra* noot 366, blz. 1063-1072.
369. Hillman, R.W. (1992), *supra* noot 360, blz. 477-487.
370. Fortney, S.S. (1997), *supra* noot 26, blz. 717-768.

Voor beroepsbeoefenaren is de personenvennootschapsvorm vaak de optimale rechtsvorm vanwege de flexibele bestuurstructuur en de transparante fiscale behandeling. Vennoten in deze rechtsvorm kunnen echter aansprakelijk zijn op basis van hun status als vennoot. Hierdoor kunnen zij grote risico's lopen, die zij in veel gevallen niet kunnen voorkomen. Door het grotere aantal aansprakelijkstellingen, de toegenomen hoogte van claims en als gevolg daarvan de reductie in verzekeringsopties, zijn in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk nieuwe rechtsvormen ontwikkeld. Deze personenvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid zouden ervoor kunnen zorgen dat een spanning ontstaat tussen de belangen van de vennoten en de belangen van andere betrokkenen bij de vennootschap, zoals schuldeisers.

Een belangrijk argument tegen deze nieuwe rechtsvormen is dat het beperkte aansprakelijkheidsregime bij kleine besloten vennootschappen eerder zou kunnen leiden tot realisatie van het *moral hazard* gevaar. Dit zou komen doordat de vennoten zowel het eigenaarsbelang bezitten als degene zijn die de beslissingen nemen over de bedrijfsvoering. Hierdoor zullen zij zelf de vruchten plukken van deze activiteiten. Door de beperkte aansprakelijkheid zullen zij bij de uitvoering van de activiteiten aan te weinig (privé) financiële risico's worden blootgesteld, die voor positieve gedragsprikkels zouden moeten zorgen. Het gevolg zou kunnen zijn dat te risicovolle activiteiten worden ondernomen. Voornamelijk de *non-adjusting* schuldeisers zullen hiervan de dupe zijn, aangezien het risico op hen wordt afgewenteld. Sommigen vinden dit ongewenst, omdat volgens hen de vennoten het risico het beste zouden kunnen dragen. Argumenten tegen deze risico-allocatie bij kleine besloten vennootschappen zijn te geven. De kleine besloten vennootschappen hebben te weinig onderhandelingsmacht om onder een onbeperkt aansprakelijkheidsregime enige beperking af te dwingen, terwijl de schuldeisers vaak beter in staat zijn te diversificeren. De schuldeisers kunnen hierdoor het risico goed verminderen. Reputatie en de angst om investeringen in de vennootschap en in menselijk kapitaal te verliezen, kunnen verder belangrijke factoren zijn die tegenwicht bieden aan de eventuele ongewenste effecten van beperkte aansprakelijkheid en aanzetten tot het afsluiten van verzekeringen. Daarnaast leiden vrijwaringen en verzekeringen tot meer controle en toezicht zodat de angst voor aansprakelijkheid, die zou kunnen voortvloeien uit het toezicht houden op medevennoten en het onderling samenwerken, wordt weggenomen. Het c*reditor self help*-mechanisme kan er verder voor zorgen dat ook bij de kleine besloten vennootschappen een adequate en op de situatie afgestemde bescherming wordt geboden. In de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk wordt dit mechanisme nog aangevuld met beschermingsregels voor de belangen van derden. Naast de waarborgen in het vennootschapsrecht, bevinden deze zich ook in het faillissementsrecht en in beroepsregels. Onbeperkte aansprakelijkheid zorgt niet voor de garantie dat er voldoende vermogen aanwezig is om de schulden te kunnen

voldoen. Door beperkte aansprakelijkheid worden ondernemers gestimuleerd om hun onderneming op te richten en worden beroepsbeoefenaren in staat gesteld hun beroep uit te oefenen, zonder dat zij daarbij beperkt worden door grote financieel onzekere gevolgen, die vervolgens zouden kunnen leiden tot maatschappelijk ongewenste gevolgen en daarmee hoge kosten.

3.17 Conclusie

Bij de keuze voor een rechtsvorm door ondernemingen spelen de vennootschapstructuur, de fiscale behandeling en de aansprakelijkheid een centrale rol. De relatie tussen de investeerders en de bestuurders, de activiteiten, en de doelstellingen van de vennootschap bepalen voor een groot deel welke structuur het beste bij de vennootschap zal passen. Hierbij kan een onderscheid gemaakt worden tussen rechtsvormen waarbij aan de vennootschappen veel vrijheid wordt overgelaten om de structuur in te vullen, en rechtsvormen waarbij de invulling voor het grootste gedeelte is opgenomen in wetgeving en corporate governance codes. Wanneer de belastingdruk per rechtsvorm verschillend is, kunnen fiscale motieven aan de keuze ten grondslag liggen. Het verschil van belastingdruk ontstaat voornamelijk door het niveau waarop belasting wordt geheven. De vennootschap kan zelf subject zijn van belasting, of kan gezien worden als een transparante vennootschap. In dat geval zal de belasting worden geheven op het niveau van de participanten. De aansprakelijkheid is de laatste zwaarwegende factor bij de keuze. De rechtsvorm bepaalt welk aansprakelijkheidsregime van toepassing is. Bij incorporatie wordt het aansprakelijke vermogen van de aandeelhouders beperkt. Bij onbeperkte aansprakelijkheid kunnen participanten in een vennootschap aansprakelijk zijn voor de gehele schade veroorzaakt door de vennootschap, of een proportioneel deel daarvan. De verschillende aansprakelijkheidsregimes resulteren in zowel positieve als negatieve externe effecten op de belangen van de betrokkenen bij de vennootschap, en daarnaast op maatschappelijke belangen.

De geschiktheid van een beperkt of onbeperkt aansprakelijkheidsregime kan bekeken worden tegen de achtergrond van de uitgangspunten van het utilisme en de rechtseconomie enerzijds en het kantianisme anderzijds. Deze rechtstheorieën bevatten verschillende opvattingen over de verhouding tussen gerechtigheid, doelmatigheid en rechtszekerheid. Deze krijgen een andere invulling binnen de onderscheiden aansprakelijkheidsregimes. De rechtseconomie gaat uit van het standpunt dat bepaalde belangen opgeofferd kunnen worden als dit uiteindelijk leidt tot een totaal batig effect voor de maatschappij als geheel. Gerechtigheid is dan gelijk aan doelmatigheid. Volgens de rechtseconomie kan beperkte aansprakelijkheid een maatschappelijk (economisch) gewenste situatie creëren. In het kantianistisch denken kan dit leiden tot

problemen omdat het kan resulteren in strijd met de vrijheid, de autonomie, van bepaalde actoren. Een verbinding kan dan gelegd worden met de waarborgfunctie van het recht. Voornamelijk de belangen van *non-adjusting* schuldeisers zouden in dit licht bescherming verlangen, ongeacht de economische gevolgen van deze bescherming. In een beperkt aansprakelijkheidsregime kunnen deze waarborgen echter ook geboden worden. Dat kan door kapitaalbeschermingsmechanismen, het *creditor self help*-mechanisme, en door uitspraken van de rechter. Vragen over de risico-allocatie en de bescherming van de belangen van schuldeisers spelen zowel bij publieke kapitaalvennootschappen als bij kleine besloten vennootschappen. De efficiëntie- en de pro rato theorie hebben een belangrijke rol gespeeld in deze discussie. De theorieën verschillen in hun standpunt over de balans tussen deze effecten onder de verschillende regimes, en over de vraag wie het beste de externe kosten kan dragen die de vennootschap veroorzaakt. Hierbij wordt op verschillende wijze gebruik gemaakt van de mogelijkheid tot verzekering.

De toepassing van beperkte aansprakelijkheid bij kleinere private vennootschappen is enerzijds bepleit maar anderzijds ook tegengesproken. Omdat er weinig empirisch bewijs is dat ofwel de efficiëntie, ofwel de inefficiëntie van de beperkte aansprakelijkheid voor personenvennootschappen ondersteunt, gaat het om een complexe vraag waarop niet eenvoudig antwoord is te geven. De theoretische literatuur neemt een verdeeld standpunt in. De rechtseconomische literatuur laat derhalve de vraag, of in personenvennootschappen de voordelen van beperkte aansprakelijkheid opwegen tegen de nadelen open. Indien echter een beperkt aansprakelijkheidsregime tot voldoende waarborgen kan leiden, waardoor belangen zo goed als gelijkelijk worden beschermd, en tevens de taart een slag groter kan maken waardoor elk stukje in grootte toeneemt, dan zou dit regime afhankelijk van de verdere invulling van het rechtssysteem een gewenste oplossing kunnen zijn. In de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk zijn tegen deze achtergrond en mede naar aanleiding van de onverzekerbaarheid van de beroepsaansprakelijkheid, nieuwe rechtsvormen met beperkte aansprakelijkheid geïntroduceerd. Om een antwoord te geven op de vraag of een LLP gewenst is in een Nederlandse situatie dient bekeken te worden hoe de waarborgen van een mogelijke LLP ingevuld zouden kunnen worden en in hoeverre de LLP dan nog verschilt met de nieuwe flex-BV. Met dit hoofdstuk is inzicht gegeven in welke waarborgen nuttig en zinvol zijn en op welke wijze in het buitenland hier invulling aan is gegeven. In de volgende hoofdstukken wordt dieper op deze nieuwe rechtsvormen ingegaan.

Hoofdstuk 4. De Verenigde Staten

4.1 Inleiding

In de Verenigde Staten kunnen ondernemers uit een groot aantal rechtsvormen kiezen. Aan het einde van de twintigste eeuw hebben lobbyactiviteiten door het bedrijfsleven en de advocatuur en de jurisdictionele competitie in diverse staten op het gebied van het vennootschapsrecht verregaande veranderingen teweeggebracht. Zowel verbetering van het bestaande, als de ontwikkeling van nieuw vennootschapsrecht door de introductie van nieuwe rechtsvormen, was het resultaat. Daarom komt in dit hoofdstuk de volgende deelvraag als eerste aan bod: *Welke ontwikkelingen hebben zich de afgelopen tijd in de Verenigde Staten op het gebied van het vennootschapsrecht voorgedaan?* Hierbij ga ik vervolgens in op de deelvragen: *Welke rechtsvormen zijn er beschikbaar voor het MKB en de beoefenaren van het vrije beroep?* en *Welke redenen liggen ten grondslag aan de introductie van nieuwe vennootschapsvormen?* De nadruk ligt hierbij op de rechtsvormen waarin beperkte aansprakelijkheid gecombineerd is met inrichtingsvrijheid van de vennootschapstructuur en een transparante fiscale behandeling. Vervolgens bespreek ik de uitwerking van de rechtsvormen in het vennootschapsrecht, waarbij de nadruk ligt op de aansprakelijkheid. Hieruit kunnen mogelijkheden worden afgeleid voor een eventuele Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Aan het einde van het hoofdstuk bespreek ik daarom de deelvraag: *Welke zaken uit het Amerikaanse vennootschapsrecht kunnen een rol spelen bij een eventuele introductie van een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid in Nederland?* Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

4.2 Rechtsvormen in de Verenigde Staten

4.2.1 Corporations vs. Partnerships

In de begindagen van de Verenigde Staten waren er voor ondernemers slechts twee rechtsvormen: de (*general*) *partnership* (personenvennootschap) en de

corporation (kapitaalvennootschap).[1] Voor het oprichten van een kapitaalvennootschap was een formele erkenning van een soeverein persoon of de overheid vereist. Tijdens de koloniale dagen werd voor de vele agrarische ondernemingen voornamelijk de personenvennootschapsvorm gebruikt. De kapitaalvennootschapsvorm werd in beginsel alleen gebruikt voor publieke doeleinden, zoals het oprichten van kerken, scholen, begraafplaatsen en goede doelen, en daarnaast voor het incorporeren van banken. Aan het begin van de negentiende eeuw kwam deze rechtsvorm op, nadat diverse staten algemene incorporatiewetgeving hadden aangenomen. De kapitaalvennootschap is daarna lange tijd de gebruikelijke rechtsvorm in de Verenigde Staten geweest voor zowel de beursgenoteerde vennootschappen als de kleine private ondernemingen.[2] Aan het begin van de twintigste eeuw ontwikkelde zich een jurisdictionele competitie op het gebied van het kapitaalvennootschapsrecht. Dit recht werd om zoveel mogelijk vennootschappen aan te trekken door de staten zo gunstig mogelijk gemaakt. De focus was gericht op de grotere beursgenoteerde vennootschappen. Kleine private ondernemingen konden ook de vorm van een kapitaalvennootschap aannemen, zodat ook zij het voordeel van de beperkte aansprakelijkheid verkregen. Maar zij ondervonden ook de nadelen van dubbele belasting, de dwingendrechtelijke bepalingen betreffende de structuur en de diverse formaliteiten waaraan zij moesten voldoen. Deze nadelige effecten resulteerden in de vraag naar een nieuwe rechtsvorm, waarin beperkte aansprakelijkheid kon worden gecombineerd met een gunstige belastingheffing en een flexibele invulling van de interne structuur.

4.2.2 Ontwikkeling van nieuwe rechtsvormen

In de Verenigde Staten is de ontwikkeling van nieuwe rechtsvormen voornamelijk een aangelegenheid van de afzonderlijke staten. De centrale overheid bemoeit zich hiermee nauwelijks. Bij de ontwikkeling van rechtsvormen is het van wezenlijk belang dat staatswetgevers overtuigd worden om wetsvoorstellen tot wet te verheffen.[3] Lobbyactiviteiten van zakenlieden en advocaten met een direct economisch of persoonlijk belang spelen hierbij een belangrijke rol. Men kan stellen dat belangengroeperingen door de interstatelijke competitie in de Verenigde Staten grote invloed op statelijke wetgevers kunnen uitoefenen door

1. Hamill, S.P. (1998), 'The Origins Behind the Limited Liability Company', 59 Ohio State Law Journal, blz. 1459-1522.
2. Ribstein, L.E. (1994), 'The Closely Held Firm: A View From the United States', 19 Melbourne University Law Review, blz. 950-976.
3. Hamilton, R.W. (2001), 'Professional Partnerships in the United States', 26 Journal of Corporate Law, blz. 1045-1060.

te dreigen met zetelverplaatsing naar een andere meer gewillige staat.[4] Door succesvolle lobbyactiviteiten van diverse groeperingen heeft de jurisdictionele competitie zich aan het einde van de twintigste eeuw ontwikkeld van het aanpassen van het kapitaalvennootschapsrecht, naar het creëren van nieuwe rechtsvormen en het herzien van het personenvennootschapsrecht. Door een opeenvolging van wetgevingsinnovaties op het gebied van rechtsvormen is het vennootschapsrecht in de Verenigde Staten de afgelopen jaren getransformeerd.[5] De belangrijkste ontwikkeling is het ontstaan van de *limited liability company* en de *limited liability partnership*. Om de ontwikkeling van deze nieuwe vormen te verklaren, bespreek ik deze hieronder in de context van de reeds lange tijd bestaande rechtsvormen met de nadruk op die ter beschikking staan aan het MKB en de beoefenaren van de vrije beroepen.

4.3 *Corporations* (kapitaalvennootschappen)

De *corporation* is een rechtspersoon, die wordt opgericht onder het recht van een bepaalde staat door registratie en het deponeren van de statuten bij de desbetreffende *state office*.[6] Kenmerk van een kapitaalvennootschap is dat het een kunstmatige persoon is, een entiteit met rechtspersoonlijkheid. Dit houdt in dat de vennootschap zelf rechtssubject is en daardoor zelfstandig draagster van rechten en plichten. De vennootschap is daardoor onder andere in staat om via haar bestuurders en werknemers in het rechtsverkeer te handelen, zoals goederen te kopen en te behouden, te contracteren onder eigen naam, een juridische procedure tegen iemand te beginnen of om zelf gedagvaard te worden, en voort te bestaan onafhankelijk van de individuen die haar vormen.[7] De rechtssubjectiviteit van de vennootschap brengt voorts mee dat de deelnemers in de vennootschap slechts beperkt aansprakelijk zijn. Daarnaast is de vennootschap zelf subject van belastingheffing. Hierdoor leidt het aannemen van de kapitaalvennootschapsvorm onder de Amerikaanse belastingwetten tot een dubbele belastingheffing.

---

4. McCahery, J.A. en E.P.M. Vermeulen (2005b), 'De weg naar een Nederlandse L(imited) L(iability) P(artnership); waarom de totstandkoming van nieuwe rechtsvormen moeizaam verloopt in Nederland', Lustrum Bundel Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, 'Tussen Themis en Mercurius', Deventer: Kluwer, blz. 189-203.
5. McCahery, J.A. (2004), 'Introduction: Governance in Partnership and Close Corporation Law in Europe and the United States', in: J.A. McCahery et al. (2004), 'The Governance of Close Corporations and Partnerships US and European Perspectives', New York: Oxford University Press Inc., blz 1.
6. Hynes, J.D. en M.J. Loewenstein (2005), 'Agency, Partnership, and the LLC', St. Paul: Thomson/West, blz. 192.
7. Fletcher, W.M. (1990), 'Fletcher Cyclopaedia of the Law of Corporations', Chapter 1, II, § 5. Zie ook voor de *general powers van de corporation*: Revised Model Business Corporation Act 2002, § 3.02.

De wetgeving voor kapitaalvennootschappen van de diverse staten is geheel of gedeeltelijk afgeleid van de *Model Business Corporation Act* ('**MBCA**') of van de *Revised Model Business Corporation Act* ('**RMBCA**'). De RMBCA is een model dat er alleen toe dient om de staatswetgevers te helpen bij het opstellen van hun eigen wetgeving. Hierdoor verschilt de wetgeving per staat aanzienlijk. Naast de RMBCA dienen de wetten van de staat Delaware voor andere staten ook vaak als model.[8] In de Verenigde Staten bestaan verschillende soorten kapitaalvennootschappen, die in diverse categorieën ingedeeld kunnen worden. Zo kunnen de beursgenoteerde kapitaalvennootschappen (*public corporations*) onderscheiden worden van de besloten kapitaalvennootschappen (*close corporations*), en de bedrijfskapitaalvennootschappen (*business corporations*) van de beroepskapitaalvennootschappen (*professional corporations*). Fiscaal is er een onderscheid tussen de kwalificatie als *C-corporation* en de kwalificatie als *S-corporation*.

4.3.1 Business corporations (public en close)

De beursgenoteerde kapitaalvennootschappen (*public corporations*) zijn vennootschappen waarvan de vrij verhandelbare aandelen in handen zijn van grote groepen verschillende investeerders.[9] Kenmerkend voor deze vennootschappen is dat investeerders de mogelijkheid hebben, door aandelen te kopen en te verkopen om tot de onderneming toe- en uit te treden. Daarnaast is het eigenaarsbelang gescheiden van het bestuur. Van oudsher zijn de concepten en principes voor kapitaalvennootschappen ontwikkeld met deze beursgenoteerde vennootschappen in het achterhoofd. Vooral voor 1960 werden de regels voor de vennootschapstructuur van toepassing verklaard op zowel de grote beursgenoteerde als de kleinere besloten kapitaalvennootschap (*close corporation*).[10] Kleine besloten vennootschappen vereisen echter afwijkende interne mechanismen omdat zij een verschillende economische structuur hebben.[11] Dit heeft te maken met een aantal kenmerken van deze vennootschappen: het kleine aantal aandeelhouders, de afwezigheid van een markt voor de aandelen, en het feit dat alle of het overgrote deel van de aandeelhouders in een besloten

8. Schneeman, A. (2002), 'The Law of Corporations and Other Business Organizations', St. Paul: Thomson, blz. 169.
9. Een *publicly held corporation* kan volgens Hamilton gedefinieerd worden als: *'[O]ne that has a sufficiently large number of shareholders that there has developed an active established market in which shares are traded'*. R.W. Hamilton (1996), 'The law of corporations; in a nutshell', St. Paul, Minnesota: West Publishing, blz. 286.
10. O'Neal, F.H. (1972), 'Close Corporation Legislation: A Survey and an Evaluation', 1972 Duke Law Journal, blz. 867-894.
11. Easterbrook, F.H. en D.R. Fischel (1991), 'The Economic Structure of Corporate Law', Cambridge: Harvard University Press, blz. 232.

kapitaalvennootschap deelneemt aan het bestuur en/of de operationele processen van de onderneming.[12] Diverse staten hebben inmiddels specifieke wetgeving voor de besloten kapitaalvennootschap. Er zijn twee soorten wetgevingen te onderscheiden.[13]

4.3.1.1 Wetgeving voor *close corporations*

De eerste soort omvat wettelijke bepalingen die de speciale behoeften van de besloten kapitaalvennootschappen wel erkennen, maar niet exclusief van toepassing zijn op deze vennootschappen, de zogenaamde niet-geïntegreerde wettelijke bepalingen. Zij definiëren de *close corporations* niet als zodanig, maar beperken de toepassing vaak tot vennootschappen waarvan de aandelen niet op de beurs worden verhandeld. Door de afwezigheid van een definitie in niet-geïntegreerde wettelijke bepalingen is er veel jurisprudentie ontstaan. Rechters passen echter van elkaar afwijkende criteria toe om te bepalen of een vennootschap een *close corporation* is. Over het algemeen is de aanwezigheid van één of meer van de volgende omstandigheden bepalend voor de kwalificatie als *close corporation*: (i) er is een klein aantal aandeelhouders, (ii) de aandeelhouders wonen over het algemeen in hetzelfde geografische gebied, kennen elkaar, en zijn daarnaast bekend met elkaars vaardigheden in relatie tot de vennootschap, (iii) alle of bijna alle aandeelhouders zijn actief in de vennootschap, en fungeren normaal gesproken als directeuren of bestuurders; en (iv) er is geen ontwikkelde markt voor de aandelen.[14] Naast de niet-geïntegreerde wetgeving zijn er ook staten met geïntegreerde wetgeving. Deze wetgeving bevat verschillende bepalingen die speciaal van toepassing zijn op de als *close corporations* gekwalificeerde vennootschappen. Hierin zijn vereisten opgenomen om gekwalificeerd te kunnen worden als een *close corporation*.

4.3.1.2 Gevolgen van de kwalificatie als *close corporation*

De kwalificatie als besloten kapitaalvennootschap biedt een aantal voordelen. De wetgeving staat over het algemeen meer flexibiliteit toe in de invulling van

---

12. Naast deze factoren worden ook als onderscheidende kenmerken van de *public corporation* ten opzichte van de *close corporations* genoemd: economische macht, bureaucratische structuur, openbaarheid van informatie en bronnen van kapitaal. Zie: R.W. Hamilton (1996), *supra* noot 9, blz. 313-315.
13. Baruch Gitlin, J.D. (2003), 'When is Corporation Close, or Closely-Held, Corporation Under Common or Statutory Law', 111 American Law Reports 5th 207, § 2(a).
14. Zie onder andere: *Albers v. Edelson Technology Partners L.P.*, 201 Ariz 47, 31 P3d 821, 111, A.L.R. 5th 715 (Ct. App. Div. 1 2001), *Balvik v. Sylvester*, 411 N.W.2d 383 (N.D. 1987), *Landstrom v. Shaver*, 1997 SD 25, 561 N.W.2d 1 (D.D. 1997), *Johns v. Caldwell*, 601 S.W.2d 37 (Tenn. Ct. App. 1980).

de *corporate governance*. De wetgeving kan bijvoorbeeld bepalen dat een aparte raad van bestuur achterwege gelaten kan worden. Vennootschappen kunnen zelf besluiten om bestuurd te worden door de aandeelhouders zoals bij een personenvennootschap of door gebruik van een ander soort bestuurssysteem. Daarnaast verschaffen veel regelingen de mogelijkheid om de overdraagbaarheid van aandelen te blokkeren. Verder voorziet de wetgeving ook in een bepaald niveau van bescherming van minderheidsaandeelhouders van de *close corporation*.[15] Ondernemers die een besloten kapitaalvennootschap oprichten, zien zichzelf echter vaak als vennoten, zij incorporeren alleen om beperkte aansprakelijkheid en andere voordelen van de kapitaalvennootschapsvorm te verkrijgen.[16] Wanneer aandeelhouders zich gedragen alsof zij vennoten zijn in een personenvennootschap en zij hierdoor partijen, die zaken met hen doen, in verwarring brengen, kunnen de rechterlijke instanties besluiten de aandeelhouders als vennoten te behandelen en hun de beperkte aansprakelijkheid te onthouden.[17] Alhoewel er in sommige staten meer flexibiliteit bij de invulling van de interne structuur wordt geboden, biedt dit niet de volledige vrijheid die de personenvennootschapsvorm verschaft. Daarnaast blijven de bezwaarlijke formaliteiten en de dubbele belasting bestaan. De keuze voor deze rechtsvorm door vennootschappen met overheersend unitarische kenmerken, zal in veel gevallen dan ook leiden tot een suboptimale rechtsvormkeuze.

4.3.2 Professional corporations

Einde van de jaren zestig begonnen de beroepsorganisaties bij de wetgevers te lobbyen om regelingen voor een *professional corporation* ('**PC**') te introduceren.[18] Deze nieuwe rechtsvorm zou het voor beroepsbeoefenaren mogelijk moeten maken om de belastings- en aansprakelijkheidsvoordelen van een kapitaalvennootschap te verkrijgen. Deze regelingen werden spoedig door alle staten tot wet verheven.[19] Veel van de regelingen zijn gebaseerd op de *Model Professional Corporation Act* ('**MPCA**'). De MPCA bepaalt dat een PC alleen opgericht mag worden *'for the purpose of rendering professional services and services ancillary thereto within a single profession'*. Vaak geven de regelingen zelf aan welke vrije beroepen hieronder vallen. Sommige vrije beroepsbeoefenaren hebben een keuze tussen de PC of de gewone *business*

15. Baruch Gitlin, J.D. (2003), *supra* noot 13, § 2(a).
16. O'Neal, F.H. (1978), 'Preventive Law: Tailoring the Corporate Form of Business to Ensure Fair Treatment of All', 49 Mississippi Law Journal, blz. 529-590.
17. Karjala, D.S. (1989), 'An Analysis of Close Corporation Legislation in the United States', 21 Arizona State Law Journal, blz. 663-704.
18. Zie: Jones, H.B. (1953), 'The Professional Corporation', 27 Fordham Law Review, blz. 353-372, voor argumenten waarom men van oudsher tegen het uitoefenen van een beroep in een *corporation* rechtsvorm was.
19. Hamilton, R.W. (2001), *supra* noot 3, blz. 1045-1060.

corporation ('**BC**'). In die situatie zal het doorgaans voordelig zijn om de BC-vorm aan te nemen, aangezien de PC-regelingen vaak beperkend zijn.[20] Over het algemeen worden de BC-regelingen ook op de PC van toepassing verklaard waardoor de reikwijdte van de beperkte aansprakelijkheid bij de PC dezelfde is als bij de bedrijfskapitaalvennootschappen. Alhoewel de vrije beroepsbeoefenaar aansprakelijk blijft voor zijn eigen daden of omissies, wordt deze door de keuze voor een PC-vorm over het algemeen beschermd tegen de persoonlijke aansprakelijkheid voor de daden en omissies van collega-beroepsbeoefenaren. De statelijke regelingen bevatten onderlinge verschillen in de bescherming tegen aansprakelijkheid. De beperking van aansprakelijkheid was echter niet de initiële motivatie om te lobbyen voor de nieuwe rechtsvorm. De belangrijkste reden was een voordelige belastingbehandeling. Naast belastingvoordelen in het kader van pensioen- en winstdelingsplannen, was in die tijd de belastingdruk op individuen groter dan op vennootschappen, waardoor incorporeren gunstiger was. Tegenwoordig is de belastingbehandeling als personenvennootschap echter gunstiger. Nadelen van de PC ten opzichte van de *partnership* zijn onder andere de oprichtingskosten, de kosten gerelateerd aan jaarrekening- en openbaarmakingsverplichtingen, hogere werkgeverskosten aangezien partners een arbeidsovereenkomst met de PC hebben en strikte regels.[21] Een van deze strikte regels betreft de winstuitdeling. In de PC dienen de uitkeringen te geschieden naar rato van het aandelenbelang, dat over het algemeen proportioneel is aan het geïnvesteerde kapitaal. In een samenwerkingsverband waarbij ook arbeid wordt ingebracht en de winstdeling niet behoeft te geschieden naar rato van de kapitaalsinbreng, kan dit belemmerend werken. De omzeiling van deze winstuitkeringregel via hogere salarissen voor degenen met een lager of geen kapitaalsbelang, heeft evenwel nadelige fiscale gevolgen.

4.4 Fiscaliteit: *C-corporations* en *S-corporations*

Voor fiscale doeleinden zijn er twee soorten kapitaalvennootschappen te onderscheiden, een *C-corporation* en een *S-corporation*.

4.4.1 C-Corporation

Een gewone of *C-corporation* is een entiteit die belastbaar is onder *Subchapter C* van de *Internal Revenu Code*. Een *C-corporation* heeft op twee niveaus met belastingheffing te maken. Als eerste wanneer het inkomen en de opbrengsten

20. Schneeman, A. (2002), *supra* noot 8, blz. 177.
21. Bowman, F.J. (1983), 'The Professional Corporation – Has the Death Knell Been Sounded?', 10 Pepperdine Law Review, blz. 515-544.

gegenereerd worden door de vennootschap[22] en nog een keer wanneer deze naar de aandeelhouders worden overgeheveld (15%).[23] De belastingdruk komt ongeveer neer op 40-45%, afhankelijk van de belastingheffing op het niveau van de aandeelhouders (*dividend distribution* vs. *capital gain sale of stock*).[24] Beursvennootschappen worden over het algemeen belast als *C-corporation*. De kwalificatie als *C-corporation* kan daarnaast de voorkeur verdienen indien de vennootschap internationale activiteiten verricht.[25]

4.4.2 S-Corporation

Een *S-corporation* is een geïncorporeerde entiteit waarvan de aandeelhouders ervoor gekozen hebben om de vennootschap te onderwerpen aan *Subchapter S* van de *Internal Revenu Code*. Het grootste belastingeffect van deze keuze is dat het ondernemingsinkomen, de opbrengsten en de verliezen over het algemeen niet voorwerp van belastingheffing zijn op vennootschapsniveau. Zij werken door naar de aandeelhouders, die hun aandeel daarin rapporteren bij hun eigen belastbaar inkomen. Om voor de *S-corporation* in aanmerking te komen, moet voldaan zijn aan bepaalde vereisten zoals een maximum aantal van honderd aandeelhouders[26] en restricties over wie de belangen in de vennootschap mag bezitten.[27] Buitenlandse investeerders zijn bijvoorbeeld niet toegestaan. Verder zijn er beperkingen ten aanzien van de activiteiten die de vennootschap mag uitvoeren (banken en verzekeringen zijn bijvoorbeeld uitgesloten) en de manier waarop de financiële zaken kunnen worden gestructureerd.[28] Vaak mag de vennootschap maar één soort aandelen hebben.[29] Door deze vereisten is de kwalificatie van een *S-corporation* niet voor alle kapitaalvennootschappen beschikbaar.[30] De aandeelhouders van de vennootschappen, die niet in aanmerking kwamen voor de *S-corporation* wilden echter ook naast de beperkte aansprakelijkheid kunnen profiteren van alle belastingvoordelen van een transparante belastingheffing. Hierdoor ontstonden er lobbyactiviteiten voor een nieuwe rechtsvorm: de *limited liability company.*

---

22. IRC § 11.
23. IRC § 1(h)(11).
24. IRC § 1(a) en § 1(h). Zie ook: C.G. Bishop en D.S. Kleinberger (2005), 'Limited Liability Company: Tax and Business Law', Boston: Warren Gorham Lamont, § 4.01.
25. Schwidetzky, W.D. (2009), 'Integrating Subchapter K and S, Just Do It', 62 Tax Lawyer, blz. 749-822.
26. IRC § 1361(b)(1)(A).
27. IRC § 1361(b)(1)(B) en (C).
28. IRC § 1361(1)(c) en (b)(2).
29. IRC § 1361(b)(1)(D).
30. Bishop, C.G. (1995), 'Unincorporated Limited Liability Business Organizations: Limited Liability Companies and Partnerships', 29 Suffolk University Law Review, blz. 985-1058.

4.5 *Limited Liability Company*

4.5.1 Ontwikkeling van de Limited Liability Company

De ontwikkeling van de LLC is het werk van innovatieve advocaten en accountants, die in 1977 een oplossing bedachten toen bleek dat het geldende rechtssysteem niet voldeed aan de behoefte van één van hun cliënten. Deze cliënt, *Hamilton Brothers Oil Company,* opereerde al lange tijd in de Verenigde Staten met buitenlandse rechtsvormen, die beperkte aansprakelijkheid combineerden met belastingheffing als personenvennootschap. Deze buitenlandse rechtsvormen werden op den duur ongeschikt geacht omdat niet duidelijk was hoe de Amerikaanse rechters de beperkte aansprakelijkheid zouden beoordelen. Daarnaast zorgen de buitenlandse rechtsvormen ook voor de nodige administratieve problemen.[31] Doordat er geen passende Amerikaanse rechtsvorm voorhanden was, ontwierpen de advocaten zelf een dergelijke rechtsvorm: de LLC.

4.5.2 Introductie van de LLC in de diverse staten

Na twee vergeefse pogingen van de LLC-voorstanders in Alaska, heeft Wyoming de LLC in 1977 als eerste staat geïntroduceerd. De combinatie van de vasthoudendheid van de groep LLC-voorstanders, de afwezigheid van tegenstand en het bestaan van relatief toegankelijke statelijke wetgevers verklaart het succes van de lobbyactiviteiten voor de eerste LLC-regeling.[32] Na drie jaar steggelen met de belastingdienst kreeg het oliebedrijf uiteindelijk een *private ruling* waarin het als transparant werd aangemerkt. De belastingdienst vaardigde daarna echter een voorstel voor een *ruling* uit, waarin de LLC in beginsel zou worden aangemerkt als een *corporation*.[33] Dit voorstel werd na veel kritiek echter weer ingetrokken.[34] Ondanks deze onduidelijkheid was Florida de tweede staat, die in 1982 een LLC opnam in haar menu aan rechtsvormen. De achterliggende reden was voornamelijk het aantrekken van investeringen vanuit Centraal- en Zuid-Amerika.[35] Zowel de grote onzekerheid over de fiscale kwalificatie van de rechtsvorm, als de bescherming van de deelnemers tegen persoonlijke aansprakelijkheid, zorgden ervoor dat er tot aan 1990 geen andere staten een LLC-regeling in hun vennootschapsrecht opnamen.[36] Toen de

31. Hamill, S.P. (1998), *supra* noot 1, blz. 1459-1522.
32. Hamill, S.P. (1998), *supra* noot 1, blz. 1459-1522.
33. 45 Fed. Reg. 75,709-75,710 (1980).
34. Announcement 83-4, 1983-2 I.R.B. 30.
35. Johnson, R. (1983), 'The Florida Limited Liability Company Act', 11 Florida State University Law Review, blz. 387-406.
36. Keatinge, R.R. et al. (1992), 'The Limited Liability Company: A Study of the Emerging Entity', 47 The Business Lawyer, blz. 375-460.

Amerikaanse belastingdienst definitief besloot de Wyoming LLC als personenvennootschap te behandelen,[37] groeide de belangstelling voor de LLC exponentieel.[38] Door de jurisdictionele competitie gingen uiteindelijk veel staten overstag en begin 1996 hadden alle Amerikaanse staten en het District of Columbia de LLC in hun wetgeving.

4.5.3 LLC-wetgeving

In 1996 werd op federaal niveau de *Uniform Limited Liability Company Act* ('**ULLCA**') door de *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* ('**NCCUSL**') uitgevaardigd. Aangezien de ULLCA was opgesteld nadat de meeste staten hun eigen wetgeving al hadden ontwikkeld, heeft de ULLCA in de meeste staten geen belangrijke rol gespeeld in de evolutie van de LLC.[39] De ULLCA reflecteert de overeenkomsten in de wetgeving van de diverse staten. Op 13 juli 2006 heeft de NCCUSL de *Revised Uniform Limited Liability Company Act* ('**Re-ULLCA**') als de 'tweede generatie' LLC-wetgeving gelanceerd. Veranderingen ten opzichte van de eerste LLC-modelwetgeving zijn de bepalingen rondom de vennootschapsovereenkomst, vertegenwoordigingsbevoegdheden, de plichten van de vennoten (*duties*), reorganisaties en structuurveranderingen. Ondanks deze pogingen tot het unificeren van de wetgeving, zijn de LLC-regelingen verre van uniform. De meeste LLC-regelingen zijn gebaseerd op de *Wyoming LLC Act*, met variaties afgeleid uit het kapitaal- en personenvennootschapsrecht van de desbetreffende staat, als ook de *Uniform Partnership Act*, de *Uniform Limited Partnership Act*, de *Revised Uniform Limited Partnership Act*, de MBCA en de RMBCA.[40] Bij de bespreking hierna van de aansprakelijkheid bij de LLC, is het recht van Wyoming, Delaware, ULLCA en de Re-ULLCA als uitgangspunt genomen.

4.5.4 Kenmerken van de LLC

De LLC is een rechtspersoonlijkheid bezittende rechtsvorm die geschikt is voor verschillende soorten samenwerkingsvormen en staat in sommige staten ook ter beschikking van personen die een eenmanszaak willen beginnen.[41] De LLC is

---

37. Rev. Rule 88-67, 1988-2 C.B. 360.
38. Hamill, S.P. (1998), *supra* noot 1, blz. 1459-1522.
39. Vermeulen, E.P.M. (2003), The Evolution of Legal Business Forms in Europe and the United States; Venture Capital, Joint Venture and Partnership Structures', Proefschrift Universiteit van Tilburg, Den Haag: Kluwer Law International, blz. 116.
40. Keatinge, R.R. et al. (1992), *supra* noot 36, blz. 375-460. Zie ook: C.G. Bishop (1998), 'The Limited Liability Amendments to the Uniform Partnership Act (1994)', 53 Business Lawyer, blz. 101-138.
41. Niet alle staten staan een LLC met één deelnemer toe. Een regeling die dat wel toestaat is: Wyoming LLC Act: § 17-15-144(d).

noch een kapitaalvennootschap, noch een personenvennootschap, maar bezit karakteristieken van beide. De rechtsvorm verschaft de deelnemers beperkte aansprakelijkheid voor de verplichtingen van de vennootschap, brengt een gunstige belastingbehandeling met zich en laat de deelnemers grote vrijheid om contractueel de vennootschap te structureren. De LLC heeft geen in aandelen verdeeld kapitaal. Over het algemeen mag een LLC elke rechtmatige activiteit ondernemen met of zonder winstoogmerk, tenzij de wetgeving van de staat die de vennootschap beheerst, het specifiek heeft verboden.[42] Zo zijn in Delaware en Wyoming het bank- en verzekeringswezen van de LLC uitgesloten.[43] De *Wyoming LLC Act* bepaalt daarnaast dat een LLC geen activiteiten van een vrij beroep mag verrichten, wanneer een beroepsorganisatie dit niet toestaat. Is dit wel het geval dan mogen deze activiteiten alleen uitgevoerd worden wanneer de deelnemers of werknemers een licentie bezitten om het beroep te mogen uitoefenen.[44]

4.5.5 Vennootschapstructuur

De meeste LLC-wetgeving laat grote vrijheid toe bij de invulling van de vennootschap en haar structuur. De overeenkomst (*operating agreement,* '**LLC-overeenkomst**') die de deelnemers naast de statuten (*articles of organization*) mondeling of schriftelijk met elkaar sluiten, is dan ook van groot belang in de LLC.[45] De Delaware-regeling is hier een goed voorbeeld van en stelt de contractuele vrijheid expliciet centraal.[46] De overeenkomst beheerst de aangelegenheden en activiteiten van de vennootschap en de relaties tussen de deelnemers.[47] De LLC-overeenkomst is bindend voor alle deelnemers en kan alleen gewijzigd of aangevuld worden door goedkeuring van alle deelnemers.[48] Over het algemeen bevatten de wettelijke LLC-regelingen regelend recht waarop kan worden teruggevallen wanneer de vennoten zelf niet in de regeling van een bepaald onderwerp voorzien hebben.

---

42. ULLCA, § 101 *comment* en § 112(a) en Re-ULLCA, § 401(b).
43. Delaware LLC Act: § 18-106(a) en Wyoming LLC Act: § 17-15-103(a).
44. Wyoming LLC Act: § 17-15-103(b).
45. Re-ULLCA § 102 (13). De Re-ULLCA gebruikt de benaming *certificate of organization* in plaats van *articles of organization*. De reden hiervoor is dat *certificate of organization* beter aansluit bij de functie van dit document, namelijk bevestiging van het bestaan van de vennootschap. Re-ULLCA § 102(1).
46. Delaware LLC Act: § 18-1101 (b): *'It is the policy of this chapter to give the maximum effect to the principle of freedom of contract and to the enforceability of limited liability agreements'*.
47. Re-ULLCA § 110(a).
48. ULLCA § 101 *comment* en Article 1, section 103(a) en *comment*.

Een LLC kan kiezen om een *manager-managed* LLC of een *member-managed* LLC te zijn.[49] Een *manager-managed* LLC heeft veelal een gecentraliseerde managementstructuur.[50] In deze vennootschap komt de bevoegdheid om de vennootschap extern te vertegenwoordigen toe aan één of meer met name genoemde bestuurders (*managers*) en niet aan de deelnemers (*members*) als zodanig.[51] De deelnemers zijn dus in dit type LLC in beginsel geen vertegenwoordigers en kunnen de vennootschap niet binden, tenzij hierover anders in de LLC-overeenkomst is overeenkomen. Voor bepaalde beslissingen hebben de *managers* wel de goedkeuring van alle *members* nodig.[52] In een *member-managed* LLC is over het algemeen elke deelnemer in beginsel een vertegenwoordiger, aangezien elke deelnemer het recht heeft om aan het bestuur deel te nemen. Elke *member* heeft gelijke rechten in het bestuur en de uitvoering van bedrijfsactiviteiten.[53] Over het algemeen zijn de stemmen gerelateerd aan het verworven belang.[54] In Delaware kan hiervan worden afgeweken door binnen de LLC categorieën van deelnemers, bestuurders of LLC-belangen te onderscheiden, die vervolgens verschillende rechten, taken en bevoegdheden kunnen verkrijgen.[55] Beslissingen over normale werkzaamheden worden genomen met de meerderheid van de stemmen, tenzij anders overeengekomen of door de wet bepaald.[56] Activiteiten die buiten de normale gang van zaken liggen, kunnen bijvoorbeeld alleen verricht worden indien alle *members* akkoord zijn.[57] Bestuurders worden voorgedragen, benoemd, gekozen of vervangen door de meerderheid van de deelnemers.[58] Hierbij kunnen in de wetgeving extra vereisten zijn opgenomen, zoals een jaarlijkse benoeming van bestuurders.[59] Deelnemer en bestuurders kunnen hun bevoegdheden delegeren aan andere vertegenwoordigers of werknemers.[60]

---

49. Delaware LLC Act: § 18-402. Over het algemeen is het uitgangspunt dat een LLC een *member-managed* LLC is. In het geval deelnemers een *manager-managed* LLC prefereren, zullen zij daarvoor moeten kiezen door dat aan te geven in de statuten. Zie bijvoorbeeld: Wyoming LLC Act: § 17-15-107(a)(ix) en 17-15-116 en ULLCA § 203(a)(6) en Re-ULLCA § 407(a).
50. Stover, F.O. en S.P. Hamill (1999), 'The LLC versus LLP Conundrum: Advice for Business Contemplating the Choice', 50 Alabama Law Review, blz. 813-848.
51. ULLCA, § 301(b)(1) en Re-ULLCA, § 407(c)(1).
52. Re-ULLCA, § 407(c)(4).
53. Re-ULLCA, § 407(b)(2).
54. Wyoming LLC Act: § 17-15-116 en Delaware LLC Act: § 18-402.
55. Delaware LLC Act: § 18-215(a), § 18-302(a) en § 18-404.
56. ULLCA § 404(a) en Re-ULLCA, § 407(b)(3).
57. Re-ULLCA, § 407(b)(4).
58. ULLCA, § 404(b)(3)(i) en Re-ULLCA, § 407(c)(5).
59. Wyoming LLC Act: § 17-15-116.
60. Delaware LLC Act: § 18-407.

4.5.6 Aansprakelijkheid

Onder elke LLC-wetgeving in de Verenigde Staten geniet een deelnemer van een LLC bescherming tegen persoonlijke aansprakelijkheid. Dit wordt een *liability shield* genoemd. Het *liability shield* van een LLC-deelnemer is in feite dezelfde als die van een aandeelhouder in een kapitaalvennootschap.[61] Het privévermogen van een deelnemer of bestuurder is juridisch gezien afgescheiden van dat van de vennootschap. Dit heeft tot gevolg dat een deelnemer of bestuurder als zodanig niet persoonlijk aansprakelijk is voor de schulden, verplichtingen of aansprakelijkheden van de vennootschap.[62] Een LLC is aansprakelijk voor de schade die is veroorzaakt als gevolg van een onrechtmatige daad, een nalaten, of ander vervolgbaar gedrag, van een deelnemer of een bestuurder handelend in de normale gang van zaken van de onderneming of handelend met volmacht van de vennootschap.[63] Als deelnemers of bestuurders aansprakelijkheid doen ontstaan handelend binnen de grenzen van hun bevoegdheid, zal de LLC de deelnemer of de bestuurder moeten vrijwaren.[64] Hierbij is vereist dat voldoende zorg is betracht als vereist door de wet,[65] en het niet gaat om een eigen onrechtmatige daad van de deelnemer of bestuurder jegens een derde. Alle of gespecificeerde deelnemers van een LLC kunnen in hun hoedanigheid als deelnemer evenwel aansprakelijk zijn voor alle of gespecificeerde schulden, verplichtingen of aansprakelijkheden van de vennootschap wanneer dit is bepaald in de statuten of in de LLC-overeenkomst en deze deelnemers (schriftelijke) toestemming hebben gegeven voor de opname van deze bepaling in de statuten of om daaraan gebonden te zijn.[66]

De bescherming tegen aansprakelijkheid is niet alles omvattend. In een aantal situaties zoals een onjuiste of gebrekkige oprichting van de entiteit, een onrechtmatige uitkering, een onrechtmatige daad van een deelnemer of bestuurder en bij misbruik van de bescherming werkt de bescherming niet. Wanneer sprake is van misbruik van de bescherming kan een rechter de *piercing the corporate veil*-doctrine ook bij de LLC toepassen. Sommige staten hebben deze mogelijkheid onder verwijzing naar de doctrine en de jurisprudentie betreffende de kapitaalvennootschappen expliciet in hun wetgeving opgenomen.[67] Er zijn diverse criteria die door rechters gebruikt worden om

61. Bishop, C.G. en D.S. Kleinberger (2005), *supra* noot 24, § 6.01(1).
62. Delaware LLC Act: § 18-303(a), Wyoming LLC Act: § 17-15-113, ULLCA, § 303(a) en Re-ULLCA § 304.
63. ULLCA, § 302 en Re-ULLCA § 304.
64. ULLCA, § 403(a), Re-ULLCA § 408(a), Delaware LLC Act: § 18-108 en Wyoming LLC Act: § 17-15-104 (a)(ix).
65. ULLCA, § 409(c) en Re-ULLCA § 409.
66. Delaware LLC Act: § 18-303(b) en § 18-215(c).
67. Zie onder andere Colorado en Minnesota.

bij kapitaalvennootschappen te bepalen of de bescherming tegen aansprakelijkheid doorbroken moet worden.[68] Sommige zullen ongeschikt zijn zoals die welke gerelateerd aan de scheiding van eigenaarsbelangen en bestuur. Rechterlijke instanties zullen eerder een doorbraak van aansprakelijkheid aannemen wanneer de schuldeiser een onvrijwillige schuldeiser is, zoals een slachtoffer van een onrechtmatige daad, of een contractspartij die weinig tot geen onderhandelingsmogelijkheden heeft, of wanneer de vennootschap een dochter is van een andere solvabele vennootschap.[69] Bepleit is dat wanneer een rechter doorbraak van aansprakelijkheid aanneemt, deze dat alleen zal moeten doen ten aanzien van de deelnemers die hebben bijgedragen aan de schade.[70] De meeste LLC-regelingen bevatten een verbod op uitkeringen, indien deze uitkeringen ertoe resulteren dat de vennootschap niet langer aan haar verplichtingen kan voldoen op het moment dat deze opeisbaar worden, of wanneer het eigen vermogen door de uitkering daalt tot onder het totaal van de schulden plus het bedrag dat nodig zou zijn wanneer de vennootschap zou worden ontbonden en vereffend.[71] Indien een *member* of een *manager* het verbod overtreedt of instemt met de overtreding van dit verbod, en de instemming voldoet niet aan de aan de eisen van de *fiducuiary duties*, te vergelijken met de plicht tot behoorlijke taakvervulling of de plicht om zich te gedragen als een goede vennoot zich betaamt, dan is de *member* of *manager* persoonlijk aansprakelijk jegens de vennootschap.[72] Een persoon die een uitkering heeft ontvangen en die wist dat de uitkering in strijd met het uitkeringsverbod is gedaan, is ook persoonlijk aansprakelijk maar alleen voor het meerdere dan het bedrag dat wel geoorloofd was om uit te keren.[73]

---

68. Er zijn verschillende testen, onder andere bijvoorbeeld de *alter ego*-test (*Casteleberry vs. Brunscum*; Texas 1986: 721 S.W. 2d 270, 272). De gronden in deze test zijn: *'(a) Where the corporate fiction is used as a means of perpetrating a fraud; (b) where a corporation is organized and operated as a mere tool or business conduct of another corporation; (c) where the corporation fiction is resorted to as a means of evading an existing legal obligation; (d) where the corporate fiction is employed to achieve or perpetrate monopoly; (e) where the corporate fiction is used to circumvent a statute; and (f) where the corporate fiction is relied upon as a protection of crime or to justify wrong'*. Verder wordt bijvoorbeeld ook de *equity test* gebruikt, de gronden hierbij zijn: *(a) Disregard of corporate formalities; (b) siphoning of funds out of the corporation; (c) undercapitalization; en (d) non-payment or overpayment of dividends*.
69. Hamill, S.P. (1989), 'The Limited Liability Company: A Possible Choice of Doing Business?', 41 Florida Law Review, blz. 721-772.
70. Keatinge, R.R. et al. (1992), *supra* noot 36, blz. 375-460.
71. Re-ULLCA § 405.
72. Re-ULLCA § 406(a).
73. Re-ULLCA § 406(c).

4.5.7 Fiscaliteit

4.5.7.1 *Kinter regulations*

Tot 1988 werd de fiscale positie van de LLC geregeld bij een *private ruling*.[74] Dit stond de toepassing en de invoering van wetgeving voor de LLC in de weg, omdat dit leidde tot een grote kans op dubbele belastingheffing. Op 2 september 1988 publiceerde de IRS echter de *Revenu Ruling 88-76*, die een '*substance over form*-benadering' inhield. Dat wil zeggen dat de classificatie van de LLC afhing van de mate waarin de LLC, karakteristieken van een kapitaalvennootschap bezat. Dit was het geval wanneer de LLC over meer dan twee van de volgende karakteristieken beschikte: (i) continuïteit van bestaan, (ii) centraal management, (iii) beperkte aansprakelijkheid en (iv) vrije verhandelbaarheid van belangen.[75] Dit worden de *Kinter regulations* genoemd.[76] Voldeed de vennootschap niet aan meer dan twee karakteristieken dan was de LLC fiscaal transparant. De deelnemende natuurlijke personen zijn dan voor het resultaat van de LLC onderworpen aan de *Federal Income Tax*[77] met een belastingdruk van ongeveer 40%.[78] Deze *Ruling* maakte de LLC vorm aantrekkelijker en de LLC werd vervolgens in snel tempo door alle staten in de eigen wetgeving opgenomen.

4.5.7.2 *Check-the-box regulations*

Op 1 januari 1997 is de 2-uit-4 test door het nieuwe *check-the-box*-systeem vervangen.[79] De nieuwe regels maakten het voor de vennootschap mogelijk om zelf te kiezen op basis van welke fiscale wetten en regels zij belast wilden worden. Entiteiten bestaande uit twee of meer deelnemers die op grond van een afvinklijst niet automatisch worden aangemerkt als een kapitaalvennootschap (vandaar de naam *check-the-box*),[80] zijn belastbaar als een personenvennootschap of kunnen zelf kiezen om behandeld te worden als kapitaalvennootschap. Indien een vennootschap met twee of meer deelnemers niet kiest voor een

74. PLR 8304138 en Revenue Procedure 83-15.
75. Treas. Reg. § 301.7701-2(a)(3).
76. Voortvloeiend uit de jurisprudentie (*United States vs. Kinter* (216 F.2d 418 (9th Cir. 1954)) en opgenomen in Treas. Reg. § 301.7701-2.
77. Subchapter K, § 701: *'A partnership as such shall not be subject to the income tax imposed by this chapter. Persons carrying on business as partners shall be liable for income tax only in their separate or individual capacities'*. Op grond van § 702(a) houdt de vennoot voor de vaststelling van zijn belastbaar inkomen rekening met zijn aandeel in de inkomsten en verliezen van de personenvennootschap.
78. IRC § 1(a) en C.G. Bishop en D.S. Kleinberger (2005), *supra* noot 24, § 4.01.
79. Treasury Regulation 301.7701-1-3.
80. Dit zijn bijvoorbeeld *corporations*, *joint stock companies*, verzekeringsmaatschappijen en banken.

bepaald belastingregime, valt de vennootschap automatisch onder *Subchapter K*. Een entiteit met één deelnemer kan ervoor kiezen om behandeld te worden als een kapitaalvennootschap of als een eenmanszaak, maar niet als personenvennootschap. Niet geïncorporeerde vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en bestaande uit meer dan twee deelnemers hebben hierdoor drie belastingsystemen waaruit zij kunnen kiezen, namelijk *Subchapter C*, *S* en *K* van de *Internal Revenu Code*. Door de invoering van dit nieuwe systeem hebben veel staten hun wetgeving voor de LLC aangepast om van de nieuw toegestane flexibiliteit te profiteren.

4.5.7.3 Gevolgen van de *check-the-box regulations*

De *check-the-box regulations* hebben het belang van de fiscaliteit in het vormgeven van vennootschapsvormen in beginsel doen afnemen. Dit betekent dat in de Verenigde Staten andere factoren een belangrijkere rol zijn gaan spelen bij de keuze voor een rechtsvorm, zoals restricties door statelijk recht op het gebruik van bepaalde rechtsvormen en onzekerheid over de toepassing van andere gebieden van het recht, zoals het insolventierecht en het federaal arbeidsrecht. Toch blijven er verschillen in belastingheffing bestaan die soms van betekenis kunnen zijn bij het kiezen van een vennootschapsvorm.[81] Een deelnemer in een LLC betaalt bijvoorbeeld meer in de vorm van *self-employment* belastingen in verhouding tot een *Subchapter S corporation*. Belastingheffing onder *Subchapter K* is over het algemeen gunstiger dan de belastingheffing onder *Subchapter S en C*.[82] *S-corporations* hebben minder gunstige regels voor de belastbaarheid van bepaalde vermogensdelen en de kwalificatie als personenvennootschap kan grotere flexibiliteit verschaffen bij de allocatie van voordelen en de belastingimpact op de verscheidene participanten. Onder *Subchapter K* kunnen de deelnemers zelf kiezen op welke manier de toewijzing van de aftrekbare bedragen plaatsvindt. Het belastingregime waaronder de *S-corporation* valt, is een afgeleide van het regime van de *C-corporation*. Het gevolg hiervan is dat het S-regime vaak terugvalt op de ongunstige bepalingen van het *C*-regime.

4.6 *Partnerships*

De staten binnen de Verenigde Staten kennen in hun wetgevingen diverse personenvennootschapsvormen. Van oudsher zijn de *general partnership* en de *limited partnership* de meest gebruikte personenvennootschapsvormen. Deze bespreek ik hier onder eerst. Doordat de personenvennootschapsvormen niet

81. Thompson, R.B. (1997), 'The Limits of Liability in the New Limited Liability Entities', 32 Wake Forest Law Review, blz. 1-29.
82. Schwidetzky, W.D. (2009), *supra* noot 25, blz. 749-822.

meer voldeden aan de behoeften van sommige ondernemingen, en de kapitaalvennootschap en de LLC niet in alle gevallen uitkomst boden, ontstond vraag naar een nieuwe personenvennootschap. Aan de ontwikkeling en de invulling van deze nieuwe personenvennootschap, de *limited liability partnership* (een subvorm van de *general partnership*), besteed ik vervolgens uitvoerig aandacht.

4.6.1 General Partnership

Een *general partnership* (‘**GP**’) ontstaat wanneer twee of meer personen zich verenigen met als doelstelling het doen van zaken om winst te maken.[83] De idee is dat vennoten hun arbeid en kapitaal bijeenbrengen en gezamenlijk in de winsten en verliezen delen. Zij delen ook het bestuur over de onderneming en de daarmee gepaard gaande aansprakelijkheden. Schuldeisers van de GP hebben het recht om zich op het vermogen van de personenvennootschap te verhalen en op dat van elke vennoot persoonlijk, zodat de verplichtingen van de vennootschap voldaan kunnen worden. Het karakter van een personenvennootschap is uiteindelijk afhankelijk van de overeenkomst die gesloten is door de vennoten. Wanneer er leemten in deze overeenkomst zijn, kan men terugvallen op de bepalingen van de personenvennootschapswetgeving. Een GP kan simpelweg tot stand komen wanneer twee mensen besluiten om met elkaar een handeltje op te zetten en dit bekrachtigen door een mondelinge overeenkomst en een handdruk. Maar een GP kan daarnaast ook een groot complex advocatenkantoor zijn, met vele partners op verschillende niveaus, waarbij rechten en verplichtingen zijn neergelegd in uitgebreide schriftelijke overeenkomsten.[84]

4.6.2 Wetgeving

Hoewel het vennootschapsrecht voornamelijk een aangelegenheid van de individuele staten is, heeft op het gebied van het personenvennootschapsrecht uniform recht lange tijd een belangrijke rol gespeeld. De NCCUSL overwoog in 1902 uniforme wetgeving voor de personenvennootschap te ontwikkelen. Dit resulteerde in een *Uniform Partnership Act* (‘**UPA**’), die in 1914 werd goedgekeurd. Behalve Louisiana, hadden alle staten de UPA in hun wetgeving opgenomen. Deze heeft gedurende tachtig jaar opmerkelijk weinig veranderingen ondergaan. De personenvennootschap werd gekarakteriseerd door decentraal bestuur door de vennoten, persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten en ontbinding van de vennootschap door de afscheiding/terugtreding

83. RUPA 1997, § 202(a).
84. Zie: http://www.nccusl.org/Update/uniformact_summaries/uniformacts-s-upa1994.asp.

van een vennoot.[85] De personenvennootschap werd daarnaast als fiscaal transparante ondernemingsvorm belast onder *Subchapter K* van de *Internal Revenu Code*.

In januari 1986 werd door een subcommissie van de *American Bar Association* een rapport uitgebracht, waarin aanbevelingen stonden om de UPA te herzien.[86] Dit resulteerde uiteindelijk in de *Revised Uniform Partnership Act 1994* ('**RUPA 1994**'). RUPA 1994 bevat voornamelijk regelend recht. De RUPA 1994 moderniseert de UPA en introduceert de personenvennootschap in beginsel als een afgescheiden juridische entiteit, en niet meer alleen als een verzameling van vennoten.[87] De aansprakelijkheid van de vennoten blijft in RUPA 1994 nog steeds gebaseerd op hoofdelijkheid, hetgeen als het grootste nadeel van de GP-vorm wordt gezien.[88] Vooral de beoefenaren van vrije beroepen ondervonden dit nadeel en waren actieve voorstanders van een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Zij hebben zich voor de introductie van een nieuwe rechtsvorm ingezet. Een nieuwe personenvennootschap, de *limited liability partnership*, deed als gevolg daarvan zijn intrede. Voordat ik dieper op deze ontwikkeling inga, besteed ik eerst aandacht aan de *limited partnership*; een personenvennootschap die van oudsher werd gebruikt om de aansprakelijkheid te beperken.

4.6.3 Limited Partnership

De *limited partnership* ('**LP**') werd gebruikt als middel om beperkte aansprakelijkheid te verkrijgen. In deze rechtsvorm is echter alleen de aansprakelijkheid van de stille vennoten (*limited partners*) beperkt. De vennootschap moet minimaal één beherend vennoot (*general partner*) hebben die aansprakelijk is voor de schulden en de verplichtingen van de vennootschap.[89] De LP wordt geaccepteerd door de schuldeisers omdat beperkte aansprakelijkheid alleen wordt toegestaan bij investeerders, die geen controle over de vennootschap uitoefenen.[90] Dit is de zogenaamde *control rule*. De stille vennoten kunnen echter wel als een beherend vennoot aansprakelijk worden gesteld, wanneer zij deelnemen aan het bestuur. Dit doet zich voor als een vennootschap niet goed

85. Ribstein, L.E. (2001), 'The Evolving Partnership', 26 Journal of Corporation Law, blz. 819-854.
86. Zie: UPA Revision Subcommittee of the Committee on Partnerships and Unincorporated Business Organizations, Section of Business Law, American Bar Association (1987), 'Should the Uniform Partnership Act be Revised?', 43 Business Lawyer, blz. 121-184.
87. Zie: http://www.nccusl.org/Update/ActSearchResults.aspx.
88. Vgl: Ribstein, L.E. (1994), *supra* noot 2, blz. 950-976.
89. ULPA § 9(1) en Re-RULPA § 404(a).
90. Hansmann, H. et al. (2005), 'The New Business Entities in Evolutionary Perspective', 2005 University of Illinois Law Review, blz. 5-14.

wordt bestuurd. Ingrijpen door een stille vennoot kan dan voor hem verregaande consequenties met zich brengen. In een kapitaalvennootschap kunnen de aandeelhouders wel enige invloed op het bestuur van de vennootschap uitoefenen, zonder dat zij in beginsel de bescherming tegen aansprakelijkheid verliezen.

De moderne LP heeft vaak een kapitaalvennootschap als enig beherend vennoot. Stille vennoten kunnen daardoor in het management van de beherend vennoot participeren, zonder in beginsel het gevaar van persoonlijke aansprakelijkheid te lopen.[91] Maar dit is alleen het geval wanneer de beherend vennoot goed gefinancierd is. Is dat niet het geval, dan blijft de kans van *piercing the corporate veil* van de kapitaalvennootschap bestaan, waardoor uiteindelijk een doorbraak van aansprakelijkheid zou kunnen plaatsvinden. Daarnaast kan het aanstellen van een kapitaalvennootschap als beherend vennoot zorgen voor belastingnadelen. De meeste staten hebben de *Revised Uniform Limited Partnership Act* ('**RULPA**'), voor *limited partnerships* aangenomen. De RULPA was geen *stand alone* wetgeving, maar was opgesteld om te leunen op de UPA.[92] Een groot verschil tussen UPA en RUPA 1994 is dat de LP niet meer onder de RUPA 1994 valt.[93] Daardoor is er in 2001 een nieuwe *Act* ontwikkeld, die in 2008 is herzien ('**Re-RULPA**'). De Re-RULPA is opgesteld in een wereld waarin LLP's en LLC's in vele behoeften kunnen voorzien, waar vroeger de *limited partnerships* voor werden gebruikt.[94] Hierdoor is de reikwijdte van de Re-RULPA beperkt tot vennootschappen die niet binnen die van de LLP en de LLC vallen.

4.7 *Limited Liability Partnership*

4.7.1 Ontwikkeling van de LLP

Terwijl beroepsbeoefenaren in andere staten via LLC's hun aansprakelijkheid probeerden te beperken, namen Texaanse advocaten een ander initiatief om hun aansprakelijkheid te beperken, de *limited liability partnership*.[95] De LLP is een direct uitvloeisel van de ineenzakking van onroerend goed- en energieprijzen

91. Hamilton R.W. (1996), *supra* noot 9, blz. 27.
92. RULPA § 1105 bepaalt: *'In any case not provided for in this (Act) the provisions of the Uniform Partnership Act govern'*. UPA section 6(2) bepaalt: *'This Act shall apply to limited partnerships except in so far as the statutes relating to such partnerships are inconsistent herewith'*.
93. Zie: RUPA 1997, comment 2 bij § 202.
94. Zie: Uniform Limited Partnership Act 2001 onder *prefatory note* blz. i.
95. Fortney, S.S. (1997), 'Seeking Shelter in the Minefield of Unintended Consequences – The Traps of Limited Liability Firms', 54 Washington & Lee Law Review, blz. 717-768.

aan het einde van de jaren tachtig van de vorige eeuw, en de daaruit voortvloeiende grote problemen die de banken en de spaar- en leenassociaties ondervonden. Texas was gedurende de jaren tachtig de koploper in bankfaillissementen in de Verenigde Staten. Gedupeerden startten vele rechtszaken tegen deze financiële instellingen die echter in vergoeding van slechts een klein gedeelte van de geleden schade resulteerden. Als gevolg hiervan werden de advocaten en de accountants van de financiële instellingen aangesproken. Er werden enorme claims tegen hen ingediend, die het verzekerde bedrag ver te boven gingen. Vennoten van grote advocatenkantoren, die niet georganiseerd waren in een kapitaalvennootschapsvorm of in een LLC, werden aansprakelijk gesteld, ook voor de daden van medevennoten waarmee zij niets van doen hadden. Door de grootte van deze advocatenkantoren was het onmogelijk geworden om de handelingen van alle medevennoten te controleren of bij te sturen. De onbeperkte hoofdelijke aansprakelijkheid zorgde ervoor dat de vennoten in hun privé-vermogen geraakt werden, ongeacht hun betrokkenheid bij schadeveroorzakende handelingen. Deze onbeperkte aansprakelijkheid en het feit dat geen verzekering afgesloten kon worden tegen dergelijke grote vorderingen, leidden ertoe dat de advocaten in Texas met ideeën kwamen om door een nieuwe rechtsvorm de aansprakelijkheid te beperken.

4.7.2 Introductie van de LLP in Texas

Een klein Texaans advocatenkantoor is met het voorstel gekomen om via een LLP de aansprakelijkheid van bepaalde vrije beroepsbeoefenaren te beperken.[96] Het voorstel werd bij de eerste bespreking door de *house committee* met scepsis ontvangen. Het veranderen van de al sinds lange tijd geaccepteerde karakteristieken van de GP was te radicaal en ongewenst. Verder werd beargumenteerd dat de beperking niet nodig was omdat advocatenkantoren de rechtsvorm van de *professional corporation* konden aannemen en daardoor hun aansprakelijkheid konden beperken. Ook werd gesteld dat het voorstel discriminerend was in het voordeel van de advocaten. Dit werd benadrukt door het voorstel af te schilderen als een *help-a-lawyer-bill*.[97] Het voorstel werd vervolgens door herziening meer acceptabel gemaakt. Het werd vervolgens aan een ander omvangrijk wetsvoorstel geplakt. Hierdoor viel het wetsvoorstel niet op en is het zonder enige discussie goedgekeurd, waarna toestemming tot inwerkingtreding van de gouverneur werd verkregen. Waarschijnlijk zal deze gouverneur zich niet bewust zijn geweest van de revolutionaire verandering die deze wetgeving in het personenvennootschaprecht teweeg bracht.[98]

---

96. Bill SB 302.
97. Hamilton, R.W. (1995), 'Registered Limited Liability Partnerships: Present at the Birth (Nearly)', 66 University of Colorado Law Review, blz. 1065-1104.
98. Hamilton, R.W. (2001), *supra* noot 3, blz. 1045-1060.

4.7.3 Introductie van de LLP in de andere staten

Na de introductie van de LLP in Texas ontstonden er problemen bij de erkenning van de rechtsvorm. Doordat Texaanse advocatenkantoren in verscheidene staten werkten die geen eigen LLP-vorm hadden en deze staten niet verplicht waren de vreemde LLP te erkennen, konden de vennoten van deze kantoren (onbeperkt) aansprakelijk gesteld worden in deze staten. De problemen vormden een sterke prikkel voor de beroepsbeoefenaren om andere staten ervan te overtuigen om ook een LLP-regeling op te nemen in het vennootschapsrecht, of op zijn minst de LLP's uit een andere staat te erkennen. Deze lobbyactiviteiten hebben ertoe geleid dat de LLP zich zeer snel heeft verspreid van 2 staten in 1992, tot alle 50 staten en het District van Columbia in 2001.

Tijdens de bespreking van de nieuwe versie van de UPA in 1992 waren er dus nog maar twee staten die de LLP hadden opgenomen in hun wetgeving. Er werd door de NCCUSL daarom weinig aandacht besteed aan deze nieuwe vorm. Hier kwam verandering in toen de verspreiding van de vorm aangewakkerd werd door de jurisdictionele competitie. De NCUSSL heeft uiteindelijk nieuwe bepalingen betreffende de aansprakelijkheid van vennoten in de LLP aan de RUPA 1994 toegevoegd, dat vervolgens resulteerde in de *Revised Uniform Partnership Act 1997*. Naar aanleiding van RUPA 1997 is door een werkgroep van de *American Bar Association* een *Prototype Limited Liability Partnership Agreement* ontwikkeld. RUPA 1997 werd opgesteld nadat bijna alle staten al een LLP-regeling in hun wetgeving hadden opgenomen, en heeft daardoor weinig invloed gehad op het wetgevingsproces zelf. De LLP-regelingen zijn daarom per staat verschillend, maar de meeste jurisdicties hebben hun personenvennootschapsrecht op dezelfde beginselen en ideeën gebaseerd.[99] Ondanks de verschillen in de statelijke LLP-regelingen, spreek ik bij de uiteenzetting van de vormgeving van de LLP soms over 'de LLP'. Ik verwijs daarmee naar de voornaamste invulling van de LLP-bepalingen door diverse staten, of naar de invulling die RUPA 1997 daaraan heeft gegeven.

4.7.4 Kenmerken van de LLP

De LLP is een *general partnership* die zich als zodanig heeft geregistreerd om aan alle vennoten beperkte aansprakelijkheid te verschaffen.[100] Een LLP wordt daarom ook wel een *partnership-plus* genoemd.[101] In alle staten kan een GP omgezet worden in een LLP door registratie van een verklaring bij de *secretary*

99. Vermeulen, E.P.M. (2003), *supra* noot 39, blz. 106.
100. Stover, F.O. en S.P. Hamill (1999), *supra* noot 50, blz. 813-848.
101. Bradley, C. (2001), 'Twenty-First Century Anglo-American Partnership Law', Commonwealth Law World Review, blz. 330-342.

of state, waarin fundamentele informatie over de personenvennootschap staat.[102] In sommige staten is de oprichting van, of omzetting in een LLP alleen beschikbaar gesteld aan professionele GP's.[103] Bepaalde staten verplichten de LLP om elk jaar een nieuwe registratie in te dienen, zodat de status van de LLP wordt behouden.[104] Daarnaast zijn er staten waarin de LLP elk jaar een jaarverslag moet deponeren bij de *secretary of state*. Wanneer hieraan niet is voldaan, zal de LLP haar bijzondere status verliezen.[105] Dit jaarverslag is een bevestiging van de initiële inschrijving en heeft ten doel het doorgeven van wijzigingen van de benodigde gegevens en het innen van registratiegelden. De personenvennootschap is een entiteit apart van haar vennoten en een LLP blijft dezelfde entiteit na registratie van de voornoemde verklaring.[106] De LLP is zelf rechthebbende van het vennootschapsvermogen, de vennoten zijn geen medeeigenaren.[107] De vennoten kunnen niet beschikken over hun aandeel in de vennootschap.

4.7.5 Vennootschapstructuur

4.7.5.1 Bestuursbevoegdheid en winst&verliesdeling

Personenvennootschapsrecht laat partijen vrij in het structureren van hun vennootschap. Het verschaft regels waarop teruggevallen kan worden, wanneer de overeenkomst tussen de partijen onduidelijkheden of leemtes bevat, of wanneer een overeenkomst achterwege is gelaten.[108] Dit zorgt voor grote flexibiliteit. Het personenvennootschapsrecht creëert een structuur waarin vennoten gezamenlijke rechten hebben op het bestuur en toezicht op de vennootschap.[109] Decentraal bestuur zal daarom veel voorkomen. In tegenstelling tot

---

102. Bishop C.G. (1998), *supra* noot 40, blz. 101-138. RUPA 1997, § 1001. Een GP betekent in de RUPA 1997, § 101(6): *'An association of two or more persons to carry on as co-owners a business for profit formed under Section 202, predecessor law, or comparable law of other jurisdiction'*.
103. Dit zijn de staten Californië (California Corporation Code § 16101(6)), New York (New York Partnership Law § 26(b)) en Oregon (Oregon Revised Statute § 68.110(3)-(4) ingetrokken 1 januari 2003 en vervangen door Oregon Revised Statute § 67.500). De LLP-regeling van Nevada bevatte een beperking tot beroepsvennootschappen maar heeft deze in 2005 laten vervallen (Nevada revised Statute § 87.020(7)) – Nevada Laws 2005, c. 128, § 67).
104. Texas Revised Civil Statute Art. 6132b-3.08(b)(5) en (7).
105. RUPA 1997, § 1003.
106. RUPA 1997, § 201. Zaken waarin de LLP als afgescheiden juridische entiteit is erkend: *United States v. Stein*, 463 F. Supp. 2d 459, 464 (S.D.N.Y. 2006), re Zecher, 2006 WL 3519316 (Bankr. D. Mass. Dec. 6 2006), *Resource Bankshares Corp. v. St. Paul Mercury Ins. Co.*, 323 F. Supp. 2d 709 (E.D. Va. 2004) en *Hecht, Solberg, Robinson, Goldberg & Bagley v. Superior Court*, 137 Cal. App. 4th 579, 595, 40 Cal. Rptr. 3d 446, 457 (2006).
107. RUPA 1997, § 501.
108. RUPA 1997, § 103(a).
109. RUPA 1997, § 401(f).

de kapitaalvennootschap zijn de stemrechten in een personenvennootschap niet gerelateerd aan de grootte van de inbreng van de vennoten, maar heeft elke vennoot één stem. Dit komt overeen met het onderliggende principe van samenwerking op gelijke voet. Wanneer niet anders overeengekomen, zullen belangrijke beslissingen worden genomen met goedkeuring van alle vennoten. Bij conflicten over aangelegenheden, die te maken hebben met de normale gang van de bedrijfsvoering, wordt vaak met een meerderheid van stemmen besloten.[110] Alle vennoten zullen in beginsel in gelijke mate delen in de winsten en verliezen.[111] Andere verdelingsafspraken zijn mogelijk. Indien de vennoten alleen een afspraak hebben gemaakt over de verdeling van de winst maar niet over de verdeling van het verlies, zal het verlies in dezelfde verhouding gedeeld worden als de verhouding die voor de winst geldt.[112] Het aandeel in de winst wordt gestort op de kapitaalrekeningen van de vennoten. Zij kunnen hier niet zomaar aanspraak op maken, tenzij anders is overeengekomen. Voor uitkering van winsten is doorgaans een meerderheidsbesluit vereist.[113]

4.7.5.2 Vertegenwoordigingsbevoegdheid

Zolang de vennoten niets anders zijn overeengekomen is elke vennoot vertegenwoordiger van de vennootschap. Een handeling van de vennoten in het kader van de normale werkzaamheden van de vennootschap bindt de vennootschap, tenzij de vennoot geen vertegenwoordigingsbevoegdheid had ten aanzien van de desbetreffende aangelegenheid en de tegenpartij dit wist of hem was medegedeeld dat de vennoot onbevoegd was.[114] De vennootschap kan partijen waarmee zij zaken doet bijvoorbeeld een *notification* geven van de vertegenwoordigingsbeperkingen van haar vennoten.[115] Daarnaast kan de vennootschap een *statement of partnership authority* registreren waaruit de beperkingen blijken.[116] De bevoegdheidsbeperkingen werken ook indien deze niet zijn ingeschreven.[117] Andere handelingen, dan die in het kader van de normale werkzaamheden, binden de vennootschap alleen indien de handelende vennoot hiertoe een volmacht had.[118] Voor deze handelingen dienen alle vennoten hun instemming te hebben gegeven, tenzij de vennootschapsovereenkomst hierover iets anders bepaalt.[119] Indien vooraf geen volmacht was verleend kan de

110. RUPA 1997, § 401(j).
111. RUPA 1997, § 401(b).
112. Zie *comment* 3 bij RUPA 1997, § 401.
113. RUPA 1997, § 401(a)(1) en *comment* 3 bij RUPA 1997, § 401.
114. RUPA 1997, § 301(1).
115. RUPA, 102(d).
116. RUPA 1997, § 303.
117. Zie: *comment* 4 bij RUPA 1997, § 303.
118. RUPA 1997, § 301(2).
119. RUPA 1997, § 401(j).

handeling, volgens de algemene vertegenwoordigingsprincipes, ook nog achteraf bekrachtigd worden.[120]

4.7.6 Aansprakelijkheid

De introductie van de LLP was een baanbrekende gebeurtenis aangezien de *partnership* van oudsher gelijkstond aan de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten voor de verbintenissen van de vennootschap. De hoofdelijke aansprakelijkheid fungeert daardoor als waarborg voor de betrokkenen bij de vennootschap. Hoewel in de Verenigde Staten een uitgebreide discussie over de principes en gevolgen van beperkte aansprakelijkheid heeft plaatsgevonden, is er bij de ontwikkeling van de LLC- en LLP-wetgeving weinig discussie geweest over de vraag of, en in welke mate, het wenselijk is om de beperkte aansprakelijkheid uit te breiden naar niet-geïncorporeerde vennootschappen.[121] De staten hielden zich vooral bezig met het beschermen van de belangen van ondernemers en vrije beroepsbeoefenaren, die van plan waren om een voordeel te behalen uit deze nieuwe rechtsvorm en dreigden hun zetel te verplaatsen naar een staat die wel een LLC of LLP beschikbaar stelde. Men gebruikte de explosieve groei van de het aantal LLC's en LLP's vervolgens voor de stelling dat dergelijke rechtsvormen wenselijk en efficiënt zijn voor de maatschappij. Hieronder concentreer ik mij op de wijze waarop de aansprakelijkheid in de diverse LLP-regelingen is vormgegeven en een plaats heeft bemachtigd binnen het personenvennootschapsrecht.

4.7.6.1 Externe en interne aansprakelijkheid

De procedures om aansprakelijkheidsbescherming te verkrijgen, verschillen per staat aanzienlijk. Daarnaast verschillen de LLP-regelingen van elkaar in de reikwijdte en de duur van de bescherming.[122] De aansprakelijkheid kan enerzijds te maken hebben met de externe aansprakelijkheid en de daarbij behorende vorderingsrechten van derden jegens de vennootschap en de vennoten, en anderzijds met de interne aansprakelijkheid en de daarmee gepaard gaande regresrechten van de vennoten en de vennootschap.

De externe aansprakelijkheid kan onderverdeeld worden in vorderingen uit onrechtmatige daad (onvrijwillige schuldeisers) en vorderingen uit wanprestatie

---

120. Zie: *comment* bij RUPA 1997, § 301.
121. Callison, J.W. (2001), 'Federalism, Regulatory Competition, and the Limited Liability Movement: The Coyote Howled and the Herd Stampeded', 26 Journal of Corporate Law, blz. 951-981. Zie ook: R.W. Hamilton en L.E. Ribstein (1997), 'Limited Liability and the Real World', 54 Washington and Lee Law Review, blz. 687-715.
122. Bishop, C.G. (1998), *supra* noot 40, blz. 101-138.

(vrijwillige schuldeisers). Vennoten kunnen extern aansprakelijk zijn wanneer een bevoegde vennoot of vertegenwoordiger ten tijde van de uitvoering van de normale werkzaamheden voor de vennootschap tekort is geschoten in de nakoming van de verplichtingen van de vennootschap, of indien hij of zij een onrechtmatige daad heeft gepleegd, die is toe te rekenen aan de vennootschap. In de beginfase van de LLP-wetgeving verschilden de statelijke LLP-regelingen van elkaar doordat zij varieerden in de externe aansprakelijkheidsbescherming van vennoten (bescherming tegen verplichtingen die volgen uit de contractuele verhoudingen en bescherming tegen verplichtingen die voortvloeien uit de wet).

Naast de externe aansprakelijkheid staat de interne aansprakelijkheid. Deze aansprakelijkheid wordt opgelegd via de wisselwerking van de vrijwaring van vennoten door de vennootschap (*partnership idemnification*) en de bijdragen van de vennoten aan het tekort van de vennootschap (*partner contribution*).[123] Een vennootschap is over het algemeen verplicht om de vennoten te vrijwaren voor aansprakelijkheid die is ontstaan in de normale gang van bedrijfsvoering.[124] Derden kunnen gehouden zijn eerst hun vorderingsrecht jegens de vennootschap te benutten, voordat zij zich kunnen verhalen op de aansprakelijke vennoten.[125] De vennootschap wordt derhalve geacht de vennoten terug te betalen voor de betalingen die zij voor haar hebben gedaan.[126] Wanneer het vennootschapsvermogen onvoldoende is om de vrijwaringsverplichtingen of de directe betaling van schadevergoeding aan de derde te voldoen, wordt het tekort in verhouding tot hun aandeel in de verliezen van kapitaalrekening van de vennoten afgetrokken. Hierdoor kan een schuld van een vennoot aan de vennootschap ontstaan. De vennoten zijn in beginsel pas gehouden deze schuld te voldoen, en daardoor extra bij te dragen aan de vennootschap (*contribute*), op het moment van uittreding, ontbinding of liquidatie, tenzij een andere regeling is afgesproken.[127] Zij zijn dan zoveel aansprakelijk in hun privé-vermogen dat alle verplichtingen van de vennootschap kunnen worden voldaan. De beperking van de externe aansprakelijkheid betekent derhalve niet per definitie dat een vennoot volledig bevrijd is van een betalingsplicht in het kader van de schade die is ontstaan door een medevennoot. Ook al is een vennoot extern beperkt aansprakelijk (d.w.z. een derde heeft geen vorderingsrecht heeft jegens de

123. Bishop C.G. en D.S. Kleinberger (2005), *supra* noot 24, § 15.02 (3)(a).
124. RUPA 1997, § 401(c).
125. RUPA 1997, § 306(a) jo. § 307(d). Zie ook: Bromberg, A.R. en L.E. Ribstein (2009), 'On Limited Liability Partnerships, the Revised Uniform Partnership Act, and the Uniform Limited Partnership Act (2001)', New York: Aspen Publishers, § 3.08(b).
126. Daarnaast kan het vennootschapsvermogen dus direct aangesproken worden door de derde omdat deze los van het vorderingsrecht op de vennoten ook een vorderingsrecht op het vennootschapsvermogen heeft.
127. *Comment* 3 bij RUPA 1997, § 401.

vennoot) wil dat nog niet zeggen dat die vennoot niet via de interne aansprakelijkheid alsnog aansprakelijk kan zijn door de plicht om bij te dragen in een tekort van de vennootschap. In de latere generaties LLP-regelingen zijn aan deze interne aansprakelijkheid beperkingen gesteld. Er kunnen drie generaties wetgeving voor de beperking van de aansprakelijkheid bij een LLP onderscheiden worden, die elk een andere reikwijdte van bescherming bieden.

4.7.6.2 Drie generaties LLP-regelingen

4.7.6.2.1 De eerste generatie

Texas introduceerde als eerste een LLP-regeling en gaf daarmee het eerste voorbeeld voor de LLP-wetgeving waarin de scheiding tussen beperkte aansprakelijkheid en de vrije interne vennootschapstructuur werd geregeld. Ook Louisiana, het District of Columbia en North Carolina kenden eerste generatie LLP-regelingen. Bij de statelijke wetgevers bleef enige weerstand tegen de combinatie van beginselen uit verschillende typen rechtsvormen. Dit zorgde ervoor dat de staten in het begin niet een volledige bescherming aan de vennoten boden.[128] Deze gedeeltelijke beperking van de aansprakelijkheid werd over het algemeen door de tegenstanders geaccepteerd. De eerste generatie LLP-regelingen bood vennoten alleen bescherming tegen claims op grond van onrechtmatige daad als gevolg van (beroeps)fouten van een medevennoot of een vertegenwoordiger van de vennootschap, en niet tegen claims

128. De eerste Texas LLP-regeling over de beperking van de aansprakelijkheid luidde: Texas Revised Civil Statute Ann. Art. 6132b-2 Section 15(2): *'A partner in a registered limited liability partnership is not individually liable for debts and obligations of the partnership arising from errors, omissions, negligence, incompetence, or malfeasance committed while the partnership is a registered limited liability partnership and in the course of the partnership business by another partner or a representative of the partnership not working under the supervision or direction of the first partner at the time the errors, omissions, negligence, incompetence, or malfeasance occurred unless the first partner: (A) was directly involved in the specific activity in which the errors, omissions, negligence, incompetence or malfeasance were committed by the other partner or representative; or (B) had notice or knowledge of the errors, omissions, negligence, incompetence or malfeasance by the other partner or representative at the time of occurrence. (3) Paragraph (2) does not affect the joint and several liability of a partner for debts and obligations of the partnership arising from a cause other than those specified in Paragraph (2). (4) Paragraph (2) does not affect the liability of partnership assets for partnership debt and obligations'*. Art. 6132b-2 Section 45-C (1): *'A registered limited liability partnership must carry, if reasonably available, at least $100,000 of liability insurance of a kind that is designed to cover the kinds of errors, omissions, negligence, incompetence, or malfeasance for which liability is limited by Subsection 15(2)'*. Inmiddels is de Texaanse regeling meerdere malen herzien en is ook hiervan de aansprakelijkheidsbescherming verder uitgebreid.

op grond van wanprestatie.[129] De vennoot blijft wel aansprakelijk wanneer hij heeft bijgedragen aan de (beroeps)fout, deze had kunnen voorkomen, of de beroepsfout is begaan door een persoon die onder zijn toezicht of supervisie stond. Deze oorspronkelijke invalshoek van een LLP verschaft een zogenoemde '*peace of mind*-verzekering' voor onschuldige partners.[130] Vennoten zijn wel persoonlijk aansprakelijk voor (beroeps)fouten door hen zelf begaan. Ook zijn zij onder deze generatie regelingen hoofdelijk aansprakelijk voor de andere aansprakelijkheden, schulden en verplichtingen van de personenvennootschap.

4.7.6.2.2 De tweede generatie

De tweede generatie LLP-regelingen werd ingeluid door de regeling van Delaware. In deze regeling werd de Texaanse LLP-regeling op diverse punten uitgebreid en de bescherming tegen aansprakelijkheid vergroot. De veranderingen omvatten onder andere: (1) het uitbreiden van de lijst van activiteiten die onder de bescherming vielen, door de termen in de Texas regeling (*errors, omissions, negligence, incompetence, or malfeasance*) te vervangen door *'wrongful acts or misconduct'*,[131] (2) het beperken van de aansprakelijkheid van de vennoot voor fouten van iemand die onder zijn toezicht of supervisie staat tot iemand die onder zijn *directe* supervisie en toezicht staat,[132] (3) het verhogen van het verplichte verzekeringsbedrag tot $1.000.000 en het verwijderen van de woorden *'if reasonably available'*,[133] en (4) het expliciet toestaan dat de LLP zowel binnen als buiten Delaware mocht opereren, waarbij de LLP in beide situaties door het recht van Delaware werd beheerst.[134] In de Texaanse regeling was het onduidelijk of vorderingen uit hoofde van onrechtmatige daad als gevolg van (beroeps)fouten, waartegen bescherming bestond, ook gebaseerd konden worden op grond van wanprestatie of op grond van een impliciete garantie in het contract. Ook was onduidelijk of vennoten met een *contribution* moesten bijdragen aan het verlies dat was ontstaan door een vordering, waarvoor de aansprakelijkheid van de vennoten onder de LLP-regeling verondersteld werd te zijn beperkt. De LLP-regeling van Delaware heeft getracht deze punten op te lossen door te bepalen dat de vennoten niet direct of indirect

129. Het definiëren van deze aansprakelijkheid als onrechtmatige daad (*tort*) in tegenstelling tot wanprestatie (*breach of contract*) is lastig, want bijvoorbeeld beroepsfouten vallen ook onder *misconduct*. Hiervan kan echter worden beweerd dat de hieruit voortvloeiende aansprakelijkheid voortkomt uit een contractuele relatie.
130. Hamilton, R.W. (1995), *supra* noot 97, blz. 1065-1104.
131. Del. Code Ann. tit. 6 § 1515(b).
132. Del. Code Ann. tit. 6 § 1515(c).
133. Del. Code Ann. tit. 6 § 1546.
134. Del. Code Ann. tit. 6 § 1547.

aansprakelijk zijn *'by way of idemnification, contribution, assessment or otherwise'* en *'whether characterized as tort, contract, or otherwise'*.[135] De vennoten zijn dus niet gehouden om intern bij te dragen aan de schade waartegen zij eigenlijk beschermd zijn. Vennoten kunnen onderling wel een andere regeling treffen. Tevens kunnen zij indirect aansprakelijk zijn voor de onbeschermde verbintenissen aangezien het bij de Delaware regeling nog steeds alleen ging om bescherming tegen schade ontstaan uit (beroeps)fouten en niet om aansprakelijkheid voor allerlei soorten claims. Deze bescherming wordt aangeduid als een *partial shield*. Vennoten bleven ook aansprakelijk voor hun eigen (beroeps)fouten en voor die van personen die onder hun directe toezicht of controle stonden.[136] Tot 1994 was de regeling van Delaware de meest geavanceerde wetgeving over de aansprakelijkheid van de vennoten. Het belangrijkste argument in het voordeel van deze vorm van bescherming is dat het ervoor zorgt dat de aard van de personenvennootschap, de indirecte (hoofdelijke) aansprakelijkheid behouden blijft. Hierdoor wordt verzekerd dat de LLP als personenvennootschap blijft aangemerkt.[137]

4.7.6.2.3 De derde generatie

Ondanks het hiervoor genoemde argument in het voordeel van deze gedeeltelijke bescherming, zijn er ook redenen om voor een volledige bescherming te pleiten. Zoals in het vorige hoofdstuk is uiteengezet, kan men onderscheid maken tussen vrijwillige en onvrijwillige schuldeisers. De vrijwillige schuldeisers kunnen (zover het *adjusting* schuldeisers zijn)[138] met de onderneming onderhandelen over een compensatie voor het verhoogde risico als gevolg van de beperking van aansprakelijkheid. De onvrijwillige schuldeisers kunnen dit niet. De vraag deed zich voor hoe gerechtvaardigd kan worden dat voor vrijwillige schuldeisers een onbeperkt aansprakelijkheidsregime gold en een beperkt aansprakelijkheidsregime in de relatie met onvrijwillige schuldeisers, terwijl juist deze laatste groep niet in staat is om over een compensatie te onderhandelen. Het ontbreken van een antwoord kan voor de staten één van de factoren zijn geweest om de bescherming uit te breiden naar een volledige bescherming.

135. Delaware Revised Uniform Partnership Act: § 15-306(c). *Assessment* is een contractuele verplichting van een vennoot.
136. In de oorspronkelijke LLP regeling werd bepaald dat de beperking van de aansprakelijkheid: *'(..) [S]hall not affect the liability of a partner in a registered limited liability partnership for his own negligence, wrongful acts, or misconduct, or that of any person under his direct supervision and control'* (Del. Code Ann. tit. 6 § 1515(c)).
137. Bromberg, A.R. en L.E. Ribstein (2009), *supra* noot 125, § 3.03(b).
138. Zie hiervoor hoofdstuk 3.

De partiële bescherming resulteert in zowel beschermde als onbeschermde verbintenissen, die beide tot hetzelfde vermogen behoren. Dit kan leiden tot het probleem van voorrang bij de voldoening van verbintenissen. Welke verbintenissen moeten als eerste moeten worden voldaan? Vennoten zullen hun eigen welvaart willen beschermen door uit het vermogen van de vennootschap eerst de contractuele (onbeschermde) vorderingen te voldoen, waardoor er niets over kan blijven om de onvrijwillige (beschermde) schuldeisers te betalen. Door eerst de beschermde verplichtingen te betalen brokkelt de bescherming van vennoten af omdat de vennoten bij ontbinding en vereffening uiteindelijk toch moeten bijdragen voor de onbetaalde onbeschermde verplichtingen.[139] Ook zal er tussen de vennoten onderling een verschillende voorkeur voor voldoening van specifieke verplichtingen bestaan. De vennoten die zich in de risicogebieden bevinden, zullen de betaling van de contractuele verplichtingen tegenhouden zodat er nog voldoende vermogen overblijft waarop zij zich kunnen verhalen indien zij worden aangesproken uit hoofde van onrechtmatige daad. Het probleem van de verschillen in verbintenissen (beschermd/onbeschermd) vormt een groot nadeel van een partiële aansprakelijkheidsbescherming.[140]

In 1994 luidden de LLP-regelingen van de staten Minnesota en New York de derde-generatie LLP-wetgeving in.[141] Deze generatie bood de vennoten bescherming tegen alle verplichtingen en schulden van de vennootschap, op gelijke wijze als onder de LLC-regelingen.[142] Dit betekent dat een schuldeiser van de vennootschap geen recht heeft om een juridische procedure te beginnen tegen een vennoot persoonlijk, louter op basis van de hoedanigheid van vennoot.[143] Dit is de '*full shield*-generatie', de LLP-regelingen met volledige

139. *Comment* 3 bij RUPA 1997, § 401.
140. Bromberg, A.R. en L.E. Ribstein (2009), *supra* noot 125, § 3.03(b).
141. Minnesota Statutes 323A.0306(c): *'An obligation of a partnership incurred while the partnership is a limited liability partnership, whether arising in contract, tort, or otherwise, is solely the obligation of the partnership. A partner is not personally liable, directly or indirectly, by way of contribution or otherwise, for such an obligation solely by reason of being or so acting as a partner. This subsection applies notwithstanding anything inconsistent in the partnership agreement that existed immediately before the vote required to become a limited liability partnership under section 323A.1001(b)'*. Inmiddels heeft de staat Minnesota de bepalingen van de RUPA 1997 in haar wetgeving opgenomen, die vanaf 1 januari 2002 van kracht zijn.
142. Hamilton, R.W. (1995), *supra* noot 97, blz. 1065-1104.
143. *Colliers, Dow & Condon, Inc. v. Schwartz*, 2004 WL 1246004 (Conn. Super. May 24, 2004); *Mantell v. Samuelson*, 4 Misc.3d 134(A), 2004 WL 1587555 (N.Y. Sup. App. Term July 7, 2004); *Bennett v. Cochran*, 2004 WL 852298 (Tex. App. Apr. 22, 2004) en *Santos v. 305 West 56th Street Realty LLC*, 2008 WL 2927804 (N.Y. Sup. Ct. July 30, 2008). De vennoot kan wel in een procedure worden betrokken indien dit nodig is voor een feitenonderzoek.

bescherming. De regeling van New York is weliswaar de meest uitgebreide[144] maar ook het meest beperkt toepasbaar.[145] De LLP-vorm staat alleen aan bepaalde vrije beroepsbeoefenaren (advocaten, artsen, tandartsen, ingenieurs, accountants, landmeters en architecten[146]) ter beschikking. Op de wetgeving van New York en Minnesota volgden meer staten. In 1995 verschaften de regelingen van Colorado, Idaho, Indiana, Missouri, Montana, North Dakota, South Dakota en Maryland ook een volledige bescherming aan de vennoten in een LLP. Alabama, California, Connecticut, Massachusetts, Oregon en Virginia volgden in 1996. In 1997 gingen ook Arkansas, Delaware, District of Columbia, Nebraska, New Mexico, Oklahoma en Texas overstag en in de periode 1998-2000 namen ook Florida, Iowa, Mississippi, Vermont en Alaska een *full shield* aan. Tot aan 2008 voerden ook de staten Arizona, Georgia, Hawaii, Nevada, New Hampshire, New Jersey, Ohio, Rhode Island, Washington een *full shield*-bescherming in. Sinds 2008 biedt ongeveer 80% van de Amerikaanse staten een volledige bescherming aan LLP's aan.[147] Ook RUPA 1997, de uniforme *partnership*-wetgeving, biedt een *full shield*-bescherming aan in section 306(c).[148] RUPA 1997 verschaft een bescherming zowel extern als intern, voor zowel contactuele verbintenissen als verbintenissen uit onrechtmatige daad. Indien de wanprestatie of de onrechtmatige daad heeft plaatsgevonden in de uitvoering van de normale werkzaamheden voor de vennootschap heeft de vennootschap een vrijwaringsplicht. De interne aansprakelijkheid hoeft hier echter niet door te worden beïnvloed, aangezien de beperking daarvan geldt voor: *'[C]harges attributable to an obligation for which the partner is not personally liable under Section 306'*.[149] In faillissement kan een vereffenaar of

144. N.Y. Partnership Law § 26(b): *'No partner of a partnership which is a registered limited liability partnership is liable or accountable, directly or indirectly (including by way of indemnification, contribution or otherwise), for any debt, obligations of liabilities of, or chargeable to, the registered limited liability partnership or each other, whether arising in tort, contract or otherwise, which are incurred, created or assumed by such partnership while such partnership is a registered limited liability partnership, solely by reason of being such a partner or acting (or omitting to act) in such capacity or rendering professional services or otherwise participating (as an employee, consultant, contractor or otherwise) in the conduct of the other business or activities of the registered limited liability partnership'*.
145. Bromberg, A.R. en L.E. Ribstein (2009), *supra* noot 125, § 1.01(c).
146. N.Y. Partnership Law § 2. Dit artikel refereert aan de New York *Education Law Title 8* voor de definitie van een vrij beroep.
147. Bromberg, A.R. en L.E. Ribstein (2009), *supra* noot 125, § 1.01(c).
148. *'An obligation of a partnership incurred while the partnership is a limited liability partnership, whether arising in contract, tort, or otherwise, is solely the obligation of the partnership. A partner is not personally liable, directly or indirectly, by way of contribution or otherwise, for such an obligation solely by reason of being or so acting as a partner. This subsection applies notwithstanding anything inconsistent in the partnership agreement that existed immediately before the vote required to become a limited liability partnership under Section 1001(b)'*.
149. RUPA 1997, § 807(b).

curator de vennoten dwingen de bijdragen te betalen.[150] Maar ook dan geldt dat een vennoot slechts aansprakelijk kan zijn voor tekorten wanneer de vennoot onder het toepasselijke 'niet-faillissementsrecht' (de LLP-regeling), aansprakelijk is voor een dergelijk tekort.[151]

4.7.6.2.4 Uitzonderingen op de full shield-*bescherming*

De beperking van de aansprakelijkheid onder een *full shield* is niet absoluut. De vennoten blijven aansprakelijk voor het door hen in de onderneming geïnvesteerde bedrag. Het bedrag kan hoger zijn wanneer de vennoten onderling hebben afgesproken dat alle of enkele vennoten aan het tekort van de vennootschap moeten bijdragen door het betalen van *contributions*.[152] Daarnaast blijft de vennoot persoonlijk aansprakelijk voor eigen (beroeps)fouten.[153] De eigen aansprakelijkheid van de schuldige vennoot is in sommige regelingen expliciet opgenomen, maar wordt over het algemeen ook aanvaard bij gebreke daarvan.[154] In tegenstelling tot de Minnesota-regeling is onder de New York-regeling een vennoot ook aansprakelijk voor de daden van personen over wie de vennoot directe supervisie en toezicht had.[155] Deze vennoten hebben daarnaast een interne bijdrageverplichting voor het tekort dat is ontstaan naar aanleiding van hun schade veroorzakende handeling. Indien een vennoot niet in staat of gehouden is om bij te dragen, dienen de andere partners dit op te vangen naar rato van hun deel in de verliezen maar alleen voor de verbintenissen waarvoor zij extern aansprakelijk zijn.[156] Daarnaast bestaat er in de meeste statelijke regelingen voor de vennoten de mogelijkheid om met de meerderheid van de stemmen de volledige of een deel van de bescherming van alle of sommige vennoten weg te contracteren.[157] Indien de statelijke regeling hierover geen bepalingen bevat, wordt over het algemeen aangenomen dat het besluit over de wijziging van de aansprakelijkheidsbeschermingen van vennoten behoort tot de aangelegenheden die buiten de normale werkzaamheden vallen, of gelijk is aan een besluit tot wijziging van de vennootschapsovereenkomst.

---

150. RUPA 1997, § 807(f).
151. Bankruptcy Code § 723(a) en 140 Cong.Rec. 10752-01, 10768, Oct. 4, 1994.
152. *Canada Life Assur. Co. v. Estate of Lebowitz*, 185 F.3d 231, 236 n.4 (4th Cir. 1999).
153. In de Minnesota bepaling wordt dit benadrukt door de woorden: *'[M]erely on account as partner'*. In de regeling van New York staan de woorden: *'[S]olely by reason of being such a partner'* en staat het daarnaast apart opgenomen.
154. *Comment* 3 bij RUPA 1997, § 306. Zie voor een expliciete opname bijvoorbeeld: Connecticut: Conn. Gen. Stat. § 34-327(e)(d) en New York: N.Y. Partnership Law § 26(c)(i).
155. N.Y. Partnership Law § 26(c)(i).
156. RUPA 1997, § 807(c).
157. N.Y. Partnership Law § 26(d) en *United States v. 175 Inwood Assocs. LLP*, 330 F. Supp. 2d 213 (E.D. N.Y. 2004).

Om de volledige bescherming te verkrijgen, is ook vereist dat de aansprakelijkheid moet zijn ontstaan (*arose or accrued*), ten tijde dat de vennootschap als een LLP geregistreerd stond.[158] Dit kan zorgen voor onduidelijkheid over de status van de verbintenissen die net voor de verkrijging van de LLP-status zijn ontstaan, die gesloten zijn terwijl niet aan alle formele vereisten voor een LLP is voldaan (schijn-LLP) of na het opgeven van de LLP-status. Verbintenissen die zijn ontstaan voor de verkrijging van de LLP-status of wanneer de LLP-status is doorgehaald, worden behandeld als verbintenissen van een gewone *general partnership*.[159] Over het algemeen wordt aangenomen dat een verbintenis is ontstaan op het moment dat het contract is aangegaan. Latere wijzingen hebben geen effect op deze ontstaansdatum.[160] Een verbintenis uit onrechtmatige daad ontstaat op het moment dat de gedraging of handeling zich heeft voorgedaan en niet op het moment dat de schade zich openbaart. Onduidelijkheden kunnen zich voordoen bij duurovereenkomsten. Een voorbeeld hiervan is een huurovereenkomst op grond waarvan op latere tijstippen huur moet worden betaald, of een lening waarover rente betaald dient te worden. De overeenkomst kan zijn aangegaan voordat de omzetting in een LLP heeft plaatsgevonden, terwijl de verplichtingen pas opeisbaar kunnen worden nadat de vennootschap de LLP-status heeft verkregen. De contractsvoorwaarden zijn over het algemeen afgestemd op de situatie van de vennootschap op het moment van het sluiten van het contract, inclusief het verhaalsrecht op het vermogen van de vennoten. Dit verhaalsrecht valt weg als de vennootschap een LLP wordt. Een tegenpartij zou de verwachting kunnen hebben dat ook voor de later opeisbare verplichtingen de hoofdelijke aansprakelijkheid blijft gelden. De LLP-regelingen geven hier doorgaans geen oplossing voor. Zij bepalen veelal dat de bescherming geldt 'voor een vennoot van een LLP'.[161] Verbintenissen die zijn ontstaan nadat de LLP-status is verkregen vallen in beginsel onder de bescherming. In beginsel, omdat de vraag rijst of dit ook het geval is bij het aangaan van een overeenkomst die juridisch gezien een zelfstandige overeenkomst is, maar die is aangegaan met een tegenpartij waarmee een serie van contracten is gesloten voordat de LLP-omzetting heeft plaatsgevonden. De tegenpartij zou in die situatie in de veronderstelling kunnen zijn dat ook het contract, dat is aangegaan na de verkrijging van de LLP-status, onder dezelfde voorwaarden is gesloten als de eerdere contracten uit de serie. In dat geval zou, om bescherming te kunnen genieten, een kennisgeving van de omzetting in een LLP of het gebruik van de

158. Minn. Stat. § 323.14 sub d.
159. *Griffin v. Fowler*, 260 Ga. App. 443, 579 S.E.2d 848, n.1 (2003).
160. *Comment* 3 bij RUPA 1997, § 306.
161. Bromberg, A.R. en L.E. Ribstein (2009), *supra* noot 125, § 3.11(b). Regelingen die iets meer bepalen over deze aangelegenheden zijn de regelingen van Maryland en Minnesota: Md. Code Ann., Corps.&Assns. § 9A-307(d)(3) en Minn. Stat. § 323A.0306(d).

afkorting LLP in de communicatie met deze tegenpartij, gerechtvaardigd kunnen zijn.[162] Een dergelijke verplichting tot kennisgeving is niet opgenomen in de wetgeving. Bij beroepsbeoefenaren kan deze voortvloeien uit de beroepsregels of de zorgplicht dergelijke zaken openbaar te maken.[163] Een aansprakelijkheidsvordering die ontstaat nadat de LLP-status is opgegeven, maar die voortvloeit uit een contract dat is aangegaan toen de bescherming nog van toepassing was, kan niet worden ingesteld tegen een vennoot die beschermd werd door de LLP-status.

4.7.6.3 Externe aansprakelijkheid na uittreding, ontbinding en toetreding

Onder RUPA 1997 kan uittreding uit de LLP plaatsvinden zonder dat de gehele vennootschap ontbonden behoeft te worden. Deze partiële ontbinding heeft geen effect op de LLP-status voor het overblijvende deel van de vennootschap. De uitgetreden vennoot blijft extern aansprakelijk voor de verbintenissen die voor de uittreding zijn ontstaan, tenzij de tegenpartij afwist van de uittreding en een materiële wijziging aanbrengt in de aard of het moment van betaling zonder de instemming van de vennoot.[164] De uitgetreden vennoot is niet aansprakelijk voor een vennootschapsverplichting die is ontstaan na zijn uittreding, tenzij de tegenpartij ten tijde van het aangaan van de verbintenis te goeder trouw dacht, of ervan uit was gegaan, dat de uitgetreden vennoot nog steeds een vennoot was, of de tegenpartij geen kennis had van het uittreden van de vennoot en niet behoorde te weten dat de vennoot was uitgetreden. De uitgetreden vennoot is dan gedurende een periode van twee jaar na uittreding aansprakelijk voor deze verbintenissen, tenzij hij niet aansprakelijk zou zijn geweest onder section 306, de LLP-bescherming.[165] Een derde behoort te weten dat de vennoot is uitgetreden vanaf 90 dagen nadat de vennoot of de vennootschap een verklaring van uittreding heeft gedeponeerd bij het statelijke register.[166] De uitgetreden vennoot kan daarnaast ook afspraken maken met de individuele schuldeisers en de vennoten van de voort te zetten vennootschap, over de ontheffing van vennoot van zijn aansprakelijkheid na uittreden.[167] Toetredende vennoten genieten bescherming tegen verplichtingen die zijn ontstaan voor de toetreding.[168] In de rechtspraak is verschillende malen besloten dat een toetredende vennoot niet aansprakelijk is voor verplichtingen aangegaan voor toetreding,

162. Bromberg, A.R. en L.E. Ribstein (2009), *supra* noot 125, § 3.11(c).
163. Model Rule 1.8(h).
164. RUPA 1997, § 703(a) jo. 703(d).
165. RUPA 1997, § 703(b).
166. RUPA 1997, § 703(b) jo. 704(c). Deze verklaring is vrijwillig.
167. RUPA 1997, § 703(c).
168. Zie onder andere RUPA 1997, 306(b), Conn. Gen. Stat. § 34-327(e)(b) en Wash. Rev. Code § 25.05.125(2).

maar opeisbaar na toetreding.[169] Op het moment van toetreden kunnen er bepaalde verliezen zijn waartoe sommige 'schuldige' vennoten moeten bijdragen, en andere niet. Dat betekent dat ondanks een volledige bescherming er toch sprake kan zijn van beschermde verbintenissen en onbeschermde verbintenissen. Datzelfde geldt voor de toetredende vennoot.

4.7.6.4 Verzekeringen, verbod op uitkeringen en *piercing the corporate veil*

In hoofdstuk 3 is aangegeven dat schuldeisers naast contractuele afspraken over de aansprakelijkheid van vennoten ook via andere wegen financiële waarborgen kunnen verkrijgen. Zo kan een verplichte verzekering voor meer kans op verhaal zorgen.[170] Sommige staten verplichten tot het hebben van een dergelijke verzekering, andere staten niet. Bij verplichte verzekering verschilt het te verzekeren bedrag per staat. Het bedrag kan afhankelijk zijn van het aantal vennoten, het kan een vast bedrag zijn, of gekoppeld zijn aan het aantal vennoten maar met een maximum. Het te verzekeren bedrag kan tussen de $100.000 en de $5.000.000 liggen. Californië heeft de verzekeringsverplichting en de hoogte van de te verzekeren bedragen gerelateerd aan het beroep dat wordt uitgeoefend.[171] Connecticut, Rhode Island, Massachusetts en Washington, die de LLP beschikbaar hebben voor zowel bedrijfsmatige als beroepsmatige activiteiten, hebben de verzekering alleen verplicht gesteld voor de beroeps-LLP's.[172] Deze LLP-regeling van Massachusetts verwijst naar de vereisten die de beroepsorganisaties stellen aan de verzekeringen. Ook de regeling van South Carolina verwijst naar de verzekeringsplicht opgelegd door beroepsorganisaties, maar geeft zelf een minimumbedrag aan. Verder zijn er ook regelingen waarin een soort minimumkapitaal verplicht wordt gesteld, al dan niet ter vervanging van een aansprakelijkheidsverzekering.[173] De LLP

---

169. *Citizens Bank of Massachusetts v. Parham-Woodman Medical Assocs.*, 874 F. Supp. 705 (E.D. Va. 1995), *8182 Maryland Associates, Ltd. Partnership v. Sheehan*, 14 S.W. 3d 576 (Mo. 2000) en *Weisenberg v. Mount Royal Assoc.*, 666 A.2d 1103, 1108 (Pa. Super. 1995). Echter een uitspraak waarin een toetredende vennoot wel aansprakelijk werd gehouden: *Conklin Farm v. Leibowitz*, 274 N.J. Super. 525, 644 A.2d 687 (1994).
170. Texas was de eerste die een aansprakelijkheidsverzekering verplicht stelde: Tex. Rev. Civ. Stat. Art. Ann. 6132b-3.08(d)(1) *'A registered limited liability partnership must: (A) carry at least $100,000 of liability insurance of a kind that is designed to cover the kinds of errors, omissions, negligence, incompetence, or malfeasance for which liability is limited by Subsection (a)(2)(..)'.* Andere staten die een verplichting tot een aansprakelijkheidsverzekering in hun wetgeving hebben opgenomen zijn: California, Connecticut, Massachusetts, New Mexico, Oklahoma, Rhode Island, South Carolina en Washington.
171. De Californische LLP staat alleen ter beschikking aan beroepsbeoefenaren.
172. Conn. Gen. Stat. § 34-327(e)(d), R.I. Gen. L. § 7-12-58(a) en Wash. Rev. Code § 25.05.125(4).
173. Zie onder andere: Massachusetts: Mass. Gen. L. ch. 108A, § 45(8)(c), New Mexico: N.M. Stat. Ann. § 54-1-47(c), Oklahoma: Okla. Stat. tit. 54 § 1-309(c), Rhode Island: R.I. Gen. L. § 7-12-58(e) en West Virginia: W. Va. Code § 47B-10-5(d).

dient voor verhaal door schuldeisers een bepaald vermogen te reserveren. In Texas kan dit bijvoorbeeld in de vorm van een fonds, een bankdepot of een bankgarantie.[174] De staten die een verzekering of vermogensafscheiding verplicht hebben gesteld, zijn California, Connecticut, Massachusetts, New Mexico, Oklahoma, Rhode Island, South Carolina, Texas, Washington en West Virginia.[175] Wanneer niet wordt voldaan aan de verplichting van het afsluiten van een verzekering of vermogensafscheiding zal de LLP haar aansprakelijkheidsbescherming verliezen (ten minste) voor het bedrag dat gedekt zou moeten zijn door de verplichte verzekering.[176] Naast de verplichte verzekering hebben Arizona, California, Delaware, Minnesota, North Dakota en Oregon ook een verbod op uitkeringen in hun wetgeving opgenomen (zie paragraaf 3.14.4).[177] Indien een LLP-regeling geen uitkeringseisen bevat kan met betrekking tot ongeoorloofde uitkeringen ook aansprakelijkheid ontstaan op grond van de *fraudulent transfer*-regels. Arizona verwijst daartoe expliciet naar haar algemene *transfer rule*.[178] Daarnaast kunnen rechters een verplichting tot betaling van schadevergoeding aan vennoten opleggen in het kader van de *piercing the veil*-doctrine. Deze doctrine is uitgebreid uiteen gezet in de paragrafen 3.11.1 en 3.14.7. Colorado heeft zelfs een expliciete bepaling opgenomen die de doctrine, zoals toegepast bij kapitaalvennootschappen, van toepassing verklaart op de LLP's.[179]

4.7.6.5 Aansprakelijkheid en beroepsregels

Extra waarborgen kunnen ook via beroepsregels worden opgelegd. Een voorbeeld zijn de ethische regels voor advocaten. In de Verenigde Staten zijn de staten zelf bevoegd om deze regels op te stellen. Veelal baseren zij deze op de *Model Rules of Professional Conduct* maar daarnaast zijn er ook nog de *Model Code of Professional Responsibility* en de *Restatement Third of Law Governing Lawyers*. Deze ethische regels gelden ook als de toepasselijke LLP-regeling zelf geen bepalingen bevat over de door de beroepsregels opgelegde verplichtingen.[180] De *Model Rules of Professional Conduct* bevat bijvoorbeeld de

174. Tex. Rev. Civ. Stat. Ann. Art. 6132b-3.08(d)(1).
175. Cal. Corp. Code § 16956, Conn. Gen. Stat. § 34-327(e), Mass. Gen. L. ch. 108A, § 45(8), N.M. Stat. Ann. § 54-1-47, Okla. Stat. tit. T. 54, 1-309, R.I. Gen. L. § 7-12-58, S.C. Code Ann. § 33-41-1130(A)(1)-(2), Tex. Rev. Civ. Stat. Ann. Art. 6132b-3.08(d)(1), Wash. Rev. Code § 25.05.125(4) en W. Va. Code § 47B-10-5.
176. Bromberg, A.R. en L.E. Ribstein (2009), *supra* noot 125, § 2.06(b). Zie onder andere: Oklahoma: Okla. Stat. tit. 54 § 1-309(g).
177. Ariz. Rev. Stat. § 29-1026(f), Cal. Corp. Code § 16957, Colo. Rev. Stat. § 7-64-1004, Del. Code Ann. tit. 6, § 15-309, N.D. Cent Code § 45-22-10, Or. Rev. Stat. § 67.615.
178. Ariz. Rev. Stat. § 29-1026(f) jo. § 44-1004-1006.
179. Colo. Rev. Stat. § 7-64-1009(1).
180. ABA Standing Committee on Ethics and Professional Responsibility, Formal Opinion 96-401 d.d. 2 August 1996.

verantwoordelijkheid van een vennoot voor het (ongeoorloofd) handelen van personen waarover hij of zij supervisie heeft. New York heeft in haar gedragsregels voor advocaten een verplichting opgenomen die gericht is op de vennootschap om adequate maatregelen te nemen zodat er voldoende controle is.[181] Gedrag in strijd met de regels geeft geen grond voor civiele aansprakelijkheid, ze vormen gedragsrichtlijnen en kunnen waar nodig sancties opleggen.[182] Strijdig gedrag kan bewijs vormen dat de betreffende advocaat de toepasselijke gedragsstandaard heeft geschonden, waardoor de regels mede een rol kunnen spelen buiten de tuchtzaken om.[183]

4.7.7 Fiscaliteit

In de periode voorafgaand aan de *check-the-box regulations* werden LLP's door de belastingdienst over het algemeen gekwalificeerd als personenvennootschappen.[184] Vanaf de inwerkingtreding van de *check-the-box regulations* kan de LLP zelf bepalen op welke wijze de vennootschap of haar partners worden belast.

4.8 Verschillen en overeenkomsten tussen de LLC en LLP

De LLC- en de LLP-vorm worden in alle staten aangeboden en bieden een combinatie van gunstige belastingheffing, beperkte aansprakelijkheid en een flexibele invulling van de interne structuur aan. De vraag rijst welke rechtsvorm een onderneming het beste kan kiezen. De verschillen tussen de rechtsvormen zijn hiervoor van belang. Het eerste verschil is gelegen in de beschikbaarheid van de rechtsvormen. De LLC-vorm kan in sommige staten niet worden aangenomen door beoefenaren van het vrije beroep, terwijl de LLP-vorm daarentegen in sommige staten juist alleen door deze categorie kan worden gebruikt. Vroeger was de scheiding tussen bedrijf en beroep duidelijker dan tegenwoordig. Ondernemers, die een keuze willen maken tussen een LLP en een *member-managed* LLC zullen het dan ook moeilijk vinden om de twee rechtsvormen van elkaar te onderscheiden.[185] In een *member-managed* LLC kan elke deelnemer participeren in het bestuur en zijn de regels over de interne

181. 22 NYCRR 1200.5-b.
182. De *Model Rules of Professional Conduct* bevatten zelf geen sancties, dit staat ter vrije keuze aan de statelijke regelingen. Sancties kunnen onder andere zijn; het intrekken van de vergunning om het beroep van advocaat te mogen uitoefenen, schorsing voor een bepaalde tijdsduur, een (ernstige) publieke represaille tegen de advocaat en schriftelijke voorwaarden voor het uitoefenen van het beroep onder supervisie van een andere advocaat.
183. Zie: Scope [20] Model Rules of Professional Conduct.
184. Zie bijvoorbeeld *Private Ruling* 9229016 (16 april 1992) en 9325043 (29 mei 1993).
185. Stover, F.O. en S.P. Hamill (1999), *supra* noot 50, blz. 813-848.

structuur gebaseerd op die van de GP.[186] Deze vorm lijkt daarom veel op de LLP. Wanneer de LLC een *manager-managed* LLC is, zal er veelal sprake zijn van een centraal bestuur, waarbij de bestuurders de bevoegdheid hebben om de vennootschap extern te binden, terwijl de *non-managing* deelnemers hierin beperkt kunnen worden. De LLC verschilt dan wezenlijk van de LLP. De vennootschap lijkt dan met zijn structuur meer op een *limited partnership* of zelfs op een kapitaalvennootschap. De LLC kan uitkomst bieden aan vennootschappen die uit zijn op kapitaal van passieve investeerders. Ook ondernemers die een op de *close corporation* gelijkende rechtsvorm willen, zijn beter uit met de LLC dan de LLP.

Ook de bepalingen over de aansprakelijkheid kunnen zorgen voor een verschil tussen de LLP en de LLC. In sommige LLP's zijn vennoten persoonlijk aansprakelijk voor handelingen van anderen over wie zij supervisie of toezicht hebben, voor handelingen waaraan zij hebben bijgedragen of voor handelingen die zij niet hebben voorkomen. Dit is niet terug te vinden bij de LLC-regelingen, waarin de deelnemers alleen aansprakelijk zijn voor de eigen daden. Verder bestaat een verschil tussen de LLP en de LLC als het gaat om openbaarmakingsverplichtingen. De meeste wetgeving voor LLC's vereist bijvoorbeeld openbaarmaking van de inbreng van de deelnemers. De LLP-regelingen bevatten dergelijke bepalingen niet.[187] Verder bestaan er ook verschillen in de bepalingen over de ontbinding en afscheiding van vennoten/deelnemers en de deling van de winst.[188] Ondanks de verschillen wordt gezegd dat wanneer de LLP als eerste was ontwikkeld, er geen behoefte aan de LLC was geweest, aangezien de LLP-regelingen misschien wel dichter bij de door kleine ondernemingen gewenste regels over de vennootschapstructuur komen dan de LLC.[189] Door de groei van de LLP kan de LLC makkelijker meer *'corporate'* worden, omdat de wetgevers de LLC wensen te positioneren als een rechtsvorm die verschilt van de LLP.[190]

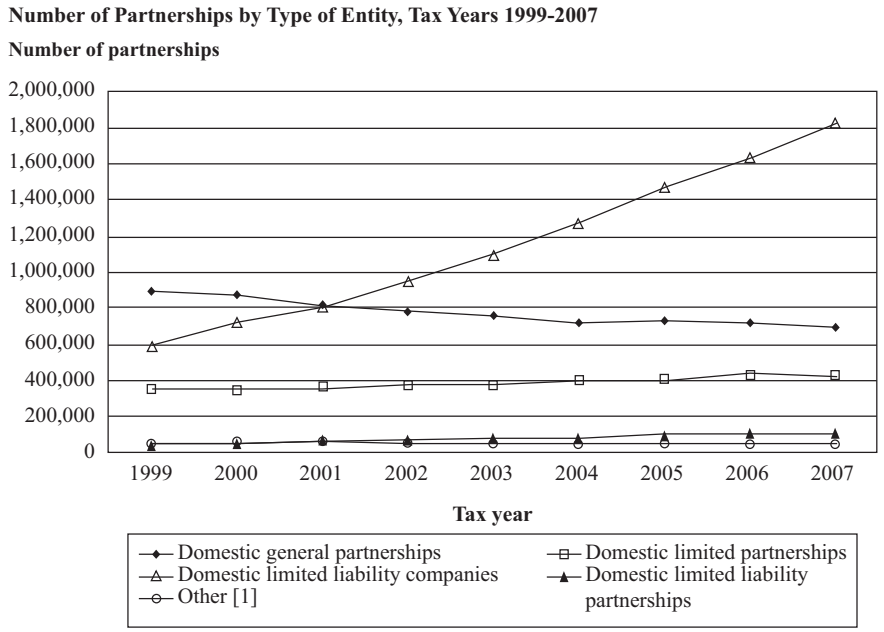
186. Ribstein, L.E. (1996), 'Possible Futures for Unincorporated Firms', 64 University of Cincinnati Law Review, blz. 319-368.
187. Ribstein, L.E. (1996), *supra* noot 186, blz. 319-368.
188. Stover, F.O. en S.P. Hamill (1999), *supra* noot 50, blz. 813-848.
189. Thompson, R.B. (1997), *supra* noot 81, blz. 1-29.
190. Thompson, R.B. (1997), *supra* noot 81, blz. 1-29.

4.9 Het gebruik van de LLC en LLP in de Verenigde Staten

Er zijn weinig gegevens over het aantal in de Amerikaanse staten geregistreerde LLP's en LLC's. De *International Association of Commercial Administrators* publiceert de jaarlijkse rapporten van de verschillende jurisdicties ('**IACA-rapporten**'). Uit deze rapporten zijn echter niet de daadwerkelijke aantallen te distilleren. Het probleem wordt gevormd door het verschil tussen binnenstatelijke (*domestic*) en buitenstatelijke (*foreign*) vennootschappen. De buitenstatelijke LLP's zijn vennootschappen die ook buiten de staat van oprichting activiteiten ondernemen en zich tevens in die andere staat registreren. Deze LLP's zorgen voor dubbeltellingen. De staten vermelden wel apart het aantal nieuwe inschrijvingen gedurende het jaar van de binnenstatelijke en buitenstatelijke LLP's. Dit kan enig inzicht geven in het gebruik. Over de jaren 2007 en 2008 zijn de gegevens in de IACA-rapporten incompleet. Ook de Amerikaanse belastingdienst publiceert elk jaar een statistisch rapport met daarin enige getallen over *partnerships*. In deze rapporten worden de LLP's niet apart vermeld. Wel is telkens in een voetnoot opgenomen hoeveel LLP's zich voor de belastingafgifte bij de belastingdienst hebben aangemeld. De aantallen uit de rapporten van de IRS komen niet overeen met de jaarlijkse IACA-rapporten van de staten door de onvolledigheid van hun gegevens. De verschillen zijn aanzienlijk. In de getallen van de belastingdienst zijn de binnenstatelijke en de buitenstatelijke LLP's wel apart genomen,[191] waardoor het verschil nog groter zou kunnen zijn dan uit de cijfers blijkt. De laatst beschikbare gegevens van de belastingdienst over het gebruik van LLC's en LLP's in de Verenigde Staten zijn die over 2007.[192] De LLC valt in deze statistieken onder de categorie *partnerships*. De laatste IACA-rapporten betreffen 2008. In de onderstaande grafieken en tabellen staan de aantallen en inkomsten van de diverse partnerships:

191. De IRS heeft de binnenstatelijke en buitenstatelijke aantallen gescheiden in haar cijfers vanaf het jaar 2000.
192. Wheeler, T. en N. Shumofsky (2009), 'Partnership Returns, 2007', SOI Bulletin: Fall 2009, blz. 70-159.

Tabel 4.1: Aantallen *partnerships*[193]



Tabel 4.2: Aantallen *partnerships* volgens de IRS[194]

	Totaal Partnerships	General Partnership	Limited Partnership	LLC	LLP
Aantallen					
2007	3.096.334	693.867	426.123	1.818.681	110.022
2006	2.947.116	718.765	423.550	1.630.161	109.071
2005	2.763.625	729.379	413.712	1.465.223	99.941
2004	2.546.877	724.746	402.238	1.270.236	88.865
2003	2.375.375	757.194	378.921	1.091.502	88.527
2002	2.242.169	779.773	376.963	946.130	77.778

193. Wheeler, T. en N. Shumofsky (2009), *supra* noot 192, blz. 70-159.
194. Wheeler, T. en M. Parsons (2004), 'Partnership Returns, 2002', SOI Bulletin: Fall 2004, blz. 46-125, Wheeler, T. en N. Shumofsky (2005), 'Partnership Returns, 2003', SOI Bulletin: Fall 2005, blz. 50-129, Wheeler, T. en N. Shumofsky (2006), 'Partnership Returns, 2004', SOI Bulletin: Fall 2006, blz. 104-191, Wheeler, T. en N. Shumofsky (2007), 'Partnership Returns, 2005', SOI Bulletin: Fall 2007, blz. 69-155, Wheeler, T. en N. Shumofsky (2008), 'Partnership Returns, 2006', SOI Bulletin: Fall 2008, blz. 129-216 en Wheeler, T. en N. Shumofsky (2009), *supra* noot 192, blz. 70-159.

Tabel 4.3: Aantallen *partnerships* volgens de IACA-rapporten

	LLP	Nieuwe inschrijvingen LLP's *domestic*	Nieuwe inschrijvingen LLP's *foreign*
Aantallen			
2008	44.066 (NB:25)	10.297 (NB:24)	1.054 (NB:27)
2007	52.241 (NB:15)	10.729 (NB:12)	968 (NB:15)
2006	60.897 (NB:11)	12.740 (NB:9)	1.211 (NB:12)
2005	56.863 (NB:10)	14.310 (NB:4)	1.090 (NB: 9)
2004	50.564 (NB:10)	9.571 (NB:5)	808 (NB:8)

NB = aantal staten waarvan de gegevens niet bekend zijn
Door de vele ontbrekende gegevens is de weergave van het totaal aantal LLP's verre van compleet. Verder bevatten de getallen in de LLP kolom zowel *domestic* als *foreign* LLP's waardoor dubbeltellingen kunnen voorkomen.

Tabel 4.4: Inkomsten volgens de IRS[195]

	General Partnership	Limited Partnership	LLC	LLP
Inkomsten				
2007	97	210.7	192.1	58.9
2006	87.9	221.6	205.3	54.8
2005	88.5	179.9	168.4	50.2
2004	76.5	119.6	104.3	41.8
2003	67.9	106.8	64.3	34.2
2002	78.3	92.5	48.6	28.6

Cijfers zijn in miljarden.

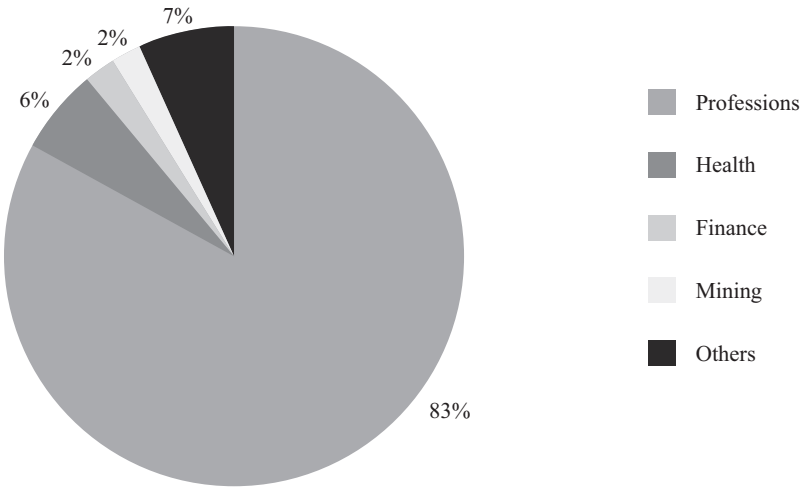
Uit de gegevens van de IRS blijkt dat de LLC een enorme ontwikkeling heeft doorgemaakt. In 2007 is 58,7% van alle *partnerships* een LLC. Het aantal GP's is in de afgelopen jaren sterk afgenomen, terwijl deze rechtsvorm lange tijd de meest gebruikte *partnership*-vorm was. Het aantal LP's is wel toegenomen. De LLP blijft achter in gebruik, maar in 2006 neemt het aantal met 9,1% toe. In 2007 stagneert de groei naar 0,9%. Vanaf het jaar 2002 tot aan 2008 is het aantal LLP's met 41,5% toegenomen. De LLP's hebben samen voor het jaar 2007 een totaal van 58,9 miljard aan inkomsten behaald, een verdubbeling ten opzichte van 2002 (28,6 miljard). Ten opzichte van de inkomsten van LLC's behalen LLP's, gelet op het aantal LLP's, gemiddeld beduidend hogere inkomsten dan de (gemiddelde) LLC.

Door de geringe verschillen tussen een *member-managed* LLC en de LLP zou het interessant zijn om te kijken in welke mate er door de LLC's gekozen is

195. Zie voetnoot bij tabel 4.2.

voor de structuurvorm van een *manager-managed* LLC of een *member-managed* LLC, en daarnaast waarom de deelnemers van een *member-managed* LLC gekozen hebben voor deze vorm en niet voor een LLP. Deze informatie is helaas niet beschikbaar. De onderstaande grafiek geeft aan dat de beroepssector, de grootste economische sector vormt die de LLP rechtsvorm heeft aangenomen. Verder kan het succes van de LLC ook liggen in het feit dat deze rechtsvorm open staat voor eenmansondernemingen en daarnaast was de wetgeving inzake de LLC eerder beschikbaar dan die van de LLP.

Tabel 4.5: Gebruik van de LLP per economische sector (31 december 2004)[196]



4.10 Aandachtspunten voor Nederland

In de Verenigde Staten staan, net als in Nederland, voor het MKB en de beoefenaren van het vrije beroep zowel de kapitaalvennootschapsvorm als de personenvennootschapsvorm ter beschikking. De LLC werd voornamelijk ontwikkeld uit fiscaal oogpunt en is een hybride rechtsvorm. De LLP is een subvorm van de *partnerhip* en deed zijn intrede als '*peace-of-mind*-verzekering' voor beroepsbeoefenaren, als gevolg van grote schadevorderingen en de afwezigheid van een verzekering daarvoor. Het grotere succes van de LLC ten

196. Blanco Fernández, J.M. en M. van Olffen (2007), 'Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's; onderzoek in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum Ministerie van Justitie', Deventer: Kluwer, blz. 81. Blanco Fernández en van Olffen verwijzen naar een email van de heer T. Wheeler d.d. 11 jan 2007 aan een van hen.

opzichte van de LLP kan verklaard worden doordat de LLC op een eerder moment werd geïntroduceerd dan de LLP. Daarnaast biedt de LLC structuuropties voor een bestuur dat bestaat uit deelnemers, of een bestuur dat bestaat uit managers/niet-deelnemers. De LLP wordt daarnaast ervaren als een rechtsvorm gecreëerd voor het uitoefenen van beroepsactiviteiten. Bovendien verschilde een *member-managed* LLC (de LLC-vorm die het dichtst bij de LLP in de buurt komt) in de begin jaren van de LLP door een verschil in de reikwijdte van de bescherming tegen aansprakelijkheid. De LLP-regelingen verschaften een gedeeltelijke bescherming, terwijl de LLC een volledige bescherming bood. Dit zou naast de andere zojuist genoemde aspecten een belangrijke reden kunnen zijn voor een grotere groei van het aantal LLC's dan het aantal LLP's. Een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid is er in Nederland nog niet. Het geringere gebruik van de LLP in de Verenigde Staten behoeft geen reden te zijn om af te zien van een soortgelijke rechtsvorm in Nederland. Een Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid zou van meet af aan gepositioneerd kunnen worden als een rechtsvorm die zowel voor beroeps- als bedrijfsactiviteiten geschikt is. De LLP is gebaseerd op samenwerking en heeft daardoor een meer persoonsgebonden karakter. Daarnaast staat dan de BV als een soort *manager-managed* LLC. Voor de aantrekkelijkheid van de rechtsvorm zal de invulling van de (beperking van de) aansprakelijkheid voor een mogelijke Nederlandse LLP-variant belangrijk zijn. De wijze van invulling van het aansprakelijkheidsregime en de ontwikkeling daarvan in de diverse LLP-regelingen van de Verenigde Staten, kan bij de vormgeving van de Nederlandse variant van pas komen. Veel staten hebben een *full shield*-bescherming voor de LLP-vennoten geïntroduceerd. De verschillen tussen de aansprakelijkheidsbeperkingen, met name de gevolgen van de keuze voor een gedeeltelijke bescherming of van volledige bescherming, zijn van belang. Hierbij speelt het onderscheid tussen de aansprakelijkheid voor schade die voortvloeit uit wanprestatie en schade veroorzaakt door een onrechtmatige daad een rol. Bovendien is er verschil in de beperking van de externe en de interne aansprakelijkheid. Bij sommige Amerikaanse LLP-regelingen is de interne aansprakelijkheid door de verplichting om bij te dragen aan de verliezen niet beperkt, in andere LLP-regelingen weer wel. Ten slotte verschillen het Amerikaanse en Nederlandse belastingstelsel. Na de introductie van het *check-the-box*-systeem hebben LLC's en LLP's de keuze als zelfstandig belastingobject of als transparante entiteit in de belastingheffing betrokken te worden. Deze keuzevrijheid is in het Nederlandse stelsel niet aanwezig.

4.11 Conclusie

In de Verenigde Staten staat een groot aantal rechtsvormen aan ondernemers en beroepsbeoefenaren ter beschikking. Het MKB en de beoefenaren van de vrije

beroepen konden voor 1977 onder andere kiezen uit de kapitaalvennootschapsvormen (de *close corporation* en de *professional corporation*), en uit de personenvennootschapsvormen (de *general partnership* en de *limited partnership*). De *general partnership* is een personenvennootschap waarbij de overeenkomst tussen de vennoten centraal staat. De contractsvrijheid bij de invulling van de structuur, de gunstige belastingbehandeling en de onbeperkte hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten zijn onderscheidende kenmerken. Deze aansprakelijkheid kan beperkt worden door te kiezen voor een *limited partnership*. Nadeel hiervan is dat alleen de stille vennoten worden beschermd. De stille vennoten genieten deze bescherming als zij zich niet met het bestuur bemoeien. Dit levert een probleem op als de investeerder tevens de vennootschap wil besturen. De kapitaalvennootschapsvorm is daarom voor zowel beursgenoteerde ondernemingen als voor het MKB lange tijd de meest gebruikelijke vorm geweest. Ook vrije beroepsbeoefenaren konden de kapitaalvennootschapsvorm aannemen door de *professional corporation*. Nadelen waren de dubbele belastingheffing, de dwingendrechtelijke regels voor de vennootschapstructuur en de verplichte formaliteiten. Door wettelijke kwalificatie als *close corporation*, en voor de belastingdienst als *S-corporation*, werden deze nadelen voor het MKB en de beroepsbeoefenaren minder. Flexibelere regels voor de structurering van de vennootschap en een enkele belastingheffing op het niveau van de deelnemers in plaats van een dubbele, maakten de kapitaalvennootschapsvorm aantrekkelijker. De vennootschap moest daarvoor wel voldoen aan diverse vereisten, Deze voordelen waren echter nog steeds minder gunstig dan die van de contractsvrijheid en alle belastingsvoordelen van de personenvennootschap. Er ontstond daardoor vraag naar een nieuwe rechtsvorm. Door de afwezigheid van tegenstand en het bestaan van relatief toegankelijke statelijke wetgevers werd voor het eerst in de staat Wyoming de LLC-vorm in de vennootschapswetgeving opgenomen. Door jurisdictionele competitie kwam de LLC in de wetgeving van alle staten en het district of Columbia. De LLC is een hybride entiteit ontworpen om de voordelen van beperkte aansprakelijkheid van de kapitaalvennootschap te combineren met die van de personenvennootschap. Door het nieuwe *check-the-box*-systeem kan een LLC nu zelf kiezen op welke wijze zij door de belastingdienst gekwalificeerd wordt. In de afgelopen jaren heeft de LLC een enorme groei doorgemaakt. Steeds meer ondernemers en beroepsbeoefenaren kiezen de LLC als rechtsvorm.

Als gevolg van een crisis in het bank- en verzekeringswezen in de jaren tachtig van de vorige eeuw en de daaruit voortvloeiende megaclaims tegen onbeperkt aansprakelijke advocaten, ontstond er door lobbyactiviteiten van zakenlieden en advocaten naast de LLC nog een rechtsvorm, de LLP. Deze subvorm van de *general partnership* heeft zich in de loop van de jaren ontwikkeld tot een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid die zowel voor beroepen

als bedrijfsactiviteiten kan worden gebruikt. Uit de statistieken blijkt dat de LLP voornamelijk door beroepsbeoefenaren wordt gekozen. In de beginperiode boden de meeste LLP-regelingen een gedeeltelijke bescherming tegen aansprakelijkheid en werd een aansprakelijkheidsverzekering verplicht gesteld. Tegenwoordig bieden de LLP's bescherming tegen zowel aansprakelijkheid voor (beroeps)fouten als aansprakelijkheid uit verbintenissen. Vennoten blijven daarentegen te allen tijde aansprakelijk voor de eigen (beroeps)fouten. Misbruik van de bescherming kan bestraft worden met een doorbraak van aansprakelijkheid. Tevens zijn door sommige staten bepalingen opgenomen tegen ongeoorloofde uitkeringen of wordt verwezen naar de algemene regels over frauduleuze transacties. Bij de ontwikkeling van de LLC en de LLP is weinig aandacht besteed aan de maatschappelijke gevolgen van de beperking van de aansprakelijkheid in het bijzonder voor de schuldeisers die niet kunnen onderhandelen over de gevolgen van de uitsluiting van de aansprakelijkheid. Bij de introductie van een Nederlandse variant van een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid kan geleerd worden van de voor- en nadelen van de LLC en de LLP, de verschillende gradaties van bescherming tegen aansprakelijkheid en de wenselijkheid daarvan. Ten slotte zal rekening moeten worden gehouden met het gegeven dat het Nederlandse belastingstelsel afwijkt van het Amerikaanse.

Hoofdstuk 5. Het Verenigd Koninkrijk

5.1 Inleiding

In het Verenigd Koninkrijk werd na een lange periode van inactiviteit aan het einde van de vorige eeuw, een grootschalig moderniseringsproject van het kapitaal- en personenvennootschapsrecht ingang gezet. Zowel het kapitaalvennootschapsrecht als het personenvennootschapsrecht werden aan herziening onderworpen. De kleine vennootschap en haar economisch potentieel stonden daarbij centraal. Door de aanhoudende druk vanuit de groep van vrije beroepsbeoefenaren en door de dreigende jurisdictionele concurrentie van buitenaf, heeft het Verenigd Koninkrijk naast deze herzieningen, de *limited liability partnership* geïntroduceerd. De invulling van deze nieuwe rechtsvorm verschilt van die van de LLP's uit de Verenigde Staten. Een nadere verdieping in de achtergronden van de introductie en een analyse van de vormgeving van de Britse LLP, kunnen extra inzichten geven naast de inzichten verkregen uit de Amerikaanse situatie. Het kan bijdragen aan het antwoord op de vraag naar de gewenstheid van een Nederlandse pendant van deze rechtsvorm en de mogelijke invulling daarvan. In dit hoofdstuk komen daarom ten eerste de volgende deelvragen aan de orde: *Welke rechtsvormen zijn er in het Verenigd Koninkrijk beschikbaar voor het MKB en de beoefenaren van het vrije beroep?* en *Welke ontwikkelingen op het gebied van het ondernemingsrecht hebben zich de afgelopen tijd voorgedaan in het Verenigd Koninkrijk?* Daarbij besteed ik aandacht aan de deelvraag: *Welke redenen liggen ten grondslag aan de introductie van de nieuwe vennootschapsvorm, de limited liability partnership?* Ten slotte bespreek ik de deelvraag: *Welke zaken kunnen een rol spelen bij een eventuele introductie van een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid in Nederland?* Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

5.2 Rechtsvormen in het Verenigd Koninkrijk

In het Verenigd Koninkrijk is van oudsher, net zoals in de Verenigde Staten, een globale tweedeling in de beschikbare rechtsvormen aangebracht. Deze twee rechtsvormen, de kapitaalvennootschap (*company*) en de personenvennootschap (*partnership*), zijn tegenwoordig beide beschikbaar voor, en worden

gebruikt door, vrijwel het gehele spectrum aan vennootschappen. Personenvennootschappen variëren van grote accountants- en advocatenkantoren tot kleine vennootschappen, die door de eigenaar worden bestuurd. Kapitaalvennootschappen variëren van eenmansondernemingen en familiebedrijven tot grote beursgenoteerde vennootschappen en multinationals.[1] Elk van deze rechtsvormen is onderworpen aan verschillende wetgeving en aan een verschillend belastingregime, die de organisatie en eigendomsstructuur reflecteren.[2] Veel van de kenmerken van de beschikbare rechtsvormen en de van toepassing zijnde wetgeving in het Verenigd Koninkrijk komen overeen met die van de Verenigde Staten. Ik besteed daarom in dit hoofdstuk voornamelijk aandacht aan de aspecten en de ontwikkelingen van deze rechtsvormen die specifiek typerend zijn voor de Britse situatie.

5.2.1 Partnerships vs. Companies

Historisch gezien dateert in het Verenigd Koninkrijk de personenvennootschap van voor de kapitaalvennootschap. De personenvennootschap werd gebruikt als middel om kapitaal van individuen bij elkaar te brengen, en was van groot belang bij de financiering van de industriële revolutie in de 18^{e} en 19^{e} eeuw. Sinds het einde van de 19^{e} eeuw hebben veel personenvennootschappen hun rechtsvorm omgezet in een besloten kapitaalvennootschap met beperkte aansprakelijkheid (*private limited company*). Het personenvennootschapsrecht heeft daardoor haar koppositie in het ondernemingsrecht overgegeven aan het kapitaalvennootschapsrecht.[3] De keuzemogelijkheid tussen de twee rechtsvormen is niet altijd voorhanden geweest. Het uitgangspunt was dat kleine vennootschappen de personenvennootschapsvorm moesten aannemen, en de middelgrote en grote vennootschappen de kapitaalvennootschapsvorm. Hierdoor werden er beperkingen gesteld aan de beschikbaarheid van beide rechtsvormen.[4] Vennootschappen vonden allerlei manieren om de (beperkende) regels te omzeilen. Deze ontwikkeling werd door de *House of Lords* in de uitspraak *Salomon vs. Salomon* ondersteund,[5] waardoor het na deze uitspraak

1. Morse, G. (2004), 'Limited Liability Partnerships and Partnership Law Reform in the United Kingdom', in: J.A. McCahery et al. (2004), 'The Governance of Close Corporations and Partnerships US and European Perspectives', New York: Oxford University Press Inc., blz. 317-346.
2. Explanatory Notes to the LLP Act 2000, onder punt 6.
3. Kelly, D. et al. (2002), 'Business Law', London: Cavendish Publishing Limited, blz. 305.
4. Vennootschappen met minder dan zeven deelnemers waren verplicht gebonden aan de personenvennootschapvorm, vennootschappen met tussen de zeven en de twintig deelnemers hadden de keuze tussen beide rechtsvormen en voor vennootschappen met meer dan 20 eigenaren stond alleen de kapitaalvennootschapsvorm ter beschikking: Companies Act 1856, s 4 en Companies Act 1985, s 716. De regel is in 2001 uit de wetgeving geschrapt.
5. (1897) AC 22.

ook voor kleine vennootschappen mogelijk was om een kapitaalvennootschapsvorm aan te nemen. In 1992 werd het mogelijk om een eenmanskapitaalvennootschap (*single member private company*) op te richten.[6] Richtlijnen van bepaalde beroepsorganisaties verboden lange tijd het aannemen van de kapitaalvennootschapsvorm. Accountants kregen pas in 1989 de mogelijkheid om te incorporeren, advocaten kregen deze mogelijkheid in 1992.[7]

5.3 Veranderend ondernemingsrecht

Lange tijd is het vennootschapsrecht onveranderd gebleven, echter sinds de jaren negentig van de vorige eeuw is er een totale herziening opgang gebracht. Het Verenigd Koninkrijk had de ambitie om voor een vennootschap de beste plek ter wereld te worden om zich te vestigen en om zich te ontwikkelen.[8] Om dit te bereiken werden drie belangrijke aandachtsgebieden onderscheiden, waarvan het Engelse vennootschapsrecht er één was.[9] Een gemoderniseerd en aan de huidige praktijk aangepast vennootschapsrecht moest worden ontwikkeld. Het vennootschapsrecht moest beter aansluiten bij de behoeften van kleine vennootschappen, waardoor het beginsel *'Think Small First'*, als centraal thema werd gekozen. In het Verenigd Koninkrijk vallen bijna alle vennootschappen in de categorie kleine vennootschappen en deze worden dan ook op grote waarde geschat. Naast de ondersteuning van deze vennootschappen wilde het Verenigd Koninkrijk een leidende positie innemen binnen de Europese jurisdicties. Door het aanbieden van een gevarieerd en hoogkwalitatief vennootschapsrecht, zou het zichzelf kunnen ontwikkelen als de leidende staat voor Europese incorporaties, zoals Delaware in de Verenigde Staten.[10] Een doorontwikkeld systeem van jurisprudentie en een internationaal hoog aangeschreven rechterlijke macht is een bijkomend voordeel voor het Verenigd Koninkrijk in haar streven het meest ondernemingsvriendelijke rechtssysteem aan te bieden.[11] Het beoogde doel van het moderniseringsproject was uiteindelijk

6. Companies Regulations 1992, SI 1992 No 1699, implementatie van Dir. 89/667 EC (OJ L395).
7. Advocatenkantoren mogen vanaf 1 januari 1992 de kapitaalvennootschapsvorm aannemen op grond van de *Administration of Justice Act 1985*. Voor accountants is dit vastgelegd in de de *Companies Act 1989*.
8. Blair, T. (2001), 'Foreword by the Prime Minister', in: 'Think Small First'.
9. De andere twee aandachtsgebieden waren (1) de heersende cultuur en omgeving, met inbegrip van macro-economische stabiliteit en beleidsomgeving, en (2) het ondersteunen van vennootschappen tijdens elke fase van de levenscyclus.
10. McCahery, J.A. en E.P.M. Vermeulen (2001b), 'The Evolution of Closely Held Business Forms in Europe', 26 Journal of Corporation Law, blz. 855-878.
11. Raaijmakers M.J.G.C., et al. (2003a), 'Herziening persoonsgebonden ondernemingsvormen; Enkele kanttekeningen bij het wetsvoorstel tot invoering van titel 7.13 BW, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, blz. 149.

het creëren van omstandigheden waaronder een grotere economische groei en een toename van de werkgelegenheid voor het Verenigd Koninkrijk als geheel, mogelijk zou zijn.[12] Zowel het kapitaalvennootschapsrecht als het personenvennootschapsrecht werden onderworpen aan een grondige modernisering, die momenteel nog steeds aan de gang is. Naast de herzieningen van het bestaande vennootschapsrecht werd in het Verenigd Koninkrijk ook een nieuwe rechtsvorm ontwikkeld, de *limited liability partnership*.

5.4 *Partnerships*

5.4.1 Partnership

Personenvennootschappen spelen een belangrijke rol in de economie van het Verenigd Koninkrijk.[13] In 2008 waren er ongeveer 460.000 personenvennootschappen, zo'n 9,7% van alle vennootschappen.[14] Samen hadden zij een omzet van 119.917 miljoen pond. Een personenvennootschap is in de *Partnership Act 1890* ('**PA 1890**') gedefinieerd als: *'The relation which subsists between persons carrying on a business in common with a view of profit'*.[15] Elke vennoot is *jointly*, en in Scotland ook *severally*, aansprakelijk voor de schulden en de verplichtingen van de vennootschap ontstaan ten tijde van zijn of haar deelname aan de vennootschap.[16] Bij een *joint*-aansprakelijkheid moet een schuldeiser zich eerst verhalen op het vermogen van de vennootschap, voordat aanspraak gemaakt worden op het vermogen van de individuele vennoten. Bij *joint and several*-aansprakelijkheid kunnen de schuldeisers direct de vennoten aanspreken zonder zich eerst hoeven te verhalen op de vennootschap.[17] Verder is elke vennoot *jointly and severally* aansprakelijk voor verlies of schade volgend uit onrechtmatige daden of omissies verricht door enige vennoot alsook verricht door zichzelf, ontstaan in de normale gang van bedrijfsvoering of met volmacht van de andere vennoten.[18]

---

12. Blair, T. (2001), *supra* noot 8.
13. The Law Commission and The Scottish Law Commission (2003), 'Partnership Law, Law Commission Report No. 283/Scottish Law Commission Report No. 192', paragraaf 1.1.
14. SME statistics UK 2008, beschikbaar op www.stats.berr.gov.uk/ed/sme.
15. Partnership Act 1890 s 1. In het wetsvoorstel voor nieuw personenvennootschapsrecht wordt de personenvennootschap gedefinieerd als: *'An association formed when two or more persons start to carry on a business together under a partnership agreement'*. Deze nieuwe definitie sluit aan bij die van de RUPA.
16. Partnership Act 1890 s 9.
17. Bromberg, A.R. en L.E. Ribstein (2009), 'On Limited Liability Partnerships, the Revised Uniform Partnership Act, and the Uniform Limited Partnership Act (2001)', New York: Aspen Publishers, § 3.03(b).
18. Partnership Act 1890 s 10 en 12.

Sinds 1907 is het personenvennootschapsrecht zo goed als onaantastbaar gebleven. Door de voornoemde modernisering werd ook het personenvennootschap doelwit van herziening.[19] Uitgangspunten bij deze herziening waren ten eerste het behoud van de personenvennootschap als een flexibele, informele en besloten rechtsvorm. Ten tweede het aanmoedigen van de continuïteit van de ondernemingsactiviteiten door het ondersteunen van de continuïteit van de personenvennootschap en ten derde het behouden van wederzijds vertrouwen en goede trouw als belangrijke componenten van de relatie tussen de vennoten. Ten slotte werd het verschaffen van een modern personenvennootschapsrecht, dat gebaseerd is op *straightforward*-concepten die makkelijk te begrijpen zijn voor adviseurs en cliënten, ten doel gesteld.[20] In de voorgestelde herziene versie is bijvoorbeeld de wetgeving uitgebreid waarop vennootschappen kunnen terugvallen, wanneer zij zelf niet hebben voorzien in afspraken.[21] Daarnaast zou de continuïteit van de personenvennootschap gewaarborgd moeten worden door het verschaffen van rechtspersoonlijkheid aan de vennootschap. Ook zijn er nieuwe bepalingen opgenomen over de ontbinding van een solvabele personenvennootschap. De herziene versie is echter nog niet aangenomen en voorlopig ligt het wetsvoorstel op de plank, waardoor de PA 1890 nog steeds onverkort geldt.

5.4.2 Limited Partnership

In tegenstelling tot de *partnership*, die gebruikt wordt voor vele verschillende activiteiten, is de *limited partnership* veel gespecialiseerder van aard.[22] In het Verenigd Koninkrijk wordt deze rechtsvorm voornamelijk gebruikt voor durfkapitaalinvesteringen. Door afspraken gemaakt tussen het *Department of*

---

19. In november 1997 gaf het *Department of Trade and Industry* de opdracht aan de *Law Commission and the Scottish Law Commission* om gezamenlijk het personenvennootschap onder de loep te nemen. In september 2000 brachten de twee commissies een gezamenlijk rapport uit, waarin voorstellen werden gedaan voor herziening van de *Partnership Act 1890*. In oktober 2001 werd ook een rapport voor de herziening van de *Limited Partnerships Act 1907* gepubliceerd. In november 2003 vaardigde de commissies een wetsvoorstel uit. Op 30 april 2004 nodigde het DTI partijen uit om informatie te verschaffen over de eventuele economische effecten van het wetsvoorstel. Op 20 juli 2006 kondigde de overheid aan om wijzigingen van de *Limited Partnership Act 1907* te implementeren echter voorlopig af te zien van de herziening van de *Partnership Act 1890*. Op 1 oktober 2009 zijn de wijzigingen voor de *limited partnerships* in werking getreden.
20. The Law Commission and The Scottish Law Commission (2003), *supra* noot 13, paragraaf 3.2.
21. The Law Commission and The Scottish Law Commission (2003), *supra* noot 13, paragraaf 3.6 en 3.6. Grote vennootschappen zullen vaker gedetailleerde overeenkomsten hebben gesloten, dan kleine vennootschappen. Om te voorkomen dat er voor deze vennootschappen en de vennoten veel rechtszaken door afwezigheid van afspraken zullen ontstaan, zijn de regels uitgebreid.
22. The Law Commission and The Scottish Law Commission (2003), *supra* noot 13, paragraaf 1.5.

Trade and Industry (‘**DTI**’)[23] en de belastingdienst, is het Verenigd Koninkrijk de leider geworden in de *private equity* en de *venture capital* sector van de Europese economie.[24] De Engelse LP vorm lijkt veel op de Amerikaanse LP vorm onder de RULPA. Ook bij deze vorm is er een onderscheid tussen beherend vennoten en stille vennoten, waarbij de eerste onbeperkt aansprakelijk zijn en de tweede alleen aansprakelijk zijn voor het kapitaal dat zij hebben ingebracht.[25] Ook is er sprake van een *control rule*.[26] Door de gelijkenissen met de Amerikaanse LP ga ik hier verder niet meer in op deze vorm.

5.5 *Companies*

De belangrijkste wetgeving betreffende de kapitaalvennootschap is de *Companies Act 2006* (‘**CA 2006**’). Deze is wetgeving is van recente datum en is (op enkele bepalingen na) per 1 oktober 2009 in werking getreden. Naast de CA 2006 zijn van belang de *Insolvency Act 1986*, de *Company Directors Disqualification Act 1986* en de *Criminal Justice Act 1993*. Bij de kapitaalvennootschapsvorm kan onder andere een onderscheid gemaakt worden tussen beperkte kapitaalvennootschappen (*limited companies*) en onbeperkte kapitaalvennootschappen (*unlimited companies*). Ook de categorieën kleine-, middelgrote-, en grote kapitaalvennootschappen (*small, medium and large companies*) worden gebruikt. Verder onderscheid het Engelse kapitaalvennootschapsrecht de beursgenoteerde kapitaalvennootschappen (*public companies*) van de besloten kapitaalvennootschappen (*private companies*).

5.5.1 Limited companies vs. Unlimited companies

Aandeelhouders van kapitaalvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid genieten bescherming tegen aansprakelijkheid tot de hoogte van hun geïnvesteerde kapitaal in de vennootschap. Kapitaalvennootschappen met onbeperkte aansprakelijkheid hebben ervoor gekozen om te incorporeren zonder deze beperking van aansprakelijkheid.[27] De aandeelhouders van deze vennootschappen hebben wel bescherming door de doctrine van de aparte rechtspersoonlijkheid, maar het *contribution*-beginsel van de insolventiewetgeving is van

23. In juni 2007 is het *Department of Trade and Industry* opgenomen in het *Department of Business, Enterprise & Regulatory Reform* dat vervolgens in 2009 gefuseerd is met het *Department for Innovation, Universities and Skills*, waarna de naam *Department of Business Innovation and Skills* wordt gebruikt.
24. The Law Commission and The Scottish Law Commission (2003), *supra* noot 13, paragraaf 1.6.
25. Limited Partnership Act 1907, s 4.
26. Limited Partnership Act 1907, s 6.
27. Companies Act 2006 s (3)(4).

toepassing.[28] Dit houdt in dat zolang de vennootschap solvabel is schuldeisers de aandeelhouders niet kunnen aanspreken, echter wanneer de vennootschap in staat van faillissement raakt zullen de aandeelhouders moeten bijdragen aan het tekort. Hierdoor zijn er maar weinig kapitaalvennootschappen met onbeperkte aansprakelijkheid opgericht, ondanks het lichtere regime van regels dat op hen van toepassing is.[29]

5.5.2 Small-, Medium- en Large companies

Kapitaalvennootschappen worden in het Engelse recht ook gecategoriseerd op basis van de economische grootte. Een vennootschap kan in de categorieën klein (*small*), middelgroot (*medium*) en groot (*large*) vallen.[30] De kenmerken waarop zij worden onderscheiden zijn de omzet, het balanstotaal en het aantal werknemers. Een vennootschap wordt als klein gekwalificeerd wanneer aan twee van de volgende vereisten wordt voldaan; (1) een omzet van niet meer dan £ 6.5 miljoen; (2) een balanstotaal van niet meer dan £ 3.26 miljoen en (3) niet meer dan 50 werknemers.[31] Een vennootschap wordt als middelgroot gekwalificeerd wanneer aan twee van de volgende vereisten wordt voldaan; (1) een omzet van niet meer dan £ 25.9 miljoen; (2) een balanstotaal van niet meer dan £ 12.9 miljoen en (3) niet meer dan 250 werknemers.[32] De vennootschappen die hier niet onder vallen, vormen de categorie grote vennootschappen. Bepaalde vennootschappen vormen een uitzondering op de kwalificatie als kleine of middelgrote vennootschap.[33] Uitzonderingen zijn bijvoorbeeld beursgenoteerde vennootschappen, banken en verzekeraars. Het gevolg van een kwalificatie als een kleine of een middelgrote vennootschap is een versoepeling in de toepassing van de bepalingen over het opstellen en de publicatie van jaarrekeningen en het laten uitvoeren van een accountantscontrole.[34]

---

28. Insolvency Act 1986 s 74.
29. Davies, P. (2002), 'Introduction to Company Law', New York: Oxford University Press, blz. 12.
30. Companies Act 2006 s 247.
31. Companies Act 2006 s 382(3). De getallen van de omzet en de balans zijn per april 2008 aangepast en zijn derhalve afwijkend van de getallen die in de oorspronkelijke *Companies Act 2006* staan.
32. Companies Act 2006 s 465(3). De getallen van de omzet en de balans zijn per april 2008 aangepast en zijn derhalve afwijkend van de getallen die in de oorspronkelijke *Companies Act 2006* staan.
33. Companies Act 2006 s 384 voor de uitzonderingen van kleine vennootschappen, en s 467 voor de uitzondering van middelgrote vennootschappen.
34. Companies Act 2006 ss 381, 417(7) en 445.

5.5.3 Public companies vs. Private companies

De CA 2006 maakt net als bepaalde wetgeving in de Verenigde Staten een onderscheid tussen beursgenoteerde kapitaalvennootschappen en besloten vennootschappen. Hierbij wordt ook in het Verenigd Koninkrijk de beursgenoteerde vennootschap tot de essentiële vorm gemaakt. Deze vorm wordt in de CA 2006 gedefinieerd als: *'A "public company" is a company limited by shares or limited by guarantee and having a share capital (a) whose certificate of incorporation states that it is a public company, and (b) in relation to which the requirements of this Act, or the former Companies Acts, as to registration or re-registration as a public company have been complied with on or after the relevant date'*.[35] Een besloten kapitaalvennootschap is elke kapitaalvennootschap die niet een beursgenoteerde vennootschap is.[36] Door de verschillende kenmerken van deze twee categorieën vennootschappen zijn verschillende bepalingen van de CA 2006 van toepassing op elk van hen.[37] Bijvoorbeeld in het kader van de bestuursstructuur moet de beursgenoteerde vennootschap tenminste twee bestuurders hebben, terwijl de besloten kapitaalvennootschap slechts één bestuurder hoeft te hebben.[38] Ook is bij een besloten kapitaalvennootschap een jaarlijkse algemene vergadering van aandeelhouders niet verplicht en zijn voorwaarden om een vergadering te kunnen houden afwijkend.[39] Daarnaast zijn bijvoorbeeld de regels voor publicatie van jaarverslagen en jaarrekeningen versoepeld en is een minimumkapitaal wel verplicht gesteld bij een beursgenoteerde vennootschap, maar niet bij de besloten kapitaalvennootschap.[40]

5.5.3.1 Een nieuwe vorm van besloten kapitaalvennootschap?

Ondanks de flexibelere regelingen voor een besloten kapitaalvennootschap konden er volgens sommige critici veel argumenten aangedragen worden om deze vorm uit de algemene wetgeving voor kapitaalvennootschappen te halen en een eigen specifieke wetgeving te geven.[41] De voordelen van een aparte rechtsvorm met beperkte aansprakelijkheid, anders dan onder de kapitaalvennootschapswetgeving, liggen voornamelijk op het gebied van een versimpelde bestuursstructuur.[42] Wetgeving op basis van een eenheid van eigenaarsbelangen en bestuur zou derhalve ontwikkeld moeten worden. In

35. Companies Act 2006 s 4(2).
36. Companies Act 2006 s 4(1).
37. Deze bepalingen zijn opgenomen in *Part 20* van de *Companies Act 2006*.
38. Companies Act 2006 s 154.
39. Voor beursgenoteerde vennootschappen is dit wel verplicht op grond van Companies Act 2006 s 336.
40. Companies Act 2006 s 761.
41. Kelly, D. et al. (2002), *supra* noot 3, blz. 349.
42. Davies, P. (2002), *supra* noot 29, blz. 294.

1973 publiceerde de overheid een *white paper* waarin de mogelijke behoefte aan de ontwikkeling van een nieuwe kapitaalvennootschapsvorm voor het MKB onder de aandacht werd bracht.[43] In 1981 werd een *green paper* gepubliceerd genaamd *'A New Form of Incorporation for Small Firms'* en in 1994 publiceerde het DTI het rapport: *'Company Law Review: The Law applicable to Private Companies: A Consultative Document'*. Maar geen van deze publicaties leidde tot de ontwikkeling van een nieuwe rechtsvorm. In 2001 publiceerde de *Company Law Review Steering Group* ('**CLRSG**') haar finale rapport over de herziening van het kapitaalvennootschapsrecht. Hierin wees zij een introductie van een aparte rechtsvorm af. De CLRSG adviseerde dat kleine vennootschappen nog steeds opgericht moesten worden onder de algemene kapitaalvennootschapswetgeving, maar dat deze wetgeving beter moest aansluiten aan de behoeften van de kleine vennootschappen. Het belangrijkste argument tegen een nieuwe rechtsvorm was dat een eventuele nieuwe vorm voor kleine vennootschappen barrières zou kunnen opwerpen om door te groeien, doordat deze vennootschappen zich bij groei opnieuw zouden moeten incorporeren om een efficiënte bestuursstructuur te kunnen blijven behouden.[44] Eén van de pijlers van de herziening van het vennootschapsrecht was het faciliteren van de groei van deze kleine vennootschappen gedurende de hele levenscyclus. Reïncorporatie paste daar volgens de CLRSG niet in.

5.5.3.2 Herziening van het kapitaalvennootschapsrecht

Uitgangspunt van de herziening van het vennootschapsrecht was dat de besloten vennootschap als essentiële vorm werd genomen. In de *Companies Act 1985*, de voorganger van de CA 2006, waren de bepalingen die van toepassing waren op de besloten vennootschappen, opgenomen als uitzonderingen op de bepalingen die van toepassing waren op de beursgenoteerde vennootschappen. In plaats van dat de besloten vennootschappen moesten kiezen voor een versimpeld regime zoals onder de CA 1985, werd voorgesteld dat dit versimpelde regime juist het uitgangspunt zou worden. Andere belangrijke voorgestelde en doorgevoerde veranderingen in het kapitaalvennootschapsrecht, die gevolgen zouden hebben voor de kleine vennootschappen waren het expliciet opnemen van de taken en bevoegdheden van bestuurders in de wetgeving, die voorheen in jurisprudentie waren ontwikkeld.[45] Daarnaast het beter formuleren van de bepalingen betreffende de jaarverslagen en de jaarrekeningen, waardoor het makkelijker werd om ze te begrijpen. Verder het

43. Cmnd 5391.
44. Davies, P. (2002), *supra* noot 29, blz. 295.
45. In Part 10, Chapter 2 van de Companies Act 2006 (ss 171-177) zijn uiteindelijk zeven *general duties* opgenomen.

behouden van de mogelijkheid om beknopte jaarrekeningen te publiceren en het verlengen van de termijn waarbinnen de jaarrekeningen zouden moeten worden gedeponeerd. Andere speerpunten waren de uitzondering van de besloten vennootschappen op de verplichting om een jaarlijkse algemene vergadering van aandeelhouders te houden en het nemen van schriftelijke besluiten met een tweederde meerderheid, in plaats van unanimiteit.[46] Ook is het voor besloten vennootschappen makkelijker gemaakt om het kapitaal te verminderen en de bepalingen betreffende de financiële steun aan potentiële aandeelhouders door besloten kapitaalvennootschappen zijn afgeschaft.[47] Daarnaast zijn aparte modellen voor statuten beschikbaar gesteld aan de besloten vennootschappen en beursvennootschappen.[48]

Opmerkelijk is dat alhoewel er niets vruchtbaars voortkwam uit de voornoemde publicaties over een eventuele nieuwe rechtsvorm en ook de CLSG tegen deze ontwikkeling was, zich apart van de herziening van het kapitaalvennootschapsrecht (en ook het personenvennootschapsrecht) door een versneld wetgevingstraject een nieuwe rechtsvorm heeft ontwikkeld, die in grote mate lijkt op een aparte rechtsvorm voor kleine vennootschappen. Deze nieuwe rechtsvorm is de *limited liability partnership.*

5.6 *Limited Liability Partnership*

5.6.1 Ontwikkeling van de LLP

In het Verenigd Koninkrijk ondervonden de beoefenaren van het vrije beroep over het algemeen serieuze problemen door de onbeperkte aansprakelijkheid, die gepaard gaat met de personenvennootschapsvorm. Als gevolg van regels en richtlijnen van beroepsorganisaties konden sommige beroepsbeoefenaren alleen de personenvennootschapsvorm aannemen.[49] Voor advocaten en accountants was de kapitaalvennootschapsvorm wel beschikbaar, maar zij waren niet erg geïnteresseerd in deze rechtsvorm. De achterliggende reden hiervoor was waarschijnlijk de behoefte om de flexibele interne structuur te behouden:

46. Het unanimiteitsvereiste uit *Companies Act 1985* is inderdaad vervangen door een tweederde meerderheid. Zie hiervoor: Companies Act 2006 s 283.
47. Explanatory Notes to the Companies Act 2006, onder punt 986. De bepalingen over financiële steun waren opgenomen in Companies Act 1985 ss 155-158.
48. Companies Act 2006 s 19 en 20 en the Companies (Model Articles) Regulations 2008. Zie ook: het document 'Companies Act final implementation – changes to constitutional documents, including model articles: a summary of what the new approach means', gepubliceerd door het *Department for Business Innovation and Skills* via www. berr.gov.uk.
49. Explanatory notes, 6 April 2000, Bill 108-EN, par. 7. Niet duidelijk is welke beroepen dit betreft.

'One obvious solution to the problems set out is for partnerships to incorporate as limited liability companies. A number have done so, particularly in the construction and related professions. It has not however proved so popular among other professions, despite their having sought changes in the law to permit such incorporation. (...) Only around twenty solicitors firms are estimated to have incorporated, and around one hundred accountancy firms, including KPMG. The reasons advanced in evidence to us and in responses to the DTI – the desire to retain the highly flexible management structure appropriate to an organisation where there is a commonality of interest between capital and management, and a shared motivation – suggest that there is a real demand for a vehicle combining these features in internal organisation, with some at least of the external features of a company, including in particular limited liability'.[50]

De onbeperkte aansprakelijkheid dreef de vrije beroepsbeoefenaren echter steeds meer in het nauw. Een algemene toename in de aansprakelijkheidstelling als gevolg van professionele nalatigheid en een toename van de omvang van de claims baarden de *professionals* grote zorgen. Door de groei van de grootte van de personenvennootschappen werd het onmogelijk om het handelen van alle medevennoten in de gaten te houden. Ook ontstond de tendens onder vennoten om zich te specialiseren en kwamen er steeds meer verschillende beroepen samen binnen de vennootschap. De mogelijkheid voor vennoten om onderling toezicht te houden nam drastisch af door het gebrek aan kennis over zoveel van elkaar afwijkende onderwerpen. Daarbij ondervonden de vrije beroepsbeoefenaren ook problemen op het gebied van de aansprakelijkheidsverzekering. Verzekeraars vroegen buitensporige premies voor hun aansprakelijkheidsverzekeringen en stelden limieten aan het verzekerde bedrag. Voor sommige categorieën van werk werd zelfs helemaal geen aansprakelijkheidsverzekering aangeboden, omdat het werk te veel onvoorziene risico's met zich bracht. De kans dat een toegewezen claim boven het verzekerde bedrag uitkwam was groot, waardoor het privé-vermogen van de vennoten sneller aangesproken zou kunnen worden. Deze ontwikkelingen in het Verenigd Koninkrijk hebben ervoor gezorgd dat vrije beroepsbeoefenaren, en voornamelijk accountants, hebben gelobbyd voor een nieuwe rechtsvorm, waarin de flexibiliteit van de personenvennootschapsvorm kon worden gecombineerd met de voordelen van de beperkte aansprakelijkheid, zoals bij de kapitaalvennootschapsvorm. De

50. Trade and Industry Select Committee (1999), 'Fourth report: Draft Limited Liability Partnership Bill, HC 59 1998-99', onder punt 23.

grote accountantskantoren hadden in de Verenigde Staten gezien hoe de LLP-vorm hun had geholpen, waardoor zij op introductie van deze rechtsvorm in het Verenigd Koninkrijk aandrongen.[51]

In 1996 werd er door het *Common Law Team* van de *Law Commission* een onderzoek verricht naar de onbeperkte hoofdelijke aansprakelijkheid. Onderwerp van het onderzoek was of er goed onderbouwde gronden waren om de onbeperkte hoofdelijke aansprakelijkheid van met name vrije beroepsbeoefenaren te vervangen door een systeem van bijvoorbeeld proportionele aansprakelijkheid. Het DTI greep de kans aan om tegelijkertijd te achterhalen of een eventuele introductie van de LLP in het Verenigd Koninkrijk wenselijk werd geacht. Het DTI vreesde dat wanneer een LLP niet geïntroduceerd zou worden een uittocht van grote accountantskantoren naar andere jurisdicties zou plaatsvinden: *'In this respect however the UK is not an island. Other jurisdictions offer attractive vehicles for those seeking a change in their liability exposure. If nothing is done, we cannot but share the candid assessment in the Government's draft Regulatory Impact Assessment that – "it is likely that some of the major professional firms, in particular large accountancy firms, will register under similar regimes to that proposed but offshore"'*.[52] Daarnaast was het DTI bang dat jonge en competente vrije beroepsbeoefenaren, uit vrees dat hun privévermogen zou worden aangesproken, niet meer bereid zouden zijn om toe te treden tot een vennootschap met de rechtsvorm van een personenvennootschap. Ook het mogelijke effect dat de vrije beroepsbeoefenaren door de onbeperkte aansprakelijkheid niet langer risicovolle activiteiten en werkzaamheden zouden willen uitvoeren of dit zouden doen op zodanige wijze dat de kans op aansprakelijkheid zou worden geminimaliseerd, baarde het DTI zorgen. Verder werden de torenhoge premies voor aansprakelijkheidsverzekeringen afgewenteld op de cliënten waardoor de kosten van de werkzaamheden van de vrije beroepsbeoefenaren de pan uitrezen.[53]

---

51. Freedman, J. (2004), 'Limited Liability Partnerships in the United Kingdom: Do They Have a Role for Small Firms? in: J.A. McCahery et al. (2004), *supra* noot 1, blz. 293-316.
52. Trade and Industry Select Committee (1999), *supra* noot 50, onder punt 16. Op dat moment waren Ernst& Young en PriceWaterhouseCoopers wetgeving voor Jersey aan het opstellen voor de introductie van een LLP. Zij dreigden hun vennootschappen op te richten onder het recht van Jersey als het Verenigd Koninkrijk niet zelf met een LLP zou komen. Halverwege 1996 werd duidelijk dat de LLP-vorm onder Jersey recht door grote professionele personenvennootschappen serieus werd overwogen. Daarnaast zouden deze vennootschappen, in de situatie dat de Jersey-LLP nadelen met zich zou brengen, ervoor kunnen kiezen om zich tot andere jurisdicties te wenden. Zie hiervoor: Trade and Industry Select Committee (1999), *supra* noot 50, onder punt 26.
53. Trade and Industry Select Committee (1999), *supra* noot 50, onder punt 15.

5.6.2 Wetgeving

In november 1996 kondigde Ian Lang, president van de *Board of Trade*, aan dat de overheid wetgeving zou ontwerpen voor een LLP.[54] Het DTI publiceerde in februari 1997 een *consultation paper*, waarin de LLP als een nieuwe rechtsvorm voor de vrije beroepen werd voorgesteld.[55] De reacties op het document bevestigden de vraag naar een dergelijke rechtsvorm onder diverse beroepsbeoefenaren en vormden in beginsel een instemming van potentiële klanten en verschaffers van kapitaal.[56] In september 1998 verscheen het eerste LLP-wetsvoorstel met bijbehorende *Limited Liability Partnership Regulations 2001* (‘**LLP Regulations 2001**’). Deze LLP Regulations 2001 bevatten verwijzingen naar, en aanpassingen van, regels uit het kapitaalvennootschapsrecht en het personenvennootschapsrecht. Door de LLP Regulations 2001 worden deze regels van toepassing verklaard op de LLP. Het wetsvoorstel is door een speciaal ingestelde commissie (*Trade and Industry Committee*) kritisch bekeken.[57] De commissie concludeerde in haar rapport dat alhoewel zij voorstander was van het invoeren van een LLP, de ministers van het DTI er niet in geslaagd waren overtuigende en gedetailleerde argumenten aan te voeren voor de introductie van de LLP. De wetgeving zou verregaande gevolgen hebben en de ministers hadden te weinig onderzoek hiernaar gedaan. In haar rapport probeerde de commissie deze leemten op te vullen.[58] Het DTI heeft vervolgens de kritiek en de aanbevelingen van de commissie meegenomen in de herziening van het wetsvoorstel. Dit leidde tot een nieuw wetsvoorstel in juli 1999,[59] dat

54. ‘Ian Lang announces government intention to legislate on limited liability partnerships’, DTI press release 96/831, 7 November 1996: *‘I am well aware of the concerns of many within the professions about the possible consequences of the unlimited liability of partners in the modern commercial environment. In a big modern partnership advising on large commercial transactions it may be impossible for partners to know all other partners and their work – yet their personal assets can be put at risk by the actions of their partners. The Government is determined to maintain a competitive and up-tot-date legal framework for business in the UK. We are aware of recent developments in partnership law in other jurisdictions such as the United States of America and Jersey, and responses to a recent consultation were strongly in favour of dealing with this issue’.*
55. Department of Trade and Industry (1997), ‘Limited Liability Partnerships: A New Form of Business Association for Professions: A consultation paper’, London: DTI.
56. Explanatory Notes to the LLP Act 2000, onder punt 12.
57. Dit wordt de *‘pre-legislative scrutiny’* genoemd.
58. Trade and Industry Select Committee (1999), *supra* noot 50, onder punt 6.
59. Department of Trade and Industry (1999a), ‘Limited Liability Partnership Bill: Consultation Document’, 27 July 1999, London: DTI.

vervolgens in parlementaire behandeling is genomen. Ondanks enige tegenstand en kritische noten van sommige parlementariërs,[60] is de *Limited Liability Partnerships Act 2000* ('**LLPA**') op 28 juni 2000 goedgekeurd door het parlement. De wetgeving trad op 6 april 2001 in werking. Door de herziening van het kapitaalvennootschapsrecht met de CA 2006, zijn diverse nieuwe *regulations* opgesteld, de gefaseerd in werking zijn getreden. De *regulations* die bepalingen over de jaarrekening en verslaggeving (al dan niet in gewijzigde vorm) van toepassing verklaren op LLP's, zijn op 1 oktober 2008 in werking getreden.[61] De *regulations* met de overige bepalingen van de *Companies Act 2006* die voor LLP's gelden (al dan niet in gewijzigde vorm), zijn van toepassing vanaf 1 oktober 2009[62] (tezamen; '**LLP Regulations 2009**'). De LLP Regulations 2009 gelden naast de bepalingen uit de LLP Regulations 2001 die handelen over ander recht dan het kapitaalvennootschapsrecht. Verder bevatten zij ook wijzigingen van bepalingen uit de LLPA en de LLP Regulations 2001.[63] Inmiddels zijn er in het Verenigd Koninkrijk bijna 40.000 LLP's opgericht.[64]

5.6.3 Kenmerken van de LLP

Het essentiële kenmerk van de Britse LLP is dat het de organisatorische flexibiliteit van de personenvennootschap combineert met beperkte aansprakelijkheid voor de deelnemers.[65] De LLP is een entiteit met rechtspersoonlijkheid en ontstaat door de registratie van een oprichtingsdocument.[66] Ten tijde van de oprichting moeten er ten minste twee deelnemers (*members*) zijn. De LLP is geen personenvennootschap en ook geen kapitaalvennootschap. Het is een hybride rechtsvorm: *'As a Limited Liability Partnership is a body corporate, it is not, in spite of its name, a partnership. A company registered under the Companies Act 1985 is another kind of body corporate. An LLP is therefore, a*

---

60. Lord Philips of Sudbury was tegen de introductie van de LLP: *'It depresses me that in this house we are so far out of touch with public opinion, if I may put it this way, at the bottom end of the social spectrum. People are ripped off, day in, day out, by easy availability of limited liability for off-the-self companies and the protections provided for them, and with no real remedies'*, HL Deb 24 January 2000, cc 1352-1410.
61. Dit zijn: the Limited Liability Partnerships (Account and Audit) (Application of Companies Act 2006) Regulations 2008 (S.I. 2008/1911), the Small Limited Liability Partnerships (Account) Regulations 2008 (S.I. 2008/1912) en de Large and Medium-sized Limited Liability Partnerships (Account) Regulations 2008 (S.I. 2008/1913).
62. The Limited Liability Partnership (Application of Companies Act 2006) Regulations 2009 (S.I. 2009/1804).
63. The Limited Liability Partnership (Application of Companies Act 2006) Regulations 2009, regulation 85, schedule 3.
64. Zie paragraaf 5.9.
65. Explanatory Notes to the LLP Act 2000, onder punt 3.
66. Limited Liability Partnership Act 2000, § 2 en 3.

new and alternative business entity, distinct from what is currently available'.[67] De LLP lijkt meer op een kapitaalvennootschap dan op een personenvennootschap. Dit komt niet alleen doordat het een zelfstandige juridische entiteit is,[68] maar veelal doordat de LLP Regulations 2009 veel bepalingen uit het kapitaalvennootschapsrecht van toepassing verklaren op de LLP, zoals de bepalingen op het gebied van de jaarverslaggeving en de openbaarmaking.[69] Ook de bepalingen betreffende het faillissement die gericht zijn op kapitaalvennootschappen, gelden voor de LLP. Extern is de LLP daarom vergelijkbaar met de kapitaalvennootschap, maar intern mag de vennootschap gestructureerd worden zoals de deelnemers het zelf willen.[70] Hieraan wordt hierna aandacht besteed in paragraaf 5.6.5 over de vennootschapstructuur.

5.6.4 Beschikbaarheid van de LLP

In het consultatiedocument van 1997 had het DTI de LLP alleen beschikbaar gesteld aan gereguleerde vrije beroepen, in het bijzonder aan accountants. Dit uitgangspunt werd in het wetsvoorstel van 1998 voortgezet. Om gekwalificeerd te worden als een gereguleerd vrij beroep moest zijn voldaan aan bepaalde criteria. De reden voor deze beperkte beschikbaarheid was gelegen in de bescherming van de schuldeisers.[71] Het zou een bescherming bieden tegen onbetrouwbare beroepsbeoefenaren[72] en leiden tot 'verzekerde kwaliteit', een 'respectabel profiel', en tot 'status en geloofwaardigheid'.[73] Het DTI stelde in het kader van de consultatie een aantal vragen over de beschikbaarheid van de LLP-vorm om te achterhalen hoe men tegen de beperking aankeek.[74] Het

67. Department of Trade and Industry (1999b), 'Eighth Special Report; Response to the Committee's Conclusions and Recommendations', London: DTI, onder punt 16.
68. Explanatory Notes to the LLP Act 2000, onder punt 13: *'The LLP's existence as a separate legal entity makes it more closely akin to a company than to a partnership'.*
69. Het versoepelde regime met betrekking tot de jaarrekening en de accountantsverklaring voor kleine kapitaalvennootschappen zijn ook van toepassing op de LLP: the Limited Liability Partnerships (Account and Audit) (Application of Companies Act 2006) Regulations 2008, section 381-382, 477 en 480.
70. Morse, G. (2004), *supra* noot 1, in: J.A. McCahery et al. (2004), *supra* noot 1, blz. 317-346.
71. Department of Trade and Industry (1997), *supra* noot 55, § 2.10, 3.2, 3.19-3.22.
72. Department of Trade and Industry (1999b), *supra* noot 67, onder punt 33.
73. Department of Trade and Industry (1998), 'Limited Liability Partnerships: Draft Bill: A consultation document', London: DTI, onder punt 17, 23 en 27.
74. De vragen waren de volgende: *'(i) On the basis of the rights and the obligations set out in the draft legislation which it is intended will be implied to a LLP, do you have any objections to restricting eligibility to regulated firms? If so, what are they? (ii) Would you have any objections to widening access tot non-regulated firms, once the new entity has been fully tested in an appropriate inaugural phase? If so what are they? (iii) Does restricting access convey an unfair commercial advantage on regulated firms?'*

merendeel van de respondenten was tegen de beperking.[75] Sommige beroepsorganisaties stelden hun vraagtekens bij de achterliggende reden.[76] Zij zagen deze beperking als oneerlijk, met name in het kader van activiteiten zoals belastingadvies en *management consultancy*. Hierbij zouden de gereguleerde vrije beroepen met de LLP-vorm naast de vennootschappen zonder de LLP-vorm gaan opereren, waardoor er oneerlijke concurrentie zou kunnen ontstaan. De beroepsorganisaties gaven verder aan dat onbetrouwbare beroepsbeoefenaren ook via een kapitaalvennootschap de aansprakelijkheid konden beperken. Wanneer er voldoende andere waarborgen geïntroduceerd zouden worden, dan zou volgens hen beperkte beschikbaarheid overbodig zijn.[77]

Ook andere problemen zouden kunnen ontstaan door de vereisten voor kwalificatie. Deze eisen waren zodanig streng opgesteld dat vennootschappen grote moeilijkheden zouden ondervinden om eraan te kunnen voldoen. Aanpassingen om uiteindelijke kwalificatie te bemachtigen, zouden enorme kosten met zich brengen. Volgens de beroepsorganisaties was het reguleren van de activiteit ook beter dan het reguleren van de entiteit. De activiteiten van de vrije beroepsbeoefenaren zouden gereguleerd blijven door de vereisten gesteld door de beroepsorganisaties.[78] Een extra niveau van regulering voor de bepaling wie de LLP-vorm aan zou kunnen nemen, zou daardoor volgens de beroepsorganisaties achterwege gelaten kunnen worden.[79] Verder ontstonden steeds meer personenvennootschappen, waarbinnen verschillende beroepen werden uitgeoefend. Het was onduidelijk wat er zou gebeuren als er bepaalde beroepen wel voor kwalificatie in aanmerking zouden komen en andere niet.[80] De *Trade and Industry Committee* adviseerde dat er geen beperking zou moeten worden opgelegd aan de beschikbaarheid van de LLP-vorm. Zij concludeerde dat als de ministers niet bereid zouden zijn dit standpunt over te nemen, de eventuele introductie van de LLP in het geheel in twijfel zou moeten worden getrokken.[81] Het DTI deelde het standpunt van de commissie en gaf in de reactie op het rapport van de commissie aan, dat er geen goede redenen waren voor de voornoemde beperking. Daarom werd de LLP beschikbaar gesteld aan: *'[T]wo or more persons associated on a lawful business with a view to profit'*.

75. Department of Trade and Industry (1999b), *supra* noot 67, onder punt 31.
76. Onder andere de ICAEW en de ICAS.
77. Trade and Industry Select Committee (1999), *supra* noot 50, onder punt 31.
78. Niet alle beroepsorganisaties staan het echter toe dat de vrije beroepsbeoefenaren een LLP oprichten.
79. Department of Trade and Industry (1999b), *supra* noot 67, onder punt 35 en 36.
80. Trade and Industry Select Committee (1999), *supra* noot 50, onder punt 34 en Department of Trade and Industry (1999b), *supra* noot 67, onder punt 38 en 39.
81. Trade and Industry Select Committee (1999), *supra* noot 50, onder punt 38.

5.6.5 Structuur

De invulling van de structuur van de Engelse LLP is net als in de Verenigde Staten een aangelegenheid van de deelnemers zelf. Dit is expliciet in de LLPA opgenomen.[82] Als deelnemers geen overeenkomst hebben gesloten of dit voor bepaalde zaken achterwege hebben gelaten, is het niet vanzelfsprekend dat deze leemten worden opgevuld door het personenvennootschapsrecht. In de LLPA is een artikel opgenomen dat uitdrukkelijk zegt dat het personenvennootschapsrecht niet van toepassing is op de LLP, tenzij anders is bepaald.[83] Pas in een laat stadium van het wetgevingsproces realiseerde men zich dat niet alle vennootschappen belangrijke zaken in een overeenkomst zouden vastleggen.[84] Daardoor is in de LLP Regulations 2001 een aantal niet goed doordachte bepalingen opgenomen gebaseerd op het personenvennootschapsrecht.[85] Deze houden onder andere in dat alle deelnemers in gelijke delen recht hebben op de winst en het kapitaal van de vennootschap en elke deelnemer deel mag nemen aan het bestuur van de vennootschap.[86] Beslissingen in de normale gang van de bedrijfsvoering worden genomen met een meerderheid van stemmen. Beslissingen over wijzigingen in de aard van de LLP worden genomen met goedkeuring van alle deelnemers.[87] In de LLPA is bepaald dat elke deelnemer de bevoegdheid heeft om de vennootschap te vertegenwoordigen.[88] De vennootschap is echter niet gebonden, wanneer deze deelnemer niet de bevoegdheid had voor de desbetreffende handeling en de tegenpartij wist dat de deelnemer geen bevoegdheid had of niet wist of geloofde dat hij een deelnemer van de vennootschap was.[89]

5.6.6 Aansprakelijkheid

5.6.6.1 Persoonlijke aansprakelijkheid

De doelstelling van de introductie van de LLP was dat een deelnemer niet aansprakelijk kon worden gesteld voor (beroeps)fouten van een mededeelnemer op grond van de hoedanigheid van deelnemer. De deelnemer die de (beroeps)fout

82. LLP Act 2000, subsection 5(1)(a).
83. LLP Act 2000, section 1(5).
84. Morse, G. (2004), *supra* noot 1, in: J.A. McCahery et al. (2004), *supra* noot 1, blz. 317-346.
85. LLP Regulations 2001, regulations 7 en 8 van toepassing verklaard via LLP Act 2000, subsection 5(1)(b). De bepalingen van het personenvennootschapsrecht waarop ze gebaseerd zijn, zijn onder andere § 24, 25, 28, en 29 van de *Partnership Act 1890*.
86. LLP Regulations 2001, regulation 7(1) en (3).
87. LLP Regulations 2001, regulation 7(6).
88. LLP Act 2000, section 6(1).
89. LLP Act 2000, section 6(2).

beging, zou hiervoor wel zelf persoonlijk aansprakelijk blijven. Dit is de in hoofdstuk drie aangehaalde *'peace-of-mind insurance'*. Tijdens de ontwikkeling van de LLP-wetgeving is dit als volgt verwoord: *'The fundamental problem which the proposed legislation addresses is the possibility that the assets of a partnership, and the personal assets of each and every partner, can be put at risk as a result of the negligence or incompetence of a single partner, over which the other partners have no control and of which they have no knowledge*'.[90] De LLPA bevat echter niet zoals de meeste statelijke wetgeving in de Verenigde Staten een expliciete bepaling die de persoonlijke aansprakelijkheid van de deelnemers voor de(beroeps)fouten van mededeelnemer beperkt of die de deelnemer voor zijn eigen fouten aansprakelijk stelt. Ook bevat het geen bepaling over de aansprakelijkheid van de deelnemer als deze heeft bijgedragen aan de (beroeps)fout, deze had kunnen voorkomen, of de beroepsfout is begaan door een persoon die onder zijn toezicht of supervisie stond. Alhoewel de *Trade and Industry Committee* had aanbevolen om de wetgeving meer expliciet te maken op dit punt, heeft de wetgever deze aanbeveling niet overgenomen.

De *explanatory notes*, de toelichting bij de LLPA, geven aan dat beperking van aansprakelijkheid mogelijk is doordat de LLP rechtspersoonlijkheid heeft. Door deze rechtspersoonlijkheid en het feit dat de deelnemers onder de LLP-wetgeving worden aangemerkt als vertegenwoordigers van de vennootschap, zal de contractuele aansprakelijkheid een aangelegenheid zijn tussen de derde partij en de vennootschap zelf.[91] De deelnemers kunnen hiervoor niet direct aansprakelijk gesteld worden, tenzij de overeenkomst uitdrukkelijk met de deelnemer persoonlijk is gesloten. De deelnemers kunnen wel aansprakelijk worden gesteld op grond van onrechtmatige daad.[92] De aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad is welbewust vaag gelaten in de wetgeving, zodat de rechterlijke instanties hierover kunnen beslissen.[93] De reden hiervoor lijkt te zijn dat de overheid wilde dat het onrechtmatige-daadsrecht zich op een natuurlijke wijze zou ontwikkelen, op gelijke wijze voor de LLP's als voor de kapitaalvennootschappen.[94] Hoe de rechterlijke instanties hierover zullen beslissen is niet met zekerheid te zeggen.[95] De zaak *Williams vs. Natural Life Health Foods*[96] suggereert dat gekeken moet worden naar diverse omstandigheden zoals: of de deelnemer van de LLP persoonlijke aansprakelijkheid heeft aanvaard voor het geven van advies, of de cliënt op de aanvaarding

90. Trade and Industry Select Committee (1999), *supra* noot 50, onder punt 12.
91. Zie ook: Explanatory Notes to the LLP Act 2000, onder punt 14.
92. Explanatory Notes to the LLP Act 2000, onder punt 15.
93. Trade and Industry Select Committee (1999), *supra* noot 50, onder punt 11.
94. Freedman, J. (2004), *supra* noot 51, blz. 293-316.
95. Explanatory Notes to the LLP Act 2000, onder punt 16.
96. *Williams v (1) Natural Life Health Foods ltd.* (2) Richard Mistlin (1998) 1 WLR 830.

van aansprakelijkheid heeft vertrouwd en of een dergelijk vertrouwen redelijk was. De bescherming die de LLP de deelnemers biedt blijft daardoor moeilijk te voorspellen. Als een deelnemer aansprakelijk is ten opzichte van enig persoon (niet zijnde een mededeelnemer of de LLP) als gevolg van een onrechtmatige daad of een nalaten in de normale gang van de bedrijfsvoering of handelend met een volmacht, dan is de LLP in dezelfde mate aansprakelijk als de deelnemer.[97]

In de *Limited Liability Partnerships (Application of Companies Act 2006) Regulations 2009* zijn diverse bepalingen opgenomen die aansprakelijkheid van de deelnemers creëren. Dit is bijvoorbeeld de aansprakelijkheid die ontstaat indien de LLP niet meer voldoet aan het vereiste van twee deelnemers. De LLPA zal in het kader hiervan worden gewijzigd: *'After section 4 of the Limited Liability Partnership Act 2000 (members) insert— "4A—(1) This section applies where a limited liability partnership carries on business without having at least two members, and does so for more than 6 months. (2) A person who, for the whole or any part of the period that it so carries on business after those 6 months— (a) is a member of the limited liability partnership, and (b) knows that it is carrying on business with only one member, is liable (jointly and severally with the limited liability partnership) for the payment of the limited liability partnership's debts contracted during the period or, as the case may be, that part of it"'*.[98] Daarnaast is de persoon die overeenkomsten sluit namens een LLP die op het moment van het sluiten van de overeenkomst nog niet is opgericht persoonlijk aansprakelijk voor de verplichtingen voortvloeiend uit de (tekortkoming in de nakoming van de) overeenkomst.[99] Verder kan aansprakelijkheid ontstaan als de LLP een aanwijzing heeft gekregen van de *secretary of state* om de naam te wijzigen[100] of indien geen register wordt aangehouden met daarin de gegevens van alle deelnemers.[101] Ook zijn de deelnemers van een LLP aansprakelijk indien enkele vereisten rondom leningen en de daarbij behorende rentebetalingen (*debentures*) niet in acht zijn genomen zoals de registratie daarvan.[102] De LLP moet ook voldaan hebben aan enige vereisten rondom zekerheden op straffe waarvan aansprakelijkheid van alle deelnemers

97. LLP Act 2000, section 6(4).
98. Limited Liability Partnerships (Application of Companies Act 2006) Regulations 2009: regulation 85, schedule 3, part 1: consequential amendments of the Limited Liability Partnerships Act 2000, onder punt 3.
99. The Limited Liability Partnerships (Application of Companies Act 2006) Regulations 2009, regulation 7.
100. The Limited Liability Partnerships (Application of Companies Act 2006) Regulations 2009, regulation 11, section 86(6).
101. The Limited Liability Partnerships (Application of Companies Act 2006) Regulations 2009, regulation 18, section 162(7).
102. The Limited Liability Partnerships (Application of Companies Act 2006) Regulations 2009, onder andere regulation 20, section 741(3) en regulation 21, section 743(5).

staat.[103] Daarnaast zijn alle deelnemers aansprakelijk indien de LLP niet op tijd een jaarverslag heeft opgemaakt en heeft gedeponeerd bij het register.[104] De hier gegeven opsomming van mogelijke aansprakelijkheden is niet limitatief.

5.6.6.2 *Contributions* en andere waarborgen voor schuldeisers

De deelnemers zijn in beginsel niet gehouden om tussentijds bij te dragen aan het tekort van de vennootschap, dat bijvoorbeeld het gevolg is van de betaling door de vennootschap van een aansprakelijkheidsclaim veroorzaakt door een mededeelnemer. Deze verplichting bestaat ook niet indien de LLP insolvent raakt. De deelnemers zullen in dat geval slechts hun inbreng kwijtraken. In het wetgevingsproces van de LLP zijn diverse mogelijkheden besproken om de schuldeisers toch een soort van bescherming te bieden. Een minimumkapitaal of een garantie opgenomen in de overeenkomst van de deelnemers, werd als optie gezien. In het wetsvoorstel van 1997 heeft men voorgesteld om een verplichting op de deelnemers te leggen tot het verlenen van een persoonlijke garantie. Bij liquidatie zouden de deelnemers dan moeten bijdragen aan de verliezen die door de vennootschap zijn geleden. Dit zou ervoor moeten zorgen dat de deelnemers zich zouden gaan verzekeren. Een aansprakelijkheidsverzekering zou niet verplicht worden gesteld, dit zou worden overgelaten aan de beroepsorganisaties. Het tegenargument dat werd aangedragen was dat de verplichting tot garantieverlening ertoe zou kunnen leiden dat schuldeisers sneller een faillissement zouden aanvragen. Schuldeisers zouden minder snel proberen om samen met de vennootschap tot een oplossing te komen.[105]

De meeste respondenten van de consultatie over het wetsvoorstel ondersteunden echter een soort van kapitaalbescherming, zeker gelet op degene die zich niet goed kunnen of zullen informeren over de kapitaalstructuur van de vennootschap, maar wel onverwachts schuldeiser kunnen worden (zoals schuldeisers die een vordering uit onrechtmatige daad hebben). Het DTI beargumenteerde dat een verplicht minimumkapitaal er echter niet toe leidt dat er bij een faillissement voldoende vermogen beschikbaar is.[106] Het overgrote deel van de schuldeisers van de LLP zijn vrijwillige schuldeisers, en er is geen wetgeving die het onmogelijk maakt voor de individuen of andere partijen om garanties te verkrijgen voordat een contractuele relatie met de LLP wordt aangegaan. Het DTI erkende dat de schuldeisers die het meest zullen verliezen bij een faillissement, de onvrijwillige schuldeisers zijn. Maar gaf daarbij aan dat het

103. The Limited Liability Partnerships (Application of Companies Act 2006) Regulations 2009, regulation 37, section 371.
104. The Limited Liability Partnerships (Application of Companies Act 2006) Regulations 2009, regulation 30 section 31(2).
105. Trade and Industry Select Committee (1999), *supra* noot 50, onder punt 40.
106. Department of Trade and Industry (1999b), *supra* noot 67, onder punt 38 en 39.

twijfelachtig is of het mogelijk is een realistisch niveau van kapitaalbescherming te verschaffen zonder dat het effect heeft op de opstart- en ontplooiingsmogelijkheden van een vennootschap.[107] Het DTI stelde dat de LLP-wetgeving niet de plek is om argumenten voor en tegen preferente schuldeisers in overweging te nemen. Dat is een zaak van het faillissementsrecht.[108]

Uiteindelijk zijn er in de LLPA bepalingen opgenomen die diverse artikelen van de CA 2006 en de *Insolvency Act 1986* van toepassing verklaren op de LLP, waardoor de verlangde waarborgen aan derden worden verschaft. Dit zijn voornamelijk verplichtingen tot het opstellen van jaarverslagen en jaarrekeningen en de openbaarmaking daarvan, *fraudulent trading* regels en de mogelijke verplichting tot het doen van bijdragen bij faillissement van de vennootschap. Er kunnen derhalve, ondanks het uitgangspunt dat de deelnemers niet hoeven bij te dragen aan de verliezen bij liquidatie van de vennootschap, situaties bestaan waarin de deelnemers hiertoe wel verplicht kunnen zijn.[109] Ten eerste kunnen de deelnemers onderling afspreken dat ze zijn gehouden tot het bijdragen aan het tekort in de situatie van insolventie. De deelnemers zijn uit hoofde van artikel 74 van de *Insolvency Act 1986* gehouden om zich aan deze afspraak te houden (zie ook: paragraaf 3.14.2). Een uitgetreden deelnemer hoeft zich alleen aan een dergelijke afspraak te houden indien de deelnemers dit hebben afgesproken bij zijn uittreden. Verder zal een deelnemer bijvoorbeeld gehouden zijn bij te dragen bij liquidatie of faillissement van de vennootschap indien de deelnemer in de twee voorafgaande jaren aan het faillissement kapitaal aan de LLP heeft onttrokken, terwijl deze wist of redelijke gronden had om te geloven dat de LLP niet meer instaat zou zijn of zou worden om aan de schulden en verplichtingen te voldoen (*adjustment of withdrawals*).[110] De curator kan de rechter verzoeken om terugvordering van dit kapitaal. De rechter beslist uiteindelijk of de desbetreffende deelnemer moet betalen, en zo ja, welk bedrag dit zal zijn. Het bedrag kan nooit meer zijn dan de onttrekkingen. Deze regel is ook van toepassing op pseudo-deelnemers (*shadow members*).[111] In de LLP Regulations 2001 is een definitie van *shadow members* opgenomen: *'"Shadow member", in relation to limited liability partnerships, means a person in accordance with whose directions or instructions the members of the limited liability partnership are accustomed to act (but so that a person is not deemed a shadow member by reason only that the members of the limited partnership act on advice given by him in a professional*

107. Department of Trade and Industry (1999b), *supra* noot 67, onder punt 52.
108. Department of Trade and Industry (1999b), *supra* noot 67, onder punt 52.
109. LLP Act 2000, Section 1(4): *'The members of a limited liability partnership have such liability to contribute to its assets in the event of its being wound up as is provided for by virtue of this Act'.*
110. Insolvency Act 1986, § 214A.
111. LLP Regulations 2001, regulation 5(2)(c).

capacity)'.[112] De regel van de *adjustment of withdrawals* heb ik besproken in paragraaf 3.14.5 van hoofdstuk 3. De *fraudulent trading rule* en de *wrongful trading rule* uit de *Insolvency Act 1986* zijn ook van toepassing op de LLP.[113] Een deelnemer zal moeten bijdragen aan de tekorten van de vennootschap, als deze wist of behoorde te weten dat een faillissement onontkoombaar was, maar het doen van zaken toch heeft voortgezet,[114] of als hij bewust een schuldeiser heeft benadeeld.[115] Daarnaast is de *fraudulent trading rule* uit de CA 2006 mede van toepassing verklaard op LLP's. In de paragrafen 3.11.3-3.11.5 van hoofdstuk 3 heb ik aandacht besteed aan de *fraudulent trading rules* en de *wrongful trading rule* uit de *Insolvency Act 1986* en de CA 2006.

5.6.7 Fiscaliteit

Het belastingsregime in het Verenigd Koninkrijk verschilt aanzienlijk van dat van de Verenigde Staten. Door de dubbele belastingheffing bij kapitaalvennootschappen in de Verenigde Staten, kan de belastingbehandeling als transparante vennootschap grote voordelen met zich mee brengen. Een dergelijke uitgebreide dubbele belasting bestaat niet in het Verenigd Koninkrijk.[116] Een onderscheid tussen vennootschappen die als een zelfstandige entiteit worden belast (kapitaalvennootschappen) en vennootschappen die transparant zijn (personenvennootschappen) wordt wel gemaakt. Op kapitaalvennootschappen is de *Income and Corporation Taxes Act 1998*[117] van toepassing en de vennoten van een personenvennootschap vallen onder de *Income Tax (Trading and Other Income) Act 2005*, de *Income Tax Act 2007* en de *National Insurance Act 2006*. Of incorporatie grotere belastingvoordelen heeft dan de belastingheffing als personenvennootschap hangt in het Verenigd Koninkrijk af van de hoogte van de winst, van pensioenskwesties, van *capital gains*-vraagstukken en van de sociaalverzekeringsverplichtingen.[118] Een druk vanuit fiscaal oogpunt, die in de Verenigde Staten tot de ontwikkeling van de LLP en de LLC heeft geleid, heeft zich in het Verenigd Koninkrijk niet voorgedaan.[119] In de LLPA is een artikel opgenomen dat bepaalt dat een LLP, ondanks de rechtspersoonlijkheid,

112. LLP Regulations 2001, regulation 2.
113. Het verschil tussen deze twee regels is uitgelegd in hoofdstuk 3 (paragrafen 3.11.3-3.11.5).
114. Insolvency Act 1986, § 214.
115. Insolvency Act 1986, § 213.
116. CTM02060: Corporation Tax: computation of income: dividends and other distributions received: *'Dividends and other distributions from a company resident in the UK are not chargeable to CT'*.
117. Ook deze wetgeving is aan herziening onderhevig: zie hiervoor www.hmrc.gov.uk/rewrite.
118. Freedman, J. (2004), *supra* noot 51, blz. 293-316.
119. Freedman, J. (2004), *supra* noot 51, blz. 293-316.

voor de belastingheffing hetzelfde wordt behandeld als een personenvennootschap.[120] Hierdoor ontstaat een belastingsneutraliteit tussen de personenvennootschap en de LLP. De winsten die worden gemaakt door de LLP worden toegerekend aan de vennoten, hierover betalen zij inkomstenbelasting. Er is een belastingvrij gedeelte (*personal allowance*).[121] Daarna is het percentage dat aan belasting moet worden betaald afhankelijk van de winst of belastbaar inkomen. Over het inkomen tussen de 0-37.400 pond wordt 20% belasting geheven. Het belastingpercentage dat wordt gerekend over het inkomen tussen 37.401-150.000 pond is 40%. Voor het inkomen boven de 150.000 pond geldt een tarief van 50%.[122] Daarnaast moeten de vennoten *National Insurance Contributions* (‘**NIC’s**’) betalen. De hoogte van de NIC’s die door de vennoten betaald moet worden is afhankelijk van hun deel in de winst van de LLP. Omdat de fiscale voordelen per vennootschap en per regime erg verschillend zijn, zal bespreking hiervan in een technisch verhaal uitmonden, dat buiten het bestek van dit onderzoek zou vallen. De fiscale aspecten van de Britse LLP bespreek ik daarom niet verder.

5.7 Kritiek op de LLP-vorm voor het MKB

Er is kritiek geuit op de LLP als rechtsvorm voor kleine vennootschappen, met name door Freedman. Zij geeft aan dat de LLP niet is ontwikkeld voor kleine vennootschappen.[123] Door de afwezigheid van een modelovereenkomst is het voor hen kostbaar om een LLP op te richten.[124] Deze hoge transactiekosten zouden ervoor kunnen zorgen dat het MKB niet de LLP-vorm aanneemt. Daarnaast wordt de LLP niet gezien als een succesvolle rechtsvorm voor het MKB aangezien er veel bepalingen uit het kapitaalvennootschapsrecht en het faillissementsrecht van toepassing zijn verklaard op de LLP.[125] Door het ingevoerde systeem van *regulations* waarin deze bepalingen worden aangepast voor de LLP, ontstaat er een complex stelsel van regels dat niet gemakkelijk te gebruiken is. Voor de structuur van de vennootschap zijn er aan de andere kant weer bepaalde bepalingen in de *regulations* opgenomen die gebaseerd zijn op het personenvennootschapsrecht. Door de introductie van de LLP Regulations

120. LLP Act 2000, § 10(1). Zie www.hmrc.gov.uk/bulletins/tb50.htm voor een verdere invulling van de belastingheffing ten aanzien van de LLP.
121. Zie hiervoor: www.hmrc.gov.uk/rates/it.htm
122. Deze tarieven gelden voor 2010 en zijn te vinden op: www.hmrc.gov.uk/rates/it.htm. De vennootschapsbelasting geldt een belasting tarief tussen de 21%-28%.
123. Freedman, J. (2004), *supra* noot 51, blz. 293-316.
124. Morse, G. (2004), *supra* noot 1, in: J.A. McCahery et al. (2004), *supra* noot 1, blz. 317-346.
125. Vermeulen, E.P.M. (2003), ‘The Evolution of Legal Business Forms in Europe and the United States; Venture Capital, Joint Venture and Partnership Structures’, Proefschrift Universiteit van Tilburg, Den Haag: Kluwer Law International, blz. 121.

2009 heeft men geprobeerd een beter begrijpbaar instrument aan te bieden. In plaats van verwijzingen naar het kapitaalvennootschapsrecht, zijn de bepalingen integraal opgenomen in de LLP Regulations 2009. De LLPA en de Regulations 2001, en daarmee de verwijzingen naar onder andere de insolventiewetgeving, blijven bestaan. Niet alleen zal de gebruiker hierdoor nog steeds tussen de verschillende wetboeken moeten jongleren, hij zal ook kennis moeten hebben van zowel kapitaalvennootschapsrecht als van personenvennootschapsrecht.[126] Verder spelen fiscale factoren zoals hiervoor genoemd, niet in alle gevallen een zodanige belangrijke rol voor kleine vennootschappen dat zij op grond daarvan de LLP-vorm zullen aannemen. Ten slotte wordt gesteld dat de participanten van kleine vennootschappen weinig voordeel behalen uit de beperking van aansprakelijkheid door de persoonlijke garanties die zij in vele gevallen aan de schuldeisers moeten verlenen.[127]

5.8 Vergelijking tussen het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten

Alhoewel de LLP zowel in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk bestaat, verschillen zij wezenlijk van elkaar. De Amerikaanse LLP is een subvorm van de personenvennootschap, de Britse LLP is een hybride rechtsvorm. In feite lijkt de Britse LLP meer op een Amerikaanse LLC dan op een Amerikaanse LLP. Dit komt doordat de meeste bepalingen die van toepassing zijn op de Britse LLP een bewerking zijn van, of verwijzingen zijn naar, het kapitaalvennootschapsrecht. De Britse LLP lijkt wat moeilijk te passen in het personenvennootschapsrecht.[128] In de LLPA is expliciet vermeld dat het personenvennootschapsrecht niet van toepassing is op de LLP, tenzij anders is bepaald. Deze uitzondering geldt voor de invulling van de interne structuur als de partijen hierover niets of niet voldoende hebben afgesproken. Bij de Amerikaanse LLP kan men dan terug vallen op alle bepalingen uit het personenvennootschapsrecht, bij de Britse LLP zijn enkele bepalingen van toepassing verklaard. De regels in de Verenigde Staten maken het verder makkelijker en minder kostbaar om een kleine vennootschap met beperkte aansprakelijkheid op te zetten. In het Verenigd Koninkrijk, brengt beperkte aansprakelijkheid grotere kosten met zich mee.[129] Dit komt onder andere doordat er in het Verenigd Koninkrijk geen modelovereenkomst voorhanden is, die wel wordt aangeboden in de Verenigde Staten.

126. Freedman, J. (2004), *supra* noot 51, blz. 293-316.
127. Zie hoofdstuk 3 voor de uitgebreide discussie hierover.
128. Bradley, C. (2001), 'Twenty-First Century Anglo-American Partnership Law', Commonwealth Law World Review, blz. 330-342.
129. Bradley, C. (2001), *supra* noot 128, blz. 330-342.

De beperking van de aansprakelijkheid van vennoten/deelnemers wordt ook op verschillende wijzen in de wetgeving opgenomen. In hoofdstuk 4 kwam naar voren dat er tussen de staten in de Verenigde Staten verschillen bestaan in de reikwijdte van de bescherming. Over het algemeen wordt echter expliciet in de wetgeving opgenomen dat vennoten aansprakelijk zijn voor hun eigen (beroeps)fouten en in beginsel niet voor die van medevennoten. Hierbij wordt door sommige statelijke regelingen expliciet opgenomen dat vennoten wel aansprakelijk zijn voor de fouten gemaakt door personen die onder hun (directe) toezicht of supervisie staan. Daarnaast is vaak bepaald dat vennoten niet indirect aansprakelijk zijn voor (beroeps)fouten van medevennoten op grond van onrechtmatige daad of wanprestatie door bijvoorbeeld bij te dragen aan de verliezen van de LLP. In de LLPA is dit alles allemaal erg vaag gelaten en wordt de invulling overgelaten aan de rechterlijke instanties. Dit kan tot grote onzekerheid en hoge proceskosten leiden. De rechtspersoonlijkheid van de LLP zorgt ervoor dat de deelnemer zich in beginsel alleen druk hoeft te maken over aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Ook stelt de LLPA in tegenstelling tot sommige Amerikaanse LLP-regelingen geen aansprakelijkheidsverzekering verplicht, maar is dit overgelaten aan de beroepsorganisaties. Verder zijn de belastingsystemen van elkaar afwijkend, waardoor fiscale factoren in de Verenigde Staten wel, en in het Verenigd Koninkrijk in veel mindere mate ten grondslag liggen aan de keuze voor een LLP-vorm.

5.9 Het gebruik van LLP's in het Verenigd Koninkrijk

Over het gebruik van LLP's in het Verenigd Koninkrijk is weinig bekend. De aantallen LLP's tussen de periode 2002-2009 zijn wel gepubliceerd in de *Annual Reports* van het *Department of Trade and Industry* (later genaamd het *Department for Business, Enterprise & Regulatory Reform* (2007-2009) en nu genaamd het *Department for Business Innovation and Skills*) en enkele rapporten van de Britse Kamer van Koophandel.[130] Er zijn echter geen gegevens beschikbaar waaruit blijkt door welke typen organisaties de LLP als rechtsvorm wordt gekozen.[131] Over het algemeen wordt aangenomen dat de LLP-vorm voornamelijk wordt gekozen door beroepsbeoefenaren. De *Law*

130. De rapporten die zijn gepubliceerd door het DTI (tot en met 2005-2006) zijn te downloaden via www.companieshouse.gov.uk/about/dtiReports.shtml. De registratieperiodes lopen van 1 april tot en met 31 maart. Voor de jaren daarna zijn de cijfers verkregen uit het rapport 'Statistical Tables on Companies Registration Activities 2008-09', te downloaden via www.companieshouse.gov.uk/about/companiesTegActivities.shtml.

131. Vergelijk ook de bevindingen van J.M. Blanco Fernández en M. van Olffen (2007), 'Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's; onderzoek in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum Ministerie van Justitie', Deventer: Kluwer, blz. 103.

Society Gazette uit augustus 2007 vermeldde dat inmiddels 1.562 van de 8.926 geregistreerde advocatenkantoren uit het verenigd Koninkrijk als LLP opereren. Dit komt overeen met een percentage van 17,4%. In de reactie van het *Institute of Chartered Accountants of England and Wales* in het kader van de consultatie ten aanzien van de *Companies Act 2006*[132] werd het volgende opgemerkt: *'We also note that LLPs are becoming increasingly popular with smaller businesses, e.g. medical practitioners, smaller firms of lawyers, small investment businesses and even farms are increasingly adopting this legal form'*. De populariteit van de LLP onder kleine vennootschappen blijkt enigszins uit cijfers over aantallen verdeeld in de categorieën kleine-, middelgrote- en grote LLP's. In mei 2007 waren 8.597 kleine LLP's, 303 middelgrote LLP's en 177 grote LLP's.[133] Van 16.142 LLP's was echter niet bekend tot welke categorieën zij behoorden, waardoor de daadwerkelijke verhoudingen tussen de getallen anders kan liggen.[134] De volgende gegevens over de aantallen LLP's in het Verenigd Koninkrijk zijn beschikbaar:

Tabel 5.1: Aantallen LLP's in het Verenigd Koninkrijk

	2002-2003	**2003-2004**	**2004-2005**	**2005-2006**	**2006-2007**	**2007-2008**	**2008-2009**
Nieuwe inschrijvingen	2.597	3.321	5.191	6.570	8.818	9.198	8.855
Totaal ingeschreven	4.442	7.396	11.924	17.499	24.555	32.066	38.443

De toename van het aantal LLP's in het Verenigd Koninkrijk is groot over de periode 2002-2009. Wanneer dit echter wordt afgezet tegen de aantallen *limited companies* blijkt dit gering te zijn. Dit wordt zelfs nog versterkt wanneer men de aantallen LLP's afzet tegen die van de eenmanszaak en de *general partnership*. De geschatte aantallen eenmanszaken en *general partnerships* in

132. Gedateerd 1 juni 2007.
133. De tellingen van de aantallen LLP's hebben nog plaats gevonden aan de hand van de criteria die van toepassing waren voor april 2008: Een LLP wordt als klein gekwalificeerd wanneer aan twee van de volgende vereisten wordt voldaan: (1) een omzet van niet meer dan £ 5.6 miljoen (£ 6.5 miljoen vanaf april 2008); (2) een balanstotaal van niet meer dan £ 2.8 miljoen (£ 3.26 miljoen vanaf april 2008) en (3) niet meer dan 50 werknemers. Een vennootschap wordt als middelgroot gekwalificeerd wanneer aan twee van de volgende vereisten wordt voldaan: (1) een omzet van niet meer dan £ 22.8 miljoen (£ 25.9 miljoen vanaf april 2008); (2) een balanstotaal van niet meer dan £ 11.4 miljoen (£ 12.9 miljoen vanaf april 2008) en (3) niet meer dan 250 werknemers. Zie hiervoor: the Limited Liability Partnerships (Accounts and Audit)(Application of Companies Act 2006) Regulations 2008, regulation 5, section 382.
134. Explanatory Memorandum to the Limited Liability Partnerships (Accounts and Audit) (Application of Companies Act 2006) Regulations 2008, blz. 13.

2008 waren respectievelijk iets meer dan 3 miljoen en 0,46 miljoen.[135] De grote verschillen in het gebruik van de rechtsvormen kan te maken hebben met het feit dat de LLP niet wordt geacht te zijn gecreëerd voor het MKB en derhalve nog niet is opgepikt door het MKB (zie hiervoor paragraaf 4.7). Uit de voornoemde cijfers blijkt echter dat de bestaande LLP's voornamelijk kleine vennootschappen zijn.

5.10 Aandachtspunten voor Nederland

Uit het bovenstaande komt een aantal aandachtspunten naar voren, dat van belang kan zijn bij de eventuele introductie van een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid in Nederland. De Britse LLP is ontwikkeld via een versneld wetgevingsproces apart van de herziening van het kapitaalvennootschapsrecht en het personenvennootschapsrecht. Dit had te maken met de haast van de overheid om te voorkomen dat vennootschappen zouden overstappen naar andere jurisdicties. De jurisdictionele competitie heeft derhalve een grote rol gespeeld bij de introductie. De Britse LLP is oorspronkelijk ontwikkeld voor vrije beroepsbeoefenaren, maar uiteindelijk opengesteld voor allerlei vennootschappen bestaande uit twee of meer personen met een winstoogmerk. De gevoerde discussie over de beschikbaarheid is ook van belang voor de Nederlandse situatie. De beschikbaarheid zal aan het begin van het wetgevingsproces aan de orde moeten komen, gelet op de regelingen die ontwikkeld moeten worden voor de vorm. De kritiek dat de LLP niet geschikt is voor kleine vennootschappen omdat deze vorm niet voor hen ontworpen is, kan daarmee worden ondervangen. Ook dient er een keuze gemaakt te worden of de LLP een subvorm van de personenvennootschap wordt of juist een hybride rechtsvorm lijkend op de Britse LLP en de Amerikaanse LLC.

Zoals eerder aan de orde is gekomen, is de Britse LLP geen personenvennootschap. Dit heeft grote gevolgen voor de complexiteit van de rechtsvorm en heeft geleid tot kritiek op de toepasbaarheid en geschiktheid van de LLP-vorm voor kleine vennootschappen. Het stelsel van de LLPA met daarnaast de *regulations* met verwijzingen naar, en modificaties van, het kapitaalvennootschapsrecht, het insolventierecht en het personenvennootschapsrecht zorgt voor een wirwar aan regels die juist voor kleine vennootschappen onbegrijpelijk kunnen zijn. Dit zal meegenomen moeten worden bij de invulling van een mogelijke Nederlandse LLP. Naast de onduidelijkheid door de verschillende toepasselijke regels bestaat in het Verenigd Koninkrijk ook onduidelijkheid over de (reikwijdte van de) bescherming tegen aansprakelijkheid. De beperking is door de Britse wetgever niet in de wetgeving opgenomen. De beperking van aansprakelijkheid

135. Blanco Fernández, J.M. en M. van Olffen (2007), *supra* noot 131, blz. 73.

bij de Britse LLP is derhalve op geheel andere wijze ingevuld dan in de Verenigde Staten. Bij de vormgeving van een eventuele Nederlandse LLP moeten deze verschillen en achterliggende redenen in ogenschouw worden genomen. Over de mate waarin verplichtingen worden opgelegd tot het opstellen en het publiceren van jaarrekeningen en jaarverslagen moet goed worden nagedacht. Deze afweging zal moeten plaatsvinden tegen de achtergrond van de bescherming van de schuldeisers zoals besproken in hoofdstuk 3 en vanuit het oogpunt van een eventuele belemmering voor het oprichten van een LLP.

5.11 Conclusie

Sinds de jaren negentig van de vorige eeuw is er een totale herziening van het Britse vennootschapsrecht op gang gebracht. Het creëren van het beste ondernemingsklimaat van de wereld werd ten doel gesteld, waarbij de kleine vennootschap als uitgangspunt werd genomen. Het kapitaalvennootschapsrecht zou in het voordeel van deze vennootschappen worden gemoderniseerd, waardoor er voor hen grotere flexibiliteit zou ontstaan. Naast de herziening van het kapitaalvennootschapsrecht, ontwikkelde zich via een apart versneld wetgevingsproces een nieuwe hybride rechtsvorm, de *limited liability partnership*. De *Limited Liability Partnerships Act 2000* trad in april 2001 in werking en inmiddels zijn er bijna 40.000 LLP's opgericht.

De LLP werd gecreëerd als reactie op de druk van grote accountantskantoren, die bezorgd waren over de onbeperkte aansprakelijkheid van de vennoten voor enorme juridische claims, in het bijzonder voor professionele nalatigheid. De accountants hadden de mogelijkheid om een kapitaalvennootschap op te richten, maar haalden hierdoor ook het nadeel van complexe wetgeving binnen. Ondanks de versoepelde toepassing van het kapitaalvennootschapsrecht op besloten kapitaalvennootschappen werd het als bezwarend en niet transparant ervaren. Fiscale redenen lagen in beginsel niet ten grondslag aan de vraag naar een nieuwe rechtsvorm. In omringende jurisdicties was de LLP voorhanden en de dreiging van vennootschappen om over te stappen zette de overheid aan tot de snelle ontwikkeling van de LLP. De Britse LLP is noch een personenvennootschap, noch een kapitaalvennootschap. De invulling van de vennootschapstructuur is geheel overgelaten aan de deelnemers, maar door de vele van toepassing zijnde kapitaalvennootschapsregels heeft de LLP meer karakteristieken van een kapitaalvennootschap dan van een personenvennootschap. Deze regels moesten ervoor zorgen dat een voldoende niveau van bescherming van de schuldeisers werd bereikt. Door de rechtspersoonlijkheid van de LLP wordt de contractuele aansprakelijkheid van de deelnemer beperkt, tenzij de overeenkomst met de deelnemer persoonlijk is gesloten. De beperking van de

aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad is bewust vaag gelaten. Er zijn geen expliciete bepalingen voor de aansprakelijkheid van deelnemers voor eigen (beroeps)fouten, voor die van personen die onder hun supervisie staan of aan welke zij bijgedragen hebben. Ook zegt de wetgeving niets over de indirecte aansprakelijkheid. De rechterlijke instanties zullen uiteindelijk hierover moeten beslissen. Dit kan leiden tot grote rechtsonzekerheid en tot hoge proceskosten. Schuldeisers van de LLP worden beschermd door enkele bepalingen over *fraudulent* en *wrongful trading* uit het kapitaalvennootschapsrecht. Daarnaast is een speciale uitkeringsregel geïntroduceerd voor de LLP die ervoor dient te zorgen dat er geen kapitaal uit de LLP wordt gesluisd, indien de financiële situatie dit niet toelaat. De LLP kan worden aangenomen voor zowel beroeps- als bedrijfsactiviteiten, waarbij er twee of meer deelnemers zijn. Dit heeft tot kritiek geleid, gericht op de geschiktheid van de LLP-vorm voor het MKB. Doordat de LLP van oorsprong niet voor deze groep vennootschappen was ontwikkeld en het kapitaalvennootschapsrecht aan grondige herziening onderhevig was werd de gewenstheid van de LLP voor deze categorie vennootschappen in twijfel getrokken. Inmiddels lijkt echter ook deze groep de LLP-vorm aan te nemen als rechtsvorm.

Hoofdstuk 6. Nederland

6.1 Inleiding

Nederland staat van oudsher bekend om zijn gunstige ondernemingsklimaat. De mogelijkheid voor multinationals om met de Nederlandse fiscus belastingsafspraken te maken, heeft er onder andere voor gezorgd dat Nederland een van de meest competitieve economieën in Europa is.[1] Nederland heeft daarnaast een goede reputatie vanwege de fysiek-materiële infrastructuur, de instelling en creativiteit van werknemers, de productiviteit en de sterke economische clusters.[2] Uit onderzoek van de Wereldbank blijkt dat Nederland de 30e plek inneemt op de lijst van 183 landen in het kader van de aantrekkelijkheid van het ondernemingsklimaat (*Ease of Doing Business*).[3] Door de toenemende globalisering worden de ontwikkelingen in de lidstaten van de Europese Unie en de Verenigde Staten steeds belangrijker. Deze landen hebben in de afgelopen tijd verscheidene initiatieven ontplooid om grote en kleine ondernemingen aan te trekken. Om een belangrijke rol te kunnen blijven spelen, en daarnaast tegemoet te kunnen blijven komen aan de wensen en behoeften van binnenlandse vennootschappen, moet Nederland ervoor zorgen dat het een gunstig vestigings- en ondernemingsklimaat blijft aanbieden.

De Nederlandse aantrekkingskracht kan worden versterkt door het bewaken van de betrouwbaarheid van vennootschappen naar Nederlands recht, professionalisering van de betrokkenen en het inzetten van nieuwe regelgevende instrumenten waardoor beter op de behoeften van ondernemers kan worden ingespeeld. Met de eerder gesignaleerde ontwikkeling bij het Europese Hof

1. Vermeulen, E.P.M. (2003), 'The Evolution of Legal Business Forms in Europe and the United States; Venture Capital, Joint Venture and Partnership Structures', Proefschrift Universiteit van Tilburg, Den Haag: Kluwer Law International, blz. 129.
2. McCahery, J.A. en E.P.M. Vermeulen (2005a), 'De behoefte aan een Nederlandse 'personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid", Ondernemingsrecht 2005/11, blz. 382-391. Onder de fysiek-materiële infrastructuur verstaan McCahery en Vermeulen wegen, havens, vliegvelden, telecommunicatievoorzieningen en dergelijken.
3. Nederland is daarmee 14 plekken gedaald ten opzichte van de ranking uit het 2007-rapport en 4 plekken ten opzichte van de ranking uit het 2008-rapport. The World Bank (2009), 'Doing Business 2010: Country Profile for the Netherlands', Washington D.C.: The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, blz. 2.

om barrières voor grensoverschrijdend gebruik van vennootschappen te slechten, wordt het belang van een goede en goed bruikbare rechtsvorm groter.[4] Concurrentie tussen rechtsvormen en verbetering van het investeringsklimaat nodigen volgens de minister uit tot heroverweging van de inrichting van de Nederlandse rechtspersonen, met name de kapitaalvennootschappen.[5] De Nederlandse wetgever heeft daarom de bestaande kapitaalvennootschappen onder de loep genomen en diverse moderniseringstrajecten ingezet zoals de flexibilisering van het BV-recht. Naast het kapitaalvennootschapsrecht is ook het personenvennootschapsrecht aan verandering onderhevig. Personenvennootschappen spelen een belangrijke rol in de Nederlandse economie. Op 1 januari 2008 telde Nederland bijna 800.000 bedrijven, waarvan ruim 70% een eenmanszaak, maatschap of een vennootschap onder firma is.[6] Bij de herziening van het personenvennootschapsrecht zijn verschillende geluiden, uit zowel de praktijk als de rechtswetenschap, opgekomen over de wenselijkheid van een nieuw soort personenvennootschap, de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Vooralsnog is een dergelijke rechtsvorm door de minister niet wenselijk geacht. Gelet op de hiervoor genoemde ontwikkelingen rijst de vraag of dit standpunt niet herzien moet worden. Daarom spitst dit hoofdstuk zich ten eerste toe op de deelvragen: *Welke rechtsvormen zijn er in Nederland beschikbaar voor het MKB en de beoefenaren van het vrije beroep?* en *Voldoen deze rechtsvormen aan de behoeften van ondernemers en beroepsbeoefenaren?* Daarbij komen de deelvragen: *Welke ontwikkelingen zijn er voor het Nederlandse ondernemingsrecht gaande?* en *Welke gevolgen hebben de flexibilisering van het BV-recht en het wetsvoorstel personenvennootschappen voor het Nederlandse ondernemingsrecht?* aan bod. In het kader van deze ontwikkelingen concentreert dit hoofdstuk zich ten slotte op de deelvragen: *Dient een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid in Nederland geïntroduceerd te worden?* en zo ja: *Hoe zou deze eventuele nieuwe Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid eruit moeten komen te zien?* De fiscale behandeling van deze mogelijke nieuwe rechtsvorm bespreek ik uitgebreid in hoofdstuk 7, maar komt in beperkte mate ook terug in dit hoofdstuk. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

4. *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 752, nr. 2, blz. 15.
5. *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 752, nr. 1, blz. 1.
6. CBS (2009), 'Statistisch Jaarboek 2009', Den Haag: CBS, blz. 31.

6.2 Rechtsvormen in Nederland

6.2.1 Personenvennootschappen

In Nederland is, net zoals in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk, een onderscheid te maken tussen rechtsvormen die vallen in de categorie kapitaalvennootschappen en die vallen in de categorie personenvennootschappen. Deze laatste groep omvat onder het huidige recht: de (burgerlijke) maatschap, de vennootschap onder firma ('**VOF**') en de commanditaire vennootschap ('**CV**'). De maatschap ontwikkelde zich van een verdelingsgemeenschap uit het vroeg-Romeinse recht steeds meer tot een actieve gemeenschap gericht op het maken van winst in het klassieke en na-klassieke Romeinse recht. Uit de maatschap als grondvorm ontwikkelde zich onder invloed van het handelsverkeer in de middeleeuwen de samenwerkingsvorm die men tegenwoordig de vennootschap onder firma noemt.[7] De VOF is een maatschap welke is aangegaan tot de uitoefening van een bedrijf onder een gemeenschappelijke naam.[8] De CV is een vennootschap, waarin een of meer personen het bestuur voeren en hoofdelijk aansprakelijk zijn, terwijl daarnaast een of meer commanditaire vennoten bestaan.[9] Over de ontstaansgeschiedenis van de commanditaire vennootschap bestaat grote onduidelijkheid. Sinds de totstandkoming van het Wetboek van Koophandel in 1838 ('**oud WvK**') zijn de bepalingen betreffende de CV vrijwel ongewijzigd gebleven, op één belangrijk punt na: de CV op aandelen, die in de praktijk reeds in de 17e eeuw voorkwam, is bij Wet van 28 mei 1975 afgeschaft.[10] Alle drie de personenvennootschappen worden aangegaan bij overeenkomst. De maatschap is geregeld onder de bijzondere overeenkomsten in Titel 9, Boek 7A BW, artikelen 1655-1688. De VOF en de CV zijn geregeld in Titel 2, Boek 1 van het Wetboek van Koophandel ('**WvK**'), artikelen 15-34. Op grond van artikel 1 WvK is het Burgerlijk Wetboek, voor zover er door het WvK niet bijzonderlijk is afgeweken, ook op de VOF en de CV van toepassing. Hierdoor zijn de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek die betrekking hebben op de maatschap dus ook van toepassing op de VOF en de CV, mits in het WvK dus niet anders is bepaald.[11]

---

7. Asser/Maeijer 5-V, nr. 2.
8. Artikel 16 WvK: *'De vennootschap onder eene firma is de maatschap, tot de uitoefening van een bedrijf onder eenen gemeenschappelijken naam aangegaan'.*
9. Artikel 19 WvK. De CV kan tevens een VOF zijn wanneer de CV twee of meer beherende vennoten heeft.
10. Asser/Maeijer 5-V, nr. 3.
11. Bijvoorbeeld de bepalingen over inbreng (artikel 7A:1662 BW), bestuur (artikel 7A:1676 BW) ontbinding (artikel 7A:1683 BW) en voortzetting (artikel 7A:1688 BW).

6.2.2 Kapitaalvennootschappen

Tot de categorie kapitaalvennootschappen behoren de naamloze vennootschap ('**NV**') en de besloten vennootschap ('**BV**'). Hoewel reeds in het Romeinse recht sporen van de huidige rechtspersonen zijn te vinden en reeds in de Middeleeuwen de kerk als een zelfstandig corpus werd gezien, is het daadwerkelijk ontstaan van de rechtspersoon van aanzienlijk recenter datum.[12] Van beide rechtsvormen heeft de NV de langste historie. De historie van de NV gaat terug tot de Vereenigde Oost-Indische Compagnie, opgericht bij octrooi (bewilliging met monopolieverlening) van de Staten-Generaal van 20 maart 1602.[13] Na de invoering van de nieuwe wetgeving in 1838 en herziening daarvan in 1928, is de belangrijkste wijziging in de wetgeving doorgevoerd in 1971. Naast aanpassingen en toevoegingen van de bepalingen voor de NV, werd de rechtsvorm de BV geïntroduceerd als uitvloeisel van de eerste EEG-richtlijn. De BV is in het Nederlandse recht geïntroduceerd als grotendeels een kloon van de NV, en wordt daarom ook wel een 'quasi-NV' genoemd. Over een eigen karakter van de BV is toentertijd nauwelijks nagedacht.[14] De huidige opzet van beide titels is daarom geheel gelijk en voor een groot deel zijn de bepalingen zelfs identiek.[15]

De NV, waaraan bij de Wet van 1928 (al in de rechtspraak aanvaarde) rechtspersoonlijkheid werd toegekend, werd lange tijd beschouwd als een contractuele rechtsbetrekking die door overeenkomst ontstond.[16] Tot 1976 waren de NV en de BV (naast de VOF en de CV) blijkens artikel 15 oud WvK species van het genus maatschap. Het artikel bepaalde dat de verbintenissen van vennootschappen van koophandel geregeerd werden door de overeenkomst van partijen, door de bijzondere wetten van de koophandel en door het burgerlijk recht. Voor de NV en de BV leidde dat echter tot ongerijmdheden. In de loop van de 20e eeuw is de opvatting dat de NV (en later ook de BV) als een gekwalificeerde maatschap zou moeten worden beschouwd, gewijzigd. Daaruit is de institutionele rechtsopvatting ontstaan op grond waarvan de rechtsvorm losstaat van haar oprichters en aandeelhouders.[17] Artikel 15 oud WvK werd in 1976 zodanig gewijzigd dat de

12. Akveld, J.E.M. et al. (2001), 'Hoofdstukken handelsrecht', Deventer: Kluwer, blz. 129.
13. Schilfgaarde, P. van (2009), 'Van de BV en de NV', Deventer: Kluwer, nr. 6.
14. Kluiver, H.J. de et al. (2004), 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht: Rapport van de expertgroep ingesteld door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken', Den Haag: 6 mei 2004.
15. Schilfgaarde, P. van (2009), *supra* noot 13, nr. 9.
16. Zaman, D.F.M.M. (2009), 'De rechtspersoonlijkheid van de OVR en de CVR nader belicht', Tijdschrift voor ondernemingsbestuur 2009-3, blz. 85-92.
17. Zaman, D.F.M.M. (2009), *supra* noot 16, blz. 85-92.

schakelbepaling niet meer werkte voor de NV en de BV.[18] Bij de invoering van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek is de regeling van de BV en de NV van het Wetboek van Koophandel naar Boek 2 overgebracht. Per 1 januari 1992 is ten slotte een aangepaste versie van Boek 2 in werking getreden als onderdeel van de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW (IW3-6).[19]

6.3 Veranderend ondernemingsrecht

In de nota Modernisering van het ondernemingsrecht uit 2004 geeft de minister van Justitie aan, dat aandacht voor de structuur van Nederlandse rechtsvormen en het ondernemingsrecht in brede zin noodzakelijk is om Nederland te profileren als vestigings- en ondernemingsland.[20] Dit moet tot uiting komen in een concurrerend ondernemingsrecht door een juridische infrastructuur die onder andere flexibele rechtsvormen biedt die beantwoorden aan de behoeften van gebruikers, belanghebbenden en derden. Het vennootschapsrecht moet tegemoet komen aan de gerechtvaardigde wensen van ondernemers. Om dit te bereiken heeft de minister verschillende herzieningstrajecten voor het vennootschapsrecht in werking gezet.

6.3.1 Modernisering van het BV-recht

De in de praktijk en in de literatuur gesignaleerde behoefte aan een grotere vrijheid bij de inrichting van kleinere ondernemingen, joint ventures en concernvennootschappen is de belangrijkste aanleiding geweest voor het starten van een project tot vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht.[21] Ondernemers die voor de BV willen kiezen worden nu geconfronteerd met een reeks voorschriften die niet altijd doeltreffend lijken.[22] De nieuwe BV moet een bruikbare en een betrouwbare rechtsvorm zijn voor alle partijen die bij de vennootschap zijn betrokken. Een evenwichtig stelsel van schuldeisersbescherming draagt hieraan bij, evenals wettelijke regels voor besluitvorming die rekening houden met de belangen van minderheidsaandeelhouders.[23] De toenemende internationale jurisdictionele competitie leidt er toe dat Nederland

18. Raaijmakers, M.J.G.C. (2003b), 'Reorganisaties van personenvennootschappen in het ontwerp Titel 7.13 NBW', WPNR 03/6524, blz. 246-253.
19. Schilfgaarde, P. van (2009), *supra* noot 13, nr. 6.
20. *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 752, nr. 2.
21. Memorie van toelichting bij Ambtelijk Voorontwerp wijziging Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid eerste tranche: orgaanstructuur en bevoegdheden/aandelen en certificaten, blz. 1.
22. *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 752, nr. 2, blz. 15.
23. *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 3, blz. 3.

steeds meer moet concurreren met andere buitenlandse rechtsvormen om de eigen vennootschappen te behouden. Omdat het BV-recht in tegenstelling tot het NV-recht slechts in beperkte mate is geharmoniseerd via Europese richtlijnen, kan die concurrentie daadwerkelijk worden aangegaan.[24]

De minister heeft onder andere een expertgroep ingesteld, die op 6 mei 2004 heeft gerapporteerd over de vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht.[25] Het rapport bevat een groot aantal aanbevelingen. De uitgangspunten, die aan het advies ten grondslag lagen, waren de volgende: (1) minder dwingend en meer regelend recht, (2) meer vrijheid voor aandeelhouders om de onderneming naar eigen inzicht en wensen vorm te geven met voldoende waarborgen voor de belangen van andere partijen, (3) het laten vervallen van regels die onnodig belemmerend of ineffectief zijn, (4) het verminderen van (administratieve) lasten, (5) het bieden van een evenwichtige bescherming van crediteuren, (6) het wegnemen van rechtsonzekerheid, (7) het aansluiten bij de behoeften van de hedendaagse, nationale en internationale praktijk, (8) het aansluiten bij ontwikkelingen in de omringende landen en de Europese Unie en (9) het oplossen van knelpunten in het huidige BV-recht, in plaats van het introduceren een nieuwe rechtsvorm.[26] De expertgroep kiest voor een *one-size-fits-all*-benadering.[27]

In de periode 2005-2006 is naar aanleiding van het rapport van de expertgroep in drie tranches een ambtelijk voorontwerp gepubliceerd bestaande uit een concept wetsvoorstel met een memorie van toelichting. Op het voorontwerp heeft een groot aantal partijen gereageerd. Ook is in aanvulling op de schriftelijke consultatie in december 2005 een expertmeeting gehouden. Op 3 november 2006 is het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht door de ministerraad goedgekeurd. Hierna is het advies van de Raad van State en het nader rapport[28] verschenen en is op 31 mei 2007 het wetsvoorstel Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht[29] ingediend bij de Tweede Kamer. Op 15 december 2009 is het Wetsvoorstel flex-BV aangenomen in de Tweede

24. Memorie van toelichting bij Ambtelijk Voorontwerp eerste tranche, *supra* noot 21, blz. 2.
25. Kluiver, H.J. de et al. (2004), *supra* noot 14.
26. Memorie van toelichting bij Ambtelijk Voorontwerp eerste tranche, *supra* noot 21, blz. 4.
27. McCahery, J.A. en E.P.M. Vermeulen (2005a), *supra* noot 2, blz. 382-391. Met een *'one-size-fits-all'*-benadering wordt hier bedoeld dat de flexibele BV als uitgangspunt wordt genomen, en geschikt wordt geacht voor een breed scala van toepassingsmogelijkheden. De rechtsvorm zou toepasbaar zijn voor allerlei soorten activiteiten van ondernemers. Ondanks eventuele verschillende behoeften van de ondernemers, wordt volgens deze benadering met een enkele rechtsvorm in voldoende mate aan deze behoeften voldaan. Er is derhalve geen plaats voor nieuwe rechtsvormen.
28. *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 4.
29. *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 2.

Kamer en is ter goedkeuring naar de Eerste Kamer gestuurd (‘**Wetsvoorstel flex-BV**’).

6.3.2 Belangrijkste wijzigingen in het BV-recht

De belangrijkste wijzigingen betreffen de regels van kapitaalbescherming, de invoering van een nieuwe (aansprakelijkheids)regeling rondom de uitkering van vermogen aan aandeelhouders[30] en de besluitvorming buiten vergadering. De formele kapitaalbeschermingsregels voor de BV worden in het Wetsvoorstel flex-BV ingrijpend herzien en behelzen onder andere de afschaffing van het voorgeschreven minimumkapitaal, het vervallen van de nachgründungsregeling[31] en het verbod op de financiële steunverlening aan derden.[32] Verder zijn in het Wetsvoorstel flex-BV niet meer vereist de bankverklaring die ziet op een storting van geld op de bij de oprichting te nemen aandelen en de accountantsverklaring bij inbreng in natura.[33] Daarnaast is de blokkeringsregeling niet meer verplicht. Ook wordt meer flexibiliteit geboden bij het toekennen van rechten aan bepaalde klassen aandelen. Ten slotte wordt de geschillenregeling herzien.

6.3.3 Herziening van het personenvennootschaprecht

Naast de flexibilisering van het BV-recht, is de gefragmenteerde regeling van de personenvennootschappen al langere tijd aan een fundamentele herziening toe. In 1972 werd daartoe het Ontwerp-Van der Grinten voor Titel 7.13 gepubliceerd na de afronding van de brede herziening van 1970/1971 en tijdens de voorbereiding van de invoering van boek 2. Titel 7.13 had in het NBW-project gelijktijdig met Boek 2 kunnen worden behandeld. Maar Boek 2 werd in 1976 losgekoppeld van de personenvennootschap ingevoerd, en zo bleef Titel 7.13 liggen.[34] Na een aantal jaren werd de draad weer opgepakt. Een nieuw wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek werd op 24 december 2002 bij de Tweede Kamer ingediend. Met dit wetsvoorstel wordt gestreefd naar een moderne en voor de praktijk bruikbare regeling van de personenvennootschappen, die flexibele samenwerkingsvormen mogelijk moet maken.[35] Het wetsvoorstel is voorbereid op basis van een aantal

30. Artikel 2:216 Wetsvoorstel flex-BV.
31. Artikel 2:204c BW.
32. Artikel 2:207c BW.
33. Artikel 2:203a BW.
34. Raaijmakers, M.J.G.C. (1999), ‘Persoonsgebonden samenwerkingsvormen en de ‘onderneming’ in het privaatrecht’, in: W.W. Bratton et al. (1999), ‘Personenvennootschap en ‘onderneming’; over persoonsgebonden ondernemingen en titel 7.13 ONBW’, Deventer: Tjeenk Willink, blz. 19.
35. *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 752, nr. 2, blz. 16.

door Maeijer geformuleerde vraagpunten,[36] die onder meer zijn besproken met de commissie vennootschapsrecht en in de vergadering van de Veereniging Handelsrecht van 6 november 1998. Daarnaast is het wetsvoorstel voorbereid op basis van een door Maeijer aan de hand van de uitkomsten van deze consultaties opgesteld ontwerp. Dit ontwerp bouwt weliswaar voort op het Ontwerp-Van der Grinten, maar wijkt anderzijds zowel in opzet als in uitwerking aanzienlijk daarvan af.[37] Het wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek en het wetsvoorstel Invoeringswet Titel 7.13 Burgerlijk Wetboek zijn op 15 december 2009 door de Tweede Kamer aangenomen (tezamen; '**Wetsvoorstel Titel 7.13**'). De invoeringsdatum van Titel 7.13 is al verschillende malen verzet, waardoor de invoering naar verwachting pas vanaf begin 2011 mogelijk is.

6.3.4 Belangrijkste wijzigingen in het personenvennootschaprecht

De rechtsvormen de maatschap, de vennootschap onder firma en de huidige commanditaire vennootschap zullen in de nieuwe wetgeving inzake het personenvennootschapsrecht vervallen. Daarvoor in de plaats komen vijf nieuwe rechtsvormen: de stille vennootschap, de openbare vennootschap ('**OV**'), de commanditaire vennootschap ('**CV**'), de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid ('**OVR**') en de commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid ('**CVR**'). De openbare vennootschap is een vennootschap tot het uitoefenen van een beroep of een bedrijf dan wel tot het verrichten van beroeps- of bedrijfshandelingen, die op een voor derden kenbare wijze naar buiten optreedt onder een door haar als zodanig gevoerde naam.[38] De vennootschap die niet openbaar is, wordt 'stille vennootschap' genoemd.[39] De meest in het oog springende vernieuwing in het Wetsvoorstel Titel 7.13 is de mogelijkheid dat, indien de vennoten daarvoor kiezen, een openbare vennootschap rechtspersoonlijkheid krijgt.[40] De rechtspersoonlijkheid van de vennootschap

36. De door Maeijer voorgelegde vraagpunten kunnen kort worden weergegeven als volgt: (1) Moet aan de openbare vennootschap rechtspersoonlijkheid worden toegekend? (2) Welke gevolgen heeft toekenning van rechtspersoonlijkheid aan de openbare vennootschap voor haar fiscale transparantie? (3) Indien de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord (a) op welke wijze en wanneer dient de rechtspersoonlijkheid te ontstaan en (b) dient de figuur van de niet-rechtspersoonlijkheid bezittende openbare vennootschap (vennootschap onder firma, of commanditaire vennootschap) onmogelijk gemaakt te worden en zo ja, hoe? (4) Moet de figuur van de cv op aandelen opnieuw worden ingevoerd? (5) Moet de persoonlijke verbondenheid c.q. aansprakelijkheid van vennoten voor verbintenissen van een openbare vennootschap (in het bijzonder gericht op beroepsuitoefening) op dezelfde wijze worden geregeld bij de VOF?
37. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, onder punt 1.1.
38. Artikel 7:801 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13.
39. Artikel 7:801 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13.
40. Vgl: Zaman, D.F.M.M. (2009), *supra* noot 16, blz. 85-92.

heeft tot gevolg dat de vennootschap zelfstandig draagster is van rechten en verplichtingen. De aansprakelijkheid van de vennoten blijft echter onbeperkt. Voor de huidige maatschap betekent de nieuwe regeling een verzwaring van de aansprakelijkheid. In plaats van de verbondenheid voor gelijke delen zoals dit bij de maatschap geldt, zullen de vennoten door de nieuwe regeling hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden en plichten van de vennootschap. Het Wetsvoorstel Titel 7.13 brengt de regeling van de maatschap en de andere personenvennootschappen, die thans over twee wetboeken zijn verspreid, samen in één geïntegreerde regeling. Het verschil tussen beroep en bedrijf verdwijnt. Andere vernieuwingen betreffen regelingen rondom de ontbinding, de voortzetting en de vereffening van de vennootschap.[41]

6.3.5 Veranderingen in het vennootschapsrecht voldoende?

De vraag rijst of, gelet op onder andere de toenemende aansprakelijkheid, de voorgestelde versoepelingen van het BV-recht en de invoering van het nieuwe personenvennootschapsrecht resulteren in bruikbare rechtsvormen voor kleine ondernemers en beroepsbeoefenaren. Ook in Nederland veroorzaken de talrijke aansprakelijkstellingen in kringen van de beroepsbeoefenaren onrust.[42] De omvang van de geclaimde schadebedragen heeft die onrust nog vergroot.[43] Belangrijke stimulans voor het claimgedrag is de geweldige toename van de belangen die de dienstverleners hebben te behartigen. Bijvoorbeeld grote fusies worden omringd door accountants, fiscalisten, advocaten en notarissen, waarbij fouten tot immense schade kunnen leiden.[44] Daarnaast heeft het enkele bestaan van aansprakelijkheidsverzekeringen en bij sommige beroepen de verplichting tot het afsluiten daarvan, bevorderd dat beroepsbeoefenaren tot schadevergoeding worden aangesproken in gevallen waarin dat, zonder verzekering, meestal

41. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 1.
42. De grootste risico's door de onbeperkte aansprakelijkheid worden gelopen door de accountants (onder meer in verband met goedkeurende verklaringen), dan volgen de notarissen (onder meer in verband met de recherche bij aandelenoverdracht), de advocaten (onder meer in verband met het verlopen van termijnen en *legal opinions*) en ten slotte de fiscalisten (Zie: noot 9 van A.L. Mohr (1995), 'De rechtsvorm van het vrije beroep', De Naamloze Vennootschap 73, ½ januari /februari, blz. 2-13).
43. Brunschot, F.W.G.M. (1995), 'Beroepsuitoefening in N.V.-vorm, fiscale observaties', De Naamlooze Vennootschap 73, ½ januari/februari 1995, blz. 26-31.
44. Kamp, P.A.J. (1995), 'Beroepsaansprakelijkheid in stroomversnelling', De Naamloze Vennootschap 73, ½ januari/februari 1995, blz. 21-25.

achterwege zou zijn gebleven.[45] Niet alleen de vrije beroepsbeoefenaren ondervinden de gevolgen van de verschuivingen in de claimcultuur, ook het MKB heeft hier last van.[46] Steeds vaker worden ondernemers geconfronteerd met juridische procedures en aansprakelijkstellingen. De aansprakelijkheid dwingt ondernemers en beroepsbeoefenaren steeds vaker in een rechtsvorm die niet past bij de onderneming of samenwerking. De nadelige vennootschapstructuur of belastingheffing wordt dan op de koop toe genomen. Verschillende malen zijn daarom tijdens de parlementaire behandeling van de nieuwe vennootschapswetgeving vragen gesteld over de mogelijkheid van een Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid.

6.3.6 Een nieuwe rechtsvorm in het vennootschapsrecht?

Naar aanleiding van de vragen over een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid heeft het WODC in opdracht van de minister van Justitie een onderzoek gedaan naar de LLC en LLP in de Verenigde Staten en de Britse LLP (‘**WODC- onderzoek**’). In de kabinetsreactie wordt gesteld dat het onderzoek geen aanleiding geeft om in aanvulling op de in gang gezette modernisering van de personenvennootschap en de BV over te gaan tot de invoering van een geheel nieuwe rechtsvorm: *‘Anders dan in het Verenigd Koninkrijk, waar de private limited company niet beschikbaar was voor beroepsbeoefenaren, is er op dit punt in het Nederlandse recht geen leemte waarin een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid zou moeten voorzien’*.[47] De minister veronderstelt dat de versoepelde opzet van het BV-recht zoveel ruimte biedt dat Nederland de rechtsvormen LLP en LLC niet hoeft te imiteren.[48] Wanneer men beperkte aansprakelijkheid van de vennoten wil realiseren, staat hiertoe de figuur van de kapitaalvennootschap open. Hij stelt: *‘[D]oor zoveel mogelijk*

---

45. Vergelijk: Brunner, C.J.H. (1995), ‘Is beroepsaansprakelijkheid iets bijzonders?’, Ars Aequi 1995-1, blz. 932-941. Andere redenen voor de toename in claims zijn onder andere de toename van het aantal diensten dat leidt tot toename van het aantal fouten, cliënten en patiënten worden kritischer, er is een grotere *‘claim mindness’* gekomen, er is een zakelijkere verhouding ontstaan met commerciële cliënten, er is een grotere neiging tot afwenteling van schade op anderen, de publiciteit stimuleert aansprakelijkheidstelling en rechters zijn sneller geneigd slachtoffers van fouten tegemoet te komen (omkering van de bewijslast). Zie: W.J. Slagter (1995), ‘Beperking van beroepsaansprakelijkheid’, TVVS 95/7, blz. 173-178. Zie over beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen ook: F.H.A. Arisz (1996), ‘Verzekeren van beroepsaansprakelijkheid’, in: J. Ekelmans et al. (1996), ‘Beroepsaansprakelijkheid’, Den Haag: Nederlandse Orde van Advocaten en Sdu Uitgevers, blz. 52-63.
46. Zie onder andere het onderzoek van rechtsbijstandverlener ARAG en MKB-kennisbank BusinessCompleet.nl onder MKB’ers van 18 februari 2010: www.businesscompleet.nl.
47. *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 058, nr. 6, blz. 5.
48. *Kamerstukken II*, 2007-2008, 29 752, nr. 7, blz. 8.

gebruik te maken van technieken als regelend recht, modellen of keuzemogelijkheden hoop ik ook te vermijden dat voor nieuwe gebruikersbehoeften een afzonderlijke rechtsvorm moet worden bedacht'.[49] De voorzitter van de vaste commissie voor Justitie in de Tweede Kamer sluit zich hierbij aan: *'Het beperken van de aansprakelijkheid van vennoten in een personenvennootschap is geen eenvoudige exercitie en vergt afwijking van traditionele concepties op dit terrein. Na de ophanden zijnde vereenvoudiging biedt de bv een flexibele rechtsvorm met beperkte aansprakelijkheid. De minister spreekt de hoop uit dat de ophanden zijnde vereenvoudiging van het bv-recht een goed alternatief biedt voor de complicaties van een personenvennootschap'*.

De minister van Justitie benadrukt voorts dat het verhoogde aansprakelijkheidsrisico van de openbare vennootschap ten opzichte van de huidige personenvennootschappen ook beperkt kan worden door het hanteren van praktijk-BV's als vennoten.[50] Hierbij kan eventueel ook gekozen worden voor een dubbeldekkerstructuur waarbij boven de praktijk-BV's *personal holdings* aanwezig zijn.[51] De keuze voor de ene of andere constructie ligt voor ondernemers en het vrije beroep echter niet voor de hand.[52] Bovendien is de natuurlijk persoon die via een BV deelneemt in de personenvennootschap niet onder alle omstandigheden gevrijwaard van aansprakelijkheid. Bijvoorbeeld als hij persoonlijk aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad of als bestuurder van de praktijk-BV. Uit hoofde van zijn bestuurderschap kan de beroepsbeoefenaar op grond van artikelen 2:9 BW en 2:248 BW persoonlijk aansprakelijk worden gesteld wanneer sprake is van onbehoorlijk bestuur (dat een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de BV). Het is dus niet honderd procent zeker of deze hulpconstructies inderdaad – onder alle omstandigheden – juridisch waterdicht zullen blijken.[53] Ook zullen de praktijk-BV's geconfronteerd worden met de (bezwarende) regels van het rechtspersonenrecht. Dat vrije beroepsbeoefenaren en ondernemers moeten kiezen voor

49. *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 752, nr. 2, blz. 16.
50. *Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 746, nr. 5, blz. 15.
51. De dubbeldekkerstructuur houdt in dat boven de praktijk-BV's *personal holdings* aanwezig zijn. De *holding*-BV dient voor fiscale doeleinden en kan bovendien worden gebruikt voor de opbouw van een pensioen. De *personal holdings* kunnen niet aansprakelijk gesteld worden en er is geen mogelijkheid tot intern regres aangezien zij geen vennoten zijn. De aandelen van de natuurlijk persoon in de *holding* kunnen echter wel uitgewonnen worden wanneer deze in privé aansprakelijk is (Asser/Maeijer 5-V, nr. 106a).
52. Brunschot, F.W.G.M. (1995), *supra* noot 43, blz. 26-31.
53. Mohr A.L. (1995), *supra* noot 42, blz. 2-13.

een kapitaalvennootschap of voor constructies met praktijkvennootschappen, duidt op een oneigenlijke rechtsvormdwang.[54] Verschillende advocatenkantoren hebben hun vennootschapsvorm inmiddels omgezet in een Engelse LLP.[55]

De expertgroep voor de flexibilisering van het BV-recht meldt in haar rapport dat zij voorstander is van het oplossen van knelpunten binnen het huidige BV-recht, in plaats van het introduceren van een nieuwe rechtsvorm.[56] Deze *one-size-fits-all*-benadering is overgenomen in het Wetsvoorstel flex-BV. In de memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel stelt de minister van Justitie dat de reden van afwijzing van een nieuwe rechtsvorm mede gelegen is in de vertrouwdheid van de praktijk met de huidige BV-regeling en dat een te ingrijpende wijziging van de wettelijke regeling teveel inspanningen zou vereisen van zowel ondernemers als de juridische adviespraktijk. Ook zouden de bestaande jurisprudentie en doctrine rond de huidige BV wellicht deels hun waarde verliezen. Hierdoor zou onzekerheid worden geschapen voor de deelnemers aan het rechtsverkeer. Een nieuwe rechtsvorm zou volgens de minister ook niet de knelpunten oplossen die in het BV-recht zijn onderkend. Het ontwerpen van een geheel nieuwe rechtsvorm zou daarnaast lang duren, terwijl de omstandigheden op nationaal en internationaal niveau vragen om een herziening op korte termijn. De minister geeft aan dat de ontwikkelingen op dit punt gelet op het WODC-onderzoek naar de Anglo-Amerikaanse LLP en LLC niet stilstaan.[57]

---

54. Vgl: Raaijmakers, M.J.G.C. (1999), *supra* noot 34, in: W.W. Bratton et al. (1999), *supra* noot 34, blz. 3. In de parlementaire geschiedenis van de nieuwe Titel 7.13 is te lezen dat de minister niet de indruk heeft dat er een vlucht plaatsvindt vanuit de stille maatschappen of praktijkvennootschappen in besloten of naamloze vennootschappen (*Kamerstukken I*, 2006-2007, 28 746, E, blz. 10). Deze vlucht heeft wel degelijk plaatsgevonden. Onder de advocatenkantoren was De Brauw Blackstone Westbroek in 1998 de eerste die de maatschap omzette in een NV. Advocaten kantoren Stibbe en NautaDutilh volgde enkele jaren later (V. Andriessen, (2006), 'De maatschap is een relikwie aan het worden', Het Financieele Dagblad van 22 december 2006). In de jaren 2006-2008 is een piek waar te nemen in deze omzettingen. Inmiddels is het overgrote deel van de advocatenkantoren uit de top-50 omgezet in een NV.
55. Het kantoor Holland van Gijzen is op 1 juli 2008 het eerste Nederlandse advocatenkantoor dat de Engelse LLP vorm heeft aangenomen. De NV-vorm was ook overwogen maar volgens Holland van Gijzen was de LLP de beste vorm voor hen omdat deze beperkte aansprakelijkheid biedt, maar tegelijkertijd de geest van de maatschap intact blijft (Nieuwsbericht van 9 juli 2008 op de site www.advocatie.nl). Ook Ernst &Young, het accountantskantoor waarmee Holland van Gijzen een strategische alliantie heeft, heeft zich omgezet in een LLP. Andere kantoren die in Nederland opereren in een LLP-vorm zijn onder andere Freshfields Bruckhaus Deringer, Allen&Overy, Linklaters, Lovells, Simmons&Simmons en Norton Rose.
56. Memorie van toelichting bij Ambtelijk Voorontwerp eerste tranche, *supra* noot 21, blz. 4.
57. *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 3.

6.3.7 Conclusies en aanbevelingen uit het WODC-onderzoek

De belangrijkste conclusie uit het WODC-onderzoek sluit aan bij het standpunt van de minister namelijk dat de bruikbaarheid van het Nederlandse ondernemingsrecht kan worden verbeterd zonder dat nieuwe rechtsvormen worden ingevoerd.[58] De onderzoekers benadrukken dat deze keuze voor een belangrijk deel afhankelijk is van subjectieve inzichten en daarnaast samenhangt met het gegeven dat bepaalde zaken in het wetsvoorstel flex-BV nog moeten worden aangepast.[59] De onderzoekers adviseren bijvoorbeeld het proces van flexibilisering van het ondernemingsrecht verder te voeren dan nu het geval is.[60] Zij bevelen aan om meer vrijheid aan de gebruikers van rechtsvormen te bieden zodat zij de rechtsvorm naar eigen inzicht kunnen inrichten. Voor het BV-recht vinden zij dat er aanleiding is tot bezinning over het uitgangspunt dat dit recht in beginsel dwingend hoort te zijn (artikel 2:25 BW).[61] Daarnaast adviseren zij nader onderzoek te doen naar de combinatie van beperkte aansprakelijkheid en fiscale transparantie in één rechtsvorm.[62] Over het vasthouden aan de huidige rechtsvormen met het oog op de vertrouwdheid hiermee, zeggen de onderzoekers dat het kan leiden tot verstarring, inefficiëntie en onbillijke verhoudingen. De bepaling van het juiste midden tussen verstarring en activisme achtten zij echter niet hun taak.[63]

In het Wetsvoorstel flex-BV wordt vastgehouden aan de huidige wetsystematiek van dwingend recht en niet voor een model dat ervoor zou kunnen zorgen dat een nieuwe rechtsvorm achterwege gelaten kan worden.[64] In de volgende paragrafen ga ik na of de *one-size-fits-all* flex-BV samen met de personenvennootschapvormen wel de gewenste combinaties van vennootschapstructuren, aansprakelijkheidsregelingen en fiscale classificaties bieden aan het MKB en de beoefenaren van het vrije beroep. Daarna kom ik bij de vragen of een Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid, in weerwil van het standpunt van de minister van Justitie, toch niet gewenst is en op welke

58. Blanco Fernández, J.M. en M. van Olffen (2007), Blanco Fernández, J.M. en M. van Olffen (2007), 'Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's; onderzoek in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum Ministerie van Justitie', Deventer: Kluwer, blz. XIII.
59. Blanco Fernández, J.M. en M. van Olffen (2007), *supra* noot 58, blz. 101.
60. Blanco Fernández, J.M. en M. van Olffen (2007), *supra* noot 58, blz. XIII.
61. Blanco Fernández, J.M. en M. van Olffen (2007), *supra* noot 58, blz. XVI en blz. 97.
62. Blanco Fernández, J.M. en M. van Olffen (2007), *supra* noot 58, blz. XIII.
63. Blanco Fernández, J.M. en M. van Olffen (2007), *supra* noot 58, blz. 103.
64. Er wordt in het Wetsvoorstel flex-BV zoals gezegd vastgehouden aan het dwingendrechtelijke uitgangspunt en daarnaast is afgezien van door de overheid opgestelde modelstatuten. Zie hiervoor: *Kamerstukken II,* 2006-2007, 31 058, nr. 3, blz. 6-7.

wijze een dergelijke rechtsvorm in de nieuwe vennootschapswetgeving een plaats zou kunnen krijgen.

6.4 Gewenste vennootschappelijke structuur voor het MKB en de vrije beroepsbeoefenaren

Bij de vraag naar de meest gewenste vennootschapstructuur voor het MKB en de vrije beroepsbeoefenaren is de aard van de relatie tussen de betrokkenen bij de vennootschap doorslaggevend. Is er sprake van gemeenschappelijke belangen of juist conflicterende belangen van de betrokkenen? Zullen de betrokkenen bij het uitoefenen van hun invloed op de vennootschap voornamelijk bezorgd zijn om hun persoonlijke (financiële) belang of wordt er samengewerkt in het kader van het gemeenschappelijk belang? Bij kleine ondernemingen vallen deze belangen veelal samen omdat de twee posities, bestuurder en aandeelhouder, vaak in één persoon vertegenwoordigd zijn. De meeste beroepsbeoefenaren zullen zoeken naar mogelijkheden tot samenwerking. Bij hen ligt de nadruk niet zozeer op de kapitaalinbreng maar op de persoonlijke kwaliteiten van de medeberoepsbeoefenaren. Deze verschillende kenmerken van de verhouding tussen de betrokkenen (unitarisch tegenover *adversary*: zie hiervoor paragrafen 3.2.1 en 3.2.2), bepalen welk juridisch karakter van een rechtsvorm het beste aansluit om efficiëntie bij de uitvoering van de specifieke bedrijfs- of beroepsactiviteiten te bewerkstelligen.

6.4.1 Het juridische karakter van de BV

De BV en de OV/OVR hebben een verschillend juridisch karakter. De OV en OVR zijn contractuele rechtsvormen die gebaseerd zijn op een persoonsgebonden samenwerking. De BV is een door het rechtspersonenrecht geregelde vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal en is gericht op het behalen van geldelijk voordeel voor de aandeelhouders.[65] Bij de BV wordt de enige mogelijkheid om te participeren gecreëerd door het inbrengen van kapitaal. Een aandeel is een bijzonder vorderingsrecht en vertegenwoordigt niet een contractuele aanspraak maar een nominale waarde en leidt afhankelijk van het soort aandeel tot een economische deelgerechtigdheid.[66] De statuten kunnen niet als contract worden aangemerkt. In beginsel is iedere toekomstige aandeelhouder

65. *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 4, blz. 6.
66. Zaman, D.F.M.M. (2004), 'De vennootschap (titel 7.13 BW): een hybridisch schepsel dat uitstekend past in de flexibilisering van het ondernemingsrecht', WPNR 04/6583, blz. 499-506.

aan de statuten gebonden door verwerving van aandelen.[67] De BV heeft derhalve een institutioneel karakter, waarbij samenwerking niet is vereist. Dit komt onder andere tot uiting in de mogelijkheid een BV op te richten met een enkele aandeelhouder.

Uitgangspunt bij de BV is dat aan alle aandelen in verhouding tot hun bedrag gelijke rechten en verplichtingen zijn verbonden.[68] Dit betekent niet dat binnen de BV per definitie een gelijkwaardige positie tussen de participanten aanwezig is. Dit komt onder andere terug in de stemrechtverhoudingen en de winstuitkering. Het stemrecht van een aandeelhouder is afhankelijk van de nominale waarde van zijn aandelen.[69] Indien de ene aandeelhouder een grotere nominale waarde aan aandelen bezit dan de andere aandeelhouder, zal de eerste aandeelhouder derhalve een grotere stem hebben in de besluitvorming en ontstaat er ongelijkheid. Aan bepaalde aandelen kunnen door de vennootschap bijzondere zeggenschapsrechten worden verbonden, de zogenoemde prioriteitsaandelen.[70] Op grond van artikel 2:228 van het Wetsvoorstel flex-BV kunnen de statuten bepalen dat bepaalde aandelen recht geven op het uitbrengen van meer dan een stem (meervoudig stemrecht), al dan niet voor bepaalde besluiten of dat aan bepaalde aandelen voor bepaalde besluiten geen stemrecht is verbonden. In het Wetsvoorstel flex-BV is opgenomen dat bepaald kan worden dat aandelen van een bijzondere soort of aanduiding, geen of slechts beperkt recht geven tot deling in de winst of reserves van de vennootschap, mits deze aandelen wel stemrecht hebben.[71] Het onpersoonlijke karakter van de BV wordt in het Wetsvoorstel flex-BV nog verder benadrukt door het facultatief maken van de blokkeringsregeling.[72]

6.4.2 Dwingend BV-recht/duale orgaanstructuur

Traditioneel is het Nederlandse recht voor kapitaalvennootschappen in beginsel dwingend van aard.[73] Artikel 2:25 BW bepaalt dat van de bepalingen van Boek 2 slechts kan worden afgeweken, voor zover dat uit de wet blijkt. Dit betekent

67. D.F.M.M. Zaman (2008), 'Karakterverschillen tussen de flexibele BV en de personenvennootschap', in: J.M.M. Maeijer (2008), 'Flexibele rechtsvormen', Serie vanwege het van der Heijden instituut, Deventer: Kluwer, blz. 26.
68. Artikel 2:201 BW.
69. Artikel 2:228 lid 3 BW.
70. Artikel 2:201 lid 3 BW.
71. Artikel 2:216 lid 5 en 2:228 lid 5 Wetsvoorstel flex-BV. In het oorspronkelijke Wetsvoorstel was dit neergelegd in Artikel 2:216 lid 7.
72. Vgl: Zaman, D.F.M.M. (2004), *supra* noot 66, blz. 499-506.
73. Tervoort A.J.S.M. (2005), 'Van jurisdictionele competitie naar jurisdictionele competentie in besloten vennootschapsverhoudingen?', Lustrum Bundel Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, 'Tussen Themis en Mercurius', Deventer: Kluwer, blz. 331-351.

dat er weinig vrijheid is voor ondernemers om 'hun' vennootschap naar eigen wens in te richten. De huidige BV-regeling vereist dat de orgaanstructuur van de vennootschap uit twee formeel gescheiden organen bestaat: een bestuur en een algemene vergadering van aandeelhouders.[74] Het bestuur is belast met het bestuur van de vennootschap en kan de vennootschap naar buiten toe vertegenwoordigen.[75] Deze vertegenwoordigingsbevoegdheid is onbeperkt en onvoorwaardelijk.[76] Aan de AVA komen binnen de door de wet gestelde grenzen bevoegdheden toe die niet aan het bestuur of aan anderen zijn toegekend.[77] Aan deze scheiding ligt de gedachte ten grondslag dat een afzonderlijk bestuursorgaan een zelfstandige belangenafweging bevordert, die breder is dan alleen het belang van de aandeelhouders. De scheiding tussen de aandeelhoudersfunctie en de bestuursfunctie zou zo de continuïteit van de vennootschap dienen. Het dwingendrechtelijke karakter van het kapitaalvennootschapsrecht is in de praktijk steeds zwaarder gaan drukken, zeker in persoonsgebonden, besloten samenwerkingsverhoudingen.[78] De wettelijk voorgeschreven duale orgaanstructuur met een aandeelhoudersvergadering en een bestuur wordt door sommige ondernemers als lastig ervaren.[79] Met name in situaties met een directeur-grootaandeelhouder is de duale bestuursstructuur feitelijk niet aanwezig.[80] De scheiding heeft dan een nogal theoretisch karakter. Ook in *joint-venture* verhoudingen rijst wel de vraag of de aandeelhoudersvergadering niet tevens als bestuur zou moeten worden aangemerkt.[81] De wet vereist echter ook in deze gevallen dat de regels over de bevoegdheden van de verschillende organen inclusief die over de benoeming, de schorsing en het ontslag van de bestuurder(s) worden nageleefd.[82] De vraag is telkens in hoeverre de wettelijke bepaling afwijking in statuten, bij besluit of bij overeenkomst toestaat.[83] Er is dan ook gesteld dat behoudzucht aan de versoepeling in de weg staat, en dat als

74. De scheiding tussen het bestuur en de algemene vergadering dient niet verward te worden met de scheiding tussen het bestuur en de raad van commissarissen. Het begrip 'dualistische of duale orgaanstructuur' verwijst naar de scheiding tussen het bestuur en de algemene vergadering van aandeelhouders en het begrip 'dualistische bestuursstructuur' verwijst naar de scheiding tussen het bestuur en de raad van commissarissen.
75. Artikelen 2:239 en 2:240 BW.
76. Artikel 2:7 en 2:240 BW en vergelijk: D.F.M.M. Zaman (2008), *supra* noot 67, in: J.M.M. Maeijer (2008), *supra* noot 67, blz. 33.
77. Artikel 2:217 BW.
78. Tervoort A.J.S.M. (2005), *supra* noot 73, blz. 331-351.
79. Memorie van toelichting bij Ambtelijk Voorontwerp eerste tranche, *supra* noot 21, blz. 8 en *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 3, blz. 10 en Kluiver, H.J. de et al. (2004), *supra* noot 14, blz. 21.
80. Leemrijse, J.J.C.A. (2005), 'De Eerste Tranche van het vereenvoudigd BV-recht', Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2005-2, blz. 39-46.
81. Kluiver, H.J. de et al. (2004), *supra* noot 14, blz. 21.
82. *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 3, blz. 10.
83. Schilfgaarde, P. van (2009), *supra* noot 13, nr. 8.

men echt wil versoepelen, 'stoelen uit het raam geworpen moeten worden' en oude doctrines moeten worden losgelaten.[84]

De expertgroep is van mening dat voor de BV de toepasselijkheid van artikel 2:25 BW heroverweging verdient.[85] Wanneer het BV-recht in beginsel zou gaan bestaan uit regelend recht zou de flexibiliteit die met het Wetsvoorstel flex-BV wordt beoogd, sterker worden benadrukt.[86] Om een aantal redenen is er echter voor gekozen om het dwingendrechtelijk uitgangspunt bij de BV te handhaven. Een systeem van regelend recht zou afwijken van de regeling voor de overige rechtspersonen in Boek 2 BW. De regels in het algemeen deel van Boek 2 BW zouden dan van regelend recht zijn voor de BV en dwingendrechtelijk voor de overige rechtspersonen. Wetsystematisch is dit volgens de minister van Justitie geen wenselijke uitkomst. In de memorie van toelichting staat in dit verband dat van belang is dat de keuze voor het uitgangspunt van regelend recht bij de personenvennootschap is gedaan tegen de achtergrond van het stelsel in Boek 7 BW, dat in beginsel bepalingen van regelend recht bevat.[87] De invoering van meer regelend recht voor de BV kan volgens de commissie vennootschapsrecht ook met handhaving van de thans geldende systematiek gebeuren. In die systematiek rechtvaardigt het meer institutionele karakter van de rechtspersonen in Boek 2 BW volgens de commissie de toepassing van een in beginsel dwingend regime. De ruimte om van het dwingende uitgangspunt af te wijken neemt met het Wetsvoorstel flex-BV wel toe.[88] Volgens de memorie van toelichting kan een belangrijk deel van de formaliteiten die samenhangen met de verplichte duale structuur en mogelijk knellend werken bij een BV met een directeur-grootaandeelhouder, worden weggenomen door het vergemakkelijken van besluitvorming buiten de aandeelhoudersvergadering.[89] Dit sluit aan bij het standpunt van de expertgroep.[90] De mogelijkheid tot het nemen van besluiten buiten vergadering wordt in de nieuwe regeling door enkele belangrijke wijzigingen wel versoepeld. Een statutaire basis voor deze wijze van besluitvorming is niet meer vereist. Als alle vergadergerechtigden met de besluitvorming buiten vergadering hebben ingestemd en de bestuurders en de

84. Fleming, J. (2004), 'Verslag van het vijftiende congres van het Instituut voor ondernemingsrecht: de vereenvoudiging van het BV-recht', Ondernemingsrecht 2004/14, blz. 537-544.
85. Kluiver, H.J. de et al. (2004), *supra* noot 14, blz. 3.
86. *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 3, blz. 6.
87. Zie ook: *Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 746, nr. 5, blz. 5.
88. *Kamerstukken II,* 2006-2007, 31 058, nr. 3, blz. 6.
89. *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 3, blz. 10. In *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 058, nr. 6, blz. 2 is aangeven dat nader onderzoek nodig zal zijn om te bepalen welke categorieën van regelingen in aanmerking zouden kunnen komen voor een regeling buiten de statuten en welke gevolgen dit zou hebben voor de positie van derden.
90. Kluiver, H.J. de et al. (2004), *supra* noot 14, blz. 23-24.

commissarissen voorafgaand aan de besluitvorming in de gelegenheid zijn gesteld om advies uit te brengen, kan de besluitvorming plaatsvinden volgens de algemene regels voor besluitvorming in vergadering.[91] Het Wetsvoorstel flex-BV biedt echter weinig ruimte tot afwijken als het gaat om oprichtingsregels en de regels waarin informatieverplichtingen zijn opgenomen. De BV moet bijvoorbeeld bij notariële akte worden opgericht. Een jaarverslag of voor de kleine BV, een vereenvoudigde balans met verkorte toelichting moet gepubliceerd worden. Hierdoor leiden de versoepelingen in veel gevallen niet tot een kwantitatieve vermindering van de administratieve lasten.[92]

6.4.3 Het juridische karakter van de personenvennootschap

De personenvennootschap is in tegenstelling tot het institutionele karakter van de BV juist persoonlijk en gericht op samenwerking, het is een overeenkomst.[93] In de memorie van toelichting staat dat deze samenwerking een min of meer gelijkwaardige positie van vennoten betekent. Ook in de nota naar aanleiding van het verslag wordt dit benadrukt. Ten opzichte van het huidige recht wordt deze samenwerking in Wetsvoorstel Titel 7.13 expliciet tot uitdrukking gebracht in artikel 7:800 lid 1: *'Vennootschap is de overeenkomst tot samenwerking voor gemeenschappelijke rekening van twee of meer personen, de vennoten, welke samenwerking is gericht op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel ten behoeve van alle vennoten door middel van inbreng door ieder van de vennoten'*. Een overeenkomst die voldoet aan deze definitie wordt als een overeenkomst van vennootschap aangemerkt. Een vennoot heeft een contractueel recht, een recht op waarde van het aandeel dat men in het vermogen van de vennootschap heeft, maar dat men niet meteen kan effectueren.[94] Partijen bij de overeenkomst (vennoten) kunnen zowel natuurlijke als rechtspersonen zijn. De inbreng van de vennoten bestaat uit het ten behoeve van

91. Dat wil zeggen dat besluiten in beginsel worden genomen bij volstrekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen. Hiermee wordt het unanimiteitsvereiste bij besluitvorming buiten vergadering losgelaten. Artikel 2:238 lid 1 Wetsvoorstel flex-BV, artikel 2:227 Wetsvoorstel flex-BV en artikel 2:230 Wetsvoorstel flex-BV. Zie ook: *Kamerstukken II,* 2006-2007, 31 058, nr. 3, blz. 88. Er wordt niet voorgeschreven dat de instemming schriftelijk moet zijn verleend: *Kamerstukken II,* 2006-2007, 31 058, nr. 3, blz. 88.
92. *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 3, blz. 9.
93. Partijen dienen met de overeenkomst een gemeenschappelijk economisch voordeel te beogen (vgl: Asser/Maeijer 5-V, nr. 32). Het aangaan van de overeenkomst van een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid is niet aan bepaalde vormvereisten onderworpen en kan zowel mondeling als schriftelijk, nadrukkelijk als stilzwijgend gebeuren. Naar alle waarschijnlijkheid zal veelal een akte worden opgemaakt (vgl: J.E.M. Akveld et al. (2001), *supra* noot 12, blz. 49-50).
94. Vgl: Maeijer in het Verslag van de Vergadering van de Vereeniging Handelsrecht van 6 november 1998 in: J.M.M. Maeijer (1998), 'Vraagpunten en adviezen over titel 13 van Boek 7 inzake de personenvennootschappen', Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, blz. 38.

de samenwerking leveren van een prestatie, zoals het ter beschikking stellen van geld, goederen, genot van goederen of arbeid en behoeft niet gelijkwaardig te zijn aan elkaar.[95]

Vereist is dat uit de inhoud van de overeenkomst is af te leiden dat partijen de wil hebben om duurzaam samen te werken op voet van gelijkheid.[96] Dit onderscheidt de overeenkomst van vennootschap van andere overeenkomsten en van kapitaalvennootschappen. Wat precies de inhoud van de samenwerkingsverplichting is, zal van geval tot geval moeten worden beslist.[97] Concretisering van de gelijkheidsgedachte komt terug in de (aanvullende) regels van het personenvennootschapsrecht. Zo is bijvoorbeeld iedere vennoot in beginsel een besturend vennoot en bevoegd voor rekening van de vennootschap alle rechtshandelingen te verrichten die gelet op het doel van de vennootschap tot haar normale werkzaamheden behoren.[98] Voor het verrichten van andere rechtshandelingen voor de rekening van de vennootschap behoeft de vennoot de instemming van de andere vennoten.[99] Daarnaast is in het Wetsvoorstel Titel 7.13 de hoofdregel dat iedere vennoot ongeacht de waarde van zijn inbreng, in beginsel voor een gelijk deel in de winsten en verliezen deelt.[100] In de praktijk zal in tal van gevallen een afwijkende verdeelsleutel worden overeengekomen.[101] Een vennoot mag echter niet volledig worden uitgesloten van de winstdeling.[102] Hierdoor zou het wezenlijke kenmerk van vennootschap van artikel 7:800 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13 (*'samenwerking van de vennoten gericht op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel ten behoeve van alle vennoten'*), ontbreken. Wel kan overeengekomen zijn dat een vennoot niet hoeft bij te dragen aan de verliezen, zoals een commanditaire vennoot.[103] Een plicht tot aanzuivering van het verlies is niet als hoofdregel opgenomen.[104] De interne aansprakelijkheid wordt in de paragrafen 6.5.8 – 6.5.10 nader besproken. Andere vormen van gelijkheid komen terug in de regel dat alle vennoten dienen in te stemmen met de toetreding van een nieuwe vennoot[105]

95. Artikel 7:805 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13.
96. Deze verplichting is niet expliciet in de wet geregeld, maar volgt onder andere uit artikel 6:248 BW.
97. Vgl: Asser/Maeijer 5-V, nr. 46.
98. Artikelen 7:809 en 7:810 Wetsvoorstel Titel 7.13 en *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 17.
99. Artikel 7:810 lid Wetsvoorstel Titel 7.13.
100. Artikel 7:815 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13.
101. Vgl: Wijk, R.J.A. van (2008), 'Wetsvoorstel personenvennootschappen: administratie; winst en verlies', Vastgoedrecht 2008-3, blz. 77-79.
102. Artikel 7:815 lid 4 Wetsvoorstel Titel 7.13.
103. Artikel 7:815 lid 4 Wetsvoorstel Titel 7.13. De regel voor de commanditaire vennoot is neergelegd in artikel 7:836a Wetsvoorstel Titel 7.13.
104. Artikel 7:816 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13.
105. *Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 746, nr. 5, blz. 9.

en er tussen de vennoten geen verhouding van ondergeschiktheid mag bestaan. Een arbeidsovereenkomst tussen een vennoot en de vennootschap is verboden.[106] Een volstrekte gelijkwaardigheid behoeft echter niet te bestaan. Aan de vennoten is grote vrijheid gelaten om een gepaste regeling te treffen voor de eigen specifieke samenwerking. Dit komt tot uiting in het feit dat het personenvennootschapsrecht in overwegende mate van regelend recht is. Het voorgestelde artikel 7:804 Wetsvoorstel Titel 7.13 waarin werd bepaald dat van de bepalingen van titel 7.13 slechts kon worden afgeweken voor zover dat uit de wet blijkt, is in het Wetsvoorstel Titel 7.13 komen te vervallen.[107] De inrichting van de vennootschapstructuur is bij de OV en de OVR overgelaten aan de vennoten en bij de besluitvorming worden de vennoten nauwelijks gehinderd door wettelijke (procedure)voorschriften. Ook zijn de vennoten vrij om de vermogensstructuur van de personenvennootschap naar eigen goeddunken in te richten. Voor veel kleine vennootschappen is de interne structuur van de personenvennootschap het meest efficiënt.[108]

6.4.4 Welke vennootschappelijke structuur is voor het MKB en de vrije beroepsbeoefenaren wenselijk?

De BV is door haar dwingendrechtelijke interne inrichting te star om te kunnen worden ingezet als vehikel voor persoonlijke samenwerking.[109] Omdat bij het MKB een feitelijke scheiding tussen bestuur en financiering in het overgrote deel van de gevallen vrijwel niet aanwezig is, blijft het BV-recht voor de vennootschapstructuur veelal ongeschikt voor het MKB. Ook de beoefenaren van het vrije beroep geven vaak de voorkeur aan de contractsvrijheid van de personenvennootschap en prefereren daarom een rechtsvorm gericht op samenwerking. Door de flexibilisering en vereenvoudiging van de BV zal dit enigszins verbeteren, maar door de handhaving van dwingendrechtelijke regels blijft de BV-regeling tegen het NV-recht aanleunen en zal zij niet de gewenste vrijheid verschaffen. De personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid

106. Artikel 7:800 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13.
107. De vraag of een bepaling van dwingerechtelijke aard is of dat het gaat om regelend recht dient afgeleid te worden uit de formulering van de bepaling, of kan voorvloeien uit de aard van de bepaling (*Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 065, nr. 15, blz. 4). De uiteindelijke keuze voor regelend recht maakt het volgens de minister beter mogelijk onderscheid te maken tussen verschillende gradaties van dwingend recht (*Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 746, nr. 5, blz. 5).
108. McCahery, J.A. en E.P.M. Vermeulen (2005a), *supra* noot 2, blz. 382-391.
109. Tervoort, A.J.S.M. (2003b), 'Bestuur en vertegenwoordiging', in: M.J.G.C. Raaijmakers et al. (2003a), 'Herziening persoonsgebonden ondernemingsvormen; Enkele kanttekeningen bij het wetsvoorstel tot invoering van titel 7.13 BW, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, blz. 69-84.

kan dat wel. De voorbeelden uit de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk tonen dat aan.

6.5 Gewenst aansprakelijkheidsregime voor het MKB en de vrije beroepsbeoefenaren

Uit onderzoek naar de overwegingen die een rol spelen bij de rechtsvormkeuze, in het bijzonder de keuze voor een BV tegenover de eenmanszaak, maatschap, VOF en CV, is gebleken dat voor MKB-ondernemers de beperkte aansprakelijkheid, het kunnen afscheiden van vermogen en het fiscale aspect de belangrijkste overwegingen zijn geweest om te kiezen voor een BV. Deze redenen hebben over het geheel een vrijwel gelijk gewicht in de afweging.[110] De beperking van de aansprakelijkheid van de aandeelhouders van de BV is expliciet opgenomen in artikel 2:175 lid 1 derde zin van het Wetsvoorstel flex-BV: *'(...) [E]en aandeelhouder is niet persoonlijk aansprakelijk voor hetgeen in naam van de vennootschap wordt verricht en is niet gehouden boven het bedrag dat op zijn aandelen behoort te worden gestort in de verliezen van de vennootschap bij te dragen, onverminderd het bepaalde in artikel 192'*. De rechtsvormen die onder de categorie personenvennootschappen vallen bieden deze bescherming niet. De onbeperkte persoonlijke aansprakelijkheid voor (beroeps)fouten of tekortkomingen van medevennoten, die gepaard gaat met een personenvennootschap, fungeert vaak als de *bottleneck* bij de keuze voor deze rechtsvorm. In de volgende paragrafen bespreek ik de aansprakelijkheidsregeling uit het Wetsvoorstel Titel 7.13 voor de OV en de OVR, de mogelijkheden om deze onbeperkte aansprakelijkheid toch in te perken en de doeltreffendheid daarvan.

6.5.1 Externe aansprakelijkheid bij de vennootschappen uit Titel 7.13

Wanneer de personenvennootschap rechtsgeldig vertegenwoordigd is, ontstaat er een gebondenheid, die in de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel Titel 7.13 wordt aangeduid als vennootschappelijke schuld of zaaksschuld.[111] Deze schuld kan rechtstreeks op het vennootschappelijke vermogen (waarvan sprake is bij een OVR) respectievelijk op de vennootschappelijke gemeenschap

110. Braaksma, R. en K. Bangma (2004), 'Het MKB en de BV – Achtergronden van de keuze van ondernemers', EIM Onderzoek voor Bedrijf en Beleid, blz. 4. en K.L. Bangma en A. de Ridder (2004), 'Rechtsvormkeuze in het MKB', Zoetermeer: EIM Onderzoek voor Bedrijf en Beleid, blz. 43-46.

111. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 19. Er kunnen ook verbintenissen van de vennootschap ontstaan door het handelen van de vereffenaars. Ook in dat geval geldt artikel 7:813 Wetsvoorstel Titel 7.13. Zie: artikel 7:829 Wetsvoorstel Titel 7.13.

(in alle andere gevallen) worden verhaald.[112] Daarnaast kunnen de individuele vennoten primair persoonlijk aansprakelijk worden gesteld en niet slechts subsidiair, dat wil zeggen niet slechts nadat eerst de vennootschap en/of de schade veroorzakende vennoot zijn aangesproken.[113] In verschillende rechtsstelsels is de hoofdelijke verbondenheid in tegenstelling tot de Nederlandse traditie een subsidiaire.[114] De draagwijdte van dit tweede vorderingsrecht van de schuldeiser verschilt naar gelang het gaat om een openbare vennootschap of een stille vennootschap. De hoofdregels voor deze persoonlijke aansprakelijkheid zijn opgenomen in artikel 7:813 Wetsvoorstel Titel 7.13. De aansprakelijkheidsregels voor de commanditaire vennootschap zijn opgenomen in de artikelen 7:836a en 7:837 Wetsvoorstel Titel 7.13.

6.5.2 De aansprakelijkheid bij de OV/OVR: artikel 7:813 Wetsvoorstel Titel 7.13

Artikel 7:813 Wetsvoorstel Titel 7.13 heeft betrekking op de aansprakelijkheid van de vennoten jegens derden. Het artikel ziet niet op de onderlinge verhouding van de vennoten en heeft dus geen betekenis voor de vraag of tussen de vennoten een regresmogelijkheid bestaat. Uit de formulering van de bepaling blijkt dat de bepaling van dwingend recht is. Omdat de verhouding tot derden in het geding is, heeft deze bepaling een dwingendrechtelijk karakter. Ter bescherming van hun belangen moet het niet mogelijk zijn in de overeenkomst van vennootschap met afwijkende bepalingen over de aansprakelijkheid aan de bescherming van deze derden afbreuk te doen.[115] In verbintenissen met derden zelf, mag overigens hiervan wel worden afgeweken. Dat is gelet op wat gebruikelijk onder 'dwingend recht' wordt verstaan wel opmerkelijk. Het artikel ziet niet op een onbevoegd handelend vennoot. Ten aanzien van die vennoot gelden dan de regels die in het Burgerlijk Wetboek 3 zijn gegeven (zie: artikel 3:70 in verbinding met 3:78 BW).[116]

Artikel 7:813 Wetsvoorstel Titel 7.13 luidt als volgt:

(1) De vennoten van een openbare vennootschap zijn hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap.

---

112. Artikelen 7:805 en 7:806 Wetsvoorstel Titel 7.13. Vergelijk: J.B. Huizink (2003), 'Vertegenwoordiging door en aansprakelijkheid van vennoten', WPNR 03/6524, blz. 227-235.
113. Portier, G.M. en D.F.M.M. Zaman (2003), 'Het einde van de openbare maatschap als rechtsvorm voor vrije beroepsbeoefenaars?', Ondernemingsrecht 2003/9, blz. 326-333. Zie ook: Groene Serie Personenassociaties, Hoofdstuk 3, paragraaf 2.
114. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 19 onder noot 2.
115. *Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 746, nr. 5, blz. 15.
116. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 20.

(2) Indien een openbare vennootschap een opdracht heeft ontvangen, is ieder van de vennoten voor het geheel aansprakelijk ter zake van een tekortkoming in de nakoming, tenzij de tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend.
(3) De vennoten van een stille vennootschap zijn voor de verbintenissen van de vennootschap die een deelbare prestatie betreffen, ieder voor een gelijk deel verbonden, tenzij in de overeenkomst met de derde is bepaald dat zij voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zijn.

6.5.3 Artikel 7:813 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13

Ingevolge lid 1 van artikel 7:813 van Wetsvoorstel Titel 7.13 zijn vennoten van een openbare vennootschap (met of zonder rechtspersoonlijkheid) hoofdelijk aansprakelijk voor de verbintenissen van de vennootschap, tenzij in de overeenkomst met de derde anders is bepaald. De hoofdelijke gebondenheid vloeit voort uit het vervagen van het onderscheid tussen bedrijfsuitoefening en (mogelijk zelfs bedrijfsmatige) beroepsuitoefening.[117] Het verschil in aansprakelijkheidsregime uit hoofde van het verschil tussen bedrijf en beroep (zoals in het huidige recht) kan niet meer worden gerechtvaardigd.[118] De hoofdelijke aansprakelijkheid van artikel 7:813 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13 ziet op alle soorten verbintenissen. Hierdoor geldt de bepaling niet alleen voor de contractuele verbintenissen maar ook voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en aansprakelijkheid voor bijvoorbeeld belastingschulden. Een uitzondering hierop vormt de disculpatiemogelijkheid voor vennoten in artikel 7:813 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13, wanneer de verbintenis voortvloeit uit een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst van opdracht.

6.5.4 Artikel 7:813 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13

In lid 2 wordt het uitgangspunt van hoofdelijke aansprakelijkheid voor alle vennoten van lid 1 bij het aanvaarden van opdrachten verzacht.[119] Wanneer er sprake is van een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst van opdracht en een vennoot kan aantonen dat de tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend, is hij in het geheel niet aansprakelijk. Deze situatie kan zich voordoen als een vennoot namens een openbare vennootschap een opdracht aanneemt die onder zijn supervisie en zonder enige betrokkenheid van de andere vennoten wordt uitgevoerd. Als er bij de uitvoering een fout wordt gemaakt, dienen de overige vennoten aan te tonen dat die fout hen niet kan

117. Wezeman, J.B. (2003), 'Bevoegdheden, aansprakelijkheid en verhaal bij de personenvennootschap nieuwe stijl', Ondernemingsrecht 2003/4, blz. 99-104.
118. *Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 746, nr. 5, blz. 15.
119. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 19.

worden toegerekend in de zin van artikel 6:75 BW. Dit betekent dat de tekortkoming niet is te wijten aan de schuld van de vennoten, en noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor hun rekening komt. Om aan dit criterium te voldoen, is niet steeds voldoende dat de vennoten met de uitvoering van de opdracht geen betrokkenheid hadden; onder omstandigheden kan het ook van belang zijn of van de overige vennoten had mogen verwacht dat zij hadden ingegrepen.[120] De vraag of een beroep op de disculpatiemogelijkheid door een vennoot wordt toegestaan, kan dan een aangelegenheid van de rechter worden. Hoe de rechter hier mee om zal gaan, is niet op voorhand met zekerheid te zeggen. Wanneer de rechter aansluiting zoekt bij de lijn die gevolgd wordt inzake de bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW zal hij een dergelijk beroep niet snel honoreren.[121]

Het tweede lid van artikel 7:813 Wetsvoorstel Titel 7.13 sluit aan bij artikel 7:407 lid 2 BW, waar het gaat om een opdracht die door twee of meer personen tezamen is ontvangen.[122] Ofschoon bij een vennootschap die rechtspersoon is, het de rechtspersoon zelf is die de opdracht heeft ontvangen en niet de gezamenlijke vennoten, ligt het volgens de minister voor de hand dan eenzelfde regel te aanvaarden.[123] De bepaling heeft in het bijzonder betekenis voor openbare vennootschappen tot het uitoefenen van een beroep waarbij het veelal zal gaan om opdrachten tot dienstbetoon die verplichten tot niet bij voorbaat

---

120. *Kamerstukken I*, 2005-2006, 28 746, C, blz. 14. Er zijn maar weinig harde regels te formuleren waarmee invulling gegeven wordt aan dit criterium. Zie: H.J. Vetter (2008), 'Advocatuur en de nieuwe personenvennootschap', O&F 2008/1, blz. 6-15.
121. Vgl: Wezeman, J.B. (2003), *supra* noot 117, blz. 99-104.
122. In de literatuur bestaat verdeeldheid over de vraag of de in artikel 7:407 lid 2 BW geboden mogelijkheid om aan de hoofdelijkheid te ontkomen (de disculpatiemogelijkheid) bij de huidige personenvennootschappen zou mogen worden benut (zie onder andere: de benaderingen van Maeijer en van Mohr: J.M.M. Maeijer (1998), *supra* noot 94, blz. 10. Zie ook: Asser/Maeijer 5-V, nr. 116b en A.L. Mohr (1998), 'Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap', Deventer: Kluwer, blz. 116-117). De voorgestelde regeling van artikel 7:813 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 verschaft een expliciete disculpatiemogelijkheid voor de vennoten van de toekomstige personenvennootschappen. De minister van Justitie heeft hierover in het wetgevingsoverleg van 26 oktober 2009 het volgende gesteld: *'Die norm [te weten de norm uit artikel 7:813 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 dat vennoten zich kunnen verdisculperen: IW] is gelijk aan de norm die nu geldt voor gezamenlijke opdrachtnemers, in Boek 7 artikel 407, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek. Die nemen wij dus over in titel 7.13, om daarmee een einde te maken aan de twijfel bij sommige rechtsgeleerde auteurs of artikel 7:407, lid 2 ook geldt bij personenvennootschappen'*.
123. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 20. Vergelijk: A.J.S.M. Tervoort (2003a), 'Bestuur en gebondenheid tegenover derden', in: J.M. Gerretsen (red.) (2003), 'De vennootschap volgens titel 7.13 BW. Een civiele en fiscale verkenning van komend personenvennootschapsrecht', Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, blz. 93.

kwantitatief meetbare prestaties.[124] Alhoewel de minister van Justitie heeft gesteld dat artikel 7:813 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 eenzelfde regel geeft als artikel 7:407 lid 2 BW, bestaat er een verschil tussen de disculpatiegrond uit hoofde van beide bepalingen.[125] Wanneer een beroep op de disculpatie van artikel 7:813 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 van vennoten die tezamen een openbare vennootschap vormen slaagt, zijn zij niet volledig bevrijd van aansprakelijkheid, zoals de opdrachtnemers die onder artikel 7:407 lid 2 BW vallen. De beperking van de persoonlijke aansprakelijkheid op grond van artikel 7:813 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 laat namelijk allereerst het vorderingsrecht van de aansprakelijke vennoot tegen de vennootschap, en verhaalbaar op de vennootschappelijke gemeenschap respectievelijk het vennootschappelijk vermogen, onverlet. Daarnaast is de vennootschap zelf aansprakelijk en kan daardoor ook worden aangesproken door de derde.[126] In deze gevallen kan de aanzuiveringsplicht van de zich verdisculperende vennoten om de hoek komen kijken. In zoverre kunnen vennoten aan wie de tekortkoming niet kan worden toegerekend, toch schade lijden doordat één van hun medevennoten in de fout gaat bij de uitvoering van een overeenkomst van opdracht.[127] Artikel 7:813 Wetsvoorstel Titel 7.13 ziet alleen op de aansprakelijkheid jegens derden en niet op de interne regresmogelijkheden.[128] De tekortkoming in de nakoming van een door de vennootschap ontvangen opdracht kan verder onder omstandigheden ook gelden als een onrechtmatige daad van de vennootschap. Bij een beroepsfout wordt veelal aangenomen dat de handeling in het maatschappelijk verkeer aan de vennootschap kan worden toegerekend. Alle vennoten zijn in dat geval voor het geheel aansprakelijk zonder dat zij zich kunnen disculperen.[129] De verbintenis uit onrechtmatige daad valt immers onder lid 1. In de gevallen dat de vennootschappelijke gemeenschap (of het vennootschapsvermogen) en de schuldige vennoot onvoldoende verhaal bieden, zal het onder het regime van het voorgestelde artikel 7:813 Wetsvoorstel Titel 7.13 voor benadeelden dan ook aan te bevelen zijn de vorderingen primair

124. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 19.
125. De voorgestelde dwingendrechtelijke regel van artikel 7:813 lid 2 BW prevaleert boven de bepaling van artikel 7:407 lid 2 BW (zie ook: artikel 7:400 lid 2 BW) (*Kamerstukken II,* 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 20).
126. Mohr, A.L. (2008), 'Bijzondere aansprakelijkheidsregelingen in relatie tot draagplicht', in: J.M.M. Maeijer (2008), *supra* noot 67, blz. 64.
127. Tervoort, A.J.S.M. (2003b), *supra* noot 109, in: M.J.G.C. Raaijmakers et al. (2003a), *supra* noot 109, blz. 69-84.
128. Het Wetsvoorstel Titel 7.13 en de daarbij behorende memorie van toelichting bepalen niets over het wel of niet bestaan van een regresmogelijkheid op het moment dat een vennoot zich kan disculperen uit hoofde van artikel 7:813 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13.
129. Vgl: Mohr, A.L. (2008), *supra* noot 126, in: J.M.M. Maeijer (2008), *supra* noot 67, blz. 71.

op onrechtmatige daad te baseren omdat dan tevens de andere vennoten kunnen worden aangesproken.[130]

6.5.5 Artikel 7:813 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13

Op grond van artikel 7:813 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13 zijn de vennoten van een stille vennootschap voor de verbintenissen die een deelbare prestatie betreffen, ieder voor een gelijk deel verbonden, tenzij anders overeengekomen met de derde. De evenredige aansprakelijkheid van artikel 7A:1680 BW blijft derhalve voor de stille vennootschap gehandhaafd.[131] Gaat het echter om een ondeelbare prestatie dan volgt uit artikel 6:6 lid 2 BW dat de maten hoofdelijk verbonden zijn. Vennoten van een stille vennootschap die een opdracht heeft ontvangen, kunnen geen beroep doen op de disculpatie mogelijkheid van artikel 7:813 lid 2 BW. Indien de tekortkoming niet aan hen kan worden toegerekend, zijn zij toch voor gelijke delen aansprakelijkheid. De aantrekkelijkheid van de stille vennootschap wordt hierdoor aangetast.[132]

6.5.6 Externe aansprakelijkheid van de besturende derde

Artikel 7:809 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 bepaalt dat derden die belast zijn met het bestuur dezelfde *bevoegdheden* en *verplichtingen* hebben als die voor besturende vennoten gelden volgend uit Titel 7.13. De vraag rijst of daarmee de aansprakelijkheid voor de schulden en de verplichtingen van de vennootschap ook geldt voor de derde-bestuurders. Dat de winst en verliesregels niet op de derde-bestuurders van toepassing zijn, komt doordat artikel 7:809 Wetsvoorstel Titel 7.13 spreekt van bevoegdheden en niet van rechten. Maar hoe zit het met de verplichtingen? Valt onder deze verplichtingen ook de aansprakelijkheid voor zaakschulden? De minister geeft aan dat de bepalingen over de hoofdelijke verbondenheid niet gelden voor besturende vennoten als zodanig maar voor alle vennoten.[133] Het gaat dus niet zozeer om het besturen, maar om het 'zijn' van vennoot. Ook in de literatuur wordt deze opvatting gedeeld.[134]

---

130. Breedveld-de Voogd, C.G. (2003), 'Beroepsaansprakelijkheid in het Wetsvoorstel Personenvennootschappen', NbBW 2003-10, blz. 146-149.
131. In het Wetsvoorstel Titel 7.13 is de aanvankelijke aanduiding 'maatschap' voor de stille vennootschap vervallen (*Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 746, nr. 5, blz. 10). In artikel 7:813 Wetsvoorstel Titel 7.13 was het begrip per abuis nog niet vervangen. Zie: Invoeringswet 7.13 onder C, *Kamerstukken II,* 2006-2007, 31 065, nr. 3, blz. 4.
132. Vgl: Mohr, A.L. (2008), *supra* noot 126, in: J.M.M. Maeijer (2008), *supra* noot 67, blz. 71.
133. *Kamerstukken I*, 2005-2006, 28 746, C, blz. 12.
134. Boschma en Wezeman geven ook aan dat artikel 7:813 Wetsvoorstel Titel 7.13 gaat om een persoonlijke verbondenheid voor zaakschulden in de hoedanigheid van vennoot en niet in de hoedanigheid van bestuurder. Zie: H.E. Boschma en J.B. Wezeman (2004), 'De personenvennootschap nieuwe stijl: metamorfose of façade?', Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS 2004-4, blz. 168-185.

Beargumenteerd is dat de Beklamel-norm ook zou kunnen gelden voor de derde-bestuurder in een personenvennootschap, waardoor op die grond persoonlijke aansprakelijkheid zou kunnen ontstaan die gerelateerd is aan de gekozen manier van besturen.[135]

6.5.7 Externe aansprakelijk van een uitgetreden, toegetreden of gewezen vennoot

Indien de vennootschap geheel wordt ontbonden, blijven de gewezen vennoten aansprakelijk voor de verbintenissen van de vennootschap die zijn ontstaan door het handelen van de vereffenaars.[136] De gewezen vennoten van een openbare vennootschap hoofdelijk, en die van een stille vennootschap ieder voor een gelijk deel.[137] De aansprakelijkheid van een uittredende vennoot na partiële ontbinding is expliciet in artikel 7:824 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13 opgenomen. Deze regeling geldt voor alle openbare vennootschappen, maar niet voor de stille vennootschap. In de huidige wetgeving is deze aansprakelijkheid niet wettelijk geregeld. Uitgetreden vennoten of hun erfgenamen blijven aansprakelijk voor de nakoming van de verbintenissen die bestaan ten tijde van het uittreden. De rechtsvordering tegen een uitgetreden vennoot verjaart na verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag volgend op die van de inschrijving van het uittreden in het handelsregister, dan wel op een later tijdstip indien de verbintenis eerst opeisbaar is na die inschrijving.[138] De termijn begint dan te lopen op het moment van het opeisbaar worden van die verbintenis. Langlopende verplichtingen, zoals leningen, kunnen ertoe leiden dat de uitgetreden vennoot of zijn erfgenamen worden geconfronteerd met een vordering lang nadat de vennoot afscheid heeft genomen van de vennootschap in kwestie. Geopperd is om de tweede zin van artikel 7:824 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13 te schrappen.[139] De uitgetreden vennoot kan ook uit hoofde van artikel 25 Handelsregisterwet 2007 worden aangesproken voor vennootschapsschulden die zijn ontstaan na de uittreding, maar voor de uitschrijving uit het handelsregister. Voorwaarde voor dit vorderingsrecht is dat de derde niet bekend was met de uittreding. De commanditaire vennoot kan niet aansprakelijk worden gesteld door derden na uittreding, aangezien zijn draagplicht beperkt is tot zijn inbreng. Hij dient zich daarbij wel aan het bestuurverbod te hebben gehouden.

---

135. Boschma, H.E. en J.B. Wezeman (2004), *supra* noot 134, blz. 168-185.
136. Artikel 7:829 Wetsvoorstel Titel 7.13.
137. Artikel 7:829 jo. 7:813 Wetsvoorstel Titel 7.13.
138. Een stille vennootschap is niet verplicht zich in te schrijven in het handelsregister. IJkpunt voor de aanvang van de verjaringstermijn is daarom het moment waarop de vordering opeisbaar wordt: artikel 3:307 lid 1 BW.
139. Mohr, A.L. (2008), *supra* noot 126, in: J.M.M. Maeijer (2008), *supra* noot 67, blz. 61-62.

Een vennoot die toetreedt of opvolgt, is slechts verbonden voor de verbintenissen na zijn toetreding of opvolging ontstaan.[140] In het huidige recht bestaat daar enige onduidelijkheid over. Voor op het moment van zijn toetreden reeds bestaande verbintenissen van de vennootschap kon volgens de minister geen deugdelijke grond worden aangewezen. De rechten van schuldeisers worden volgens hem door deze regeling niet verkort.[141]

6.5.8 Interne aansprakelijkheid

Voor het verschil tussen externe aansprakelijkheid en interne draagplicht is allereerst het verschil tussen handelen *voor rekening van* de vennootschap en handelen *in naam van* de vennootschap van belang.[142] Bij het handelen in naam van de vennootschap gaat het om de vertegenwoordigingsbevoegdheid en daarmee om de externe aansprakelijkheid. Handelen voor rekening van de vennootschap gaat over de bestuursbevoegdheid en heeft zijn weerslag op de interne draagplicht. De externe aansprakelijkheid van vennoten laat de afspraken over interne regresrechten onverlet. Deze interne regresrechten kunnen ontstaan doordat de vennootschap vennoten vrijwaart voor vennootschapschulden die zijn ontstaan in de uitvoering van beheersdaden (handelingen welke de gewone gang van zaken binnen de betrokken vennootschap met zich brengt), en die door de vennoten zijn voldaan aan de derde door wie zij aansprakelijk zijn gesteld. Een vennoot die een schadevergoeding aan een derde heeft betaald, die groter is dan zijn aandeel in het verlies, kan de vennootschap (de vennootschappelijke gemeenschap), en daarmee de gezamenlijke vennoten, aanspreken om het deel dat zijn verliesdeel overtreft, terug te betalen. Indien een dergelijke terugbetaling plaatsvindt maar de vennootschappelijke gemeenschap is te klein om het volledige bedrag te voldoen, dan kan de vennootschap vervolgens de andere vennoten verzoeken om bij te dragen aan het verlies voor het bedrag dat gelijk is aan hun verliesaandeel.

De draagplicht van de vennoten is derhalve afhankelijk van de mate waarin zij dienen bij te dragen in het verlies van de vennootschap. Artikel 7:815 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13 bepaalt dat iedere vennoot, ongeacht de waarde van zijn inbreng voor een gelijk deel in de winst en verlies deelt, tenzij bij de overeenkomst van vennootschap anders is bepaald. Een vennoot kan, indien de vennoten dit in de vennootschapsovereenkomst of in een afzonderlijke overeenkomst hebben opgenomen, gehouden zijn om boven op zijn inbreng voor zijn deel extra bij te dragen om het verlies van de vennootschap aan te

140. Artikel 7:824 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13.
141. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 44.
142. Huizink, J.B. (2000), 'Contractuele samenwerkingsvormen in beroep en bedrijf', Deventer: Kluwer, blz. 27.

zuiveren.[143] Indien in de vennootschapsovereenkomst over dit punt niets is bepaald en er geen afzonderlijke overeenkomst bestaat, kunnen de redelijkheid en billijkheid er onder bijzondere omstandigheden toch toe nopen dat de vennoten hun aandeel in het verlies moeten aanzuiveren.[144] Hieruit volgt dat na verhaal op de (eventueel nog resterende) vennootschappelijke gemeenschap, of het vennootschapsvermogen in het geval van een OVR, een aangesproken vennoot regres kan hebben op zijn medevennoten voor gelijke delen, dan wel voor een zodanig deel als uit de overeenkomst van vennootschap volgt. Een vennoot die zich met gebruikmaking van artikel 7:813 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 kan disculperen, kan dus steeds door de vennootschap casu quo zijn medevennoten worden aangesproken voor het bedrag van zijn draagplicht in het tekort krachtens wet of vennootschapsovereenkomst.[145] Daarnaast hebben de zich disculperende vennoten geen regres op de tekortschietende vennoot wanneer de derde zich verhaalt op de vennootschappelijke gemeenschap respectievelijk het vennootschapsvermogen.[146] Dit is anders indien de vennoot zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en daarmee niet heeft voldaan aan artikel 7:809 lid 3 wetsvoorstel Titel 7.13. Als hem een ernstig verwijt treft zal hij naar verwachting geen regresrecht hebben op de vennootschappelijke gemeenschap of het vennootschapsvermogen. De niet 'schuldige' vennoten hebben dan een regresrecht op de schuldige vennoot voor het verlies dat de vennootschap lijdt omdat de vennootschap is aangesproken door een derde voor de schade ontstaan door zijn onbehoorlijke taakvervulling.[147] Wanneer de vennootschap verlies heeft geleden door de vordering volgend uit de tekortkoming in de nakoming van de opdracht en deze vervolgens wordt ontbonden kunnen alle niet-tekortschietende

143. Artikel 7:816 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13. Uit *Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 746, nr. 5, blz. 17 blijkt dat de vennoten zowel in de vennootschapsovereenkomst als in een afzonderlijke overeenkomst afspraken kunnen maken over de verplichting om het verlies van de vennootschap aan te zuiveren.
144. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 26 en *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, B, blz. 15. Bij een operatie tot sanering van de financiën die in het belang is van iedere vennoot, kan een dergelijk situatie het geval zijn.
145. Portier, G.M. en D.F.M.M. Zaman (2003), *supra* noot 113, blz. 326-333. Slagter is het hier niet mee eens hij stelt: *'Wie extern niet aansprakelijk is, is a fortiori intern ook niet draagplichtig. De hoofdelijke aansprakelijkheid wijkt dan voor de disculpatie. Anders zou die vennoot uiteindelijk en per saldo nog niets opschieten met zijn beroep op disculpatie'.* Zie: Groene Serie Personenassociaties: VOF Hoofdstuk III, paragraaf 2. De wetsgeschiedenis biedt hier helaas geen helderheid, aangezien dit niet wordt besproken.
146. Tervoort, A.J.S.M. (2003a) *supra* noot 123, in: J.M. Gerretsen (red.) (2003), *supra* noot 123, blz. 94.
147. Dit regres kan gegrond zijn op ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 BW), op onrechtmatige daad (6:162 BW) of de plicht om zich te gedragen als een goed vennoot betaamt (7:800 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13). Vergelijk: A.J.S.M. Tervoort (2003a), *supra* noot 123, in: J.M. Gerretsen (red.) (2003), *supra* noot 123, blz. 94-95.

vennoten ook nog eens door de vereffenaar gehouden worden om het tekort aan te zuiveren. Deze suppletieplicht wordt in de volgende paragraaf besproken.

6.5.9 Suppletieplicht van vennoten bij vereffening

Uit hoofde van artikel 7:830 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 zullen de gewezen vennoten naar evenredigheid van hun draagplicht in het verlies moeten delen indien de vereffenaar de gewezen vennoten verzoekt om hun aandeel in de liquidatiekas te storten. Deze bepaling is op grond van artikel 7:831c Wetsvoorstel Titel 7.13 van dwingend recht. Dit betekent dat een claim die vele malen groter is dan het vermogen van de extern aansprakelijke vennoten en de vennootschappelijke gemeenschap of het vermogen van de vennootschap bij elkaar, ook de niet extern aansprakelijke vennoten zal dwingen bij te dragen in het verlies omdat de vennoten hierover geen afwijkende regeling in de vennootschapsovereenkomst kunnen opnemen. Indien een vennoot insolvent is, moet zijn aandeel in het verlies zelfs worden omgeslagen over de overige vennoten in verhouding tot hun draagplicht voor het verlies.[148] De disculpatie van artikel 7:813 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 biedt in dat geval geen bescherming.

6.5.10 Interne aansprakelijkheid bij uittreding, toetreding of opvolging

Bij het uittreden van een vennoot zal de vennootschap partieel worden ontbonden. Indien de waarde van diens economische deelgerechtigdheid in het vermogen van de vennootschap negatief is, dan dient de uitgetreden vennoot een bedrag gelijk aan deze negatieve waarde aan de vennootschap te betalen. Deze bepaling is van dwingend recht en geldt voor zowel de openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid als voor de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid.[149] Na deze afrekening heeft de uitgetreden vennoot in beginsel geen aansprakelijkheid meer jegens de andere vennoten. De overblijvende vennoten zijn gehouden de schulden voor hun rekening te nemen[150] of indien de vennootschap rechtspersoon is dan is deze vennootschap tevens draagplichtig.[151] Uitzonderingen zijn mogelijk. De vennoten kunnen bijvoorbeeld met de uittredende vennoot afspreken dat bepaalde toekomstige schulden, bijvoorbeeld schulden ontstaan als gevolg van de fouten van de uittredende vennoot, na uittreding voor zijn rekening blijven. Alhoewel een toetredende of opvolgende vennoot extern niet aansprakelijk is voor de

148. *Kamerstukken II,* 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 54.
149. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 36 en artikel 7:821 lid 2 en lid 4 Wetsvoorstel Titel 7.13.
150. Artikel 7:821 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13. *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 065, nr. 16, blz. 6.
151. Artikel 7:821 lid 4 Wetsvoorstel Titel 7.13.

verbintenissen van de vennootschap die al bestonden ten tijde van zijn toetreden, is hij hiervoor wel draagplichtig via artikel 7:806 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 aangezien de toetreding geen gevolgen heeft voor de verhaalspositie van schuldeisers.

6.5.11 Inperking van de onbeperkte aansprakelijkheid

Algemeen wordt aanvaard dat het aansprakelijkheidsregime van personenvennootschappen in zoverre van dwingend recht is dat de vennoten in de vennootschapovereenkomst de persoonlijke verbondenheid van de vennoten tegenover derden niet kunnen uitsluiten.[152] Om de gevolgen van deze onbeperkte externe aansprakelijkheid toch enigszins in te perken kunnen vennoten een aansprakelijkheidsverzekering afsluiten. Daarnaast kunnen vennoten met een contractuele wederpartij afspraken maken over de aansprakelijkheid voor de uit de overeenkomst voortvloeiende schulden. In de volgende paragrafen ga ik na in hoeverre deze contractuele aansprakelijkheidsbedingen doeltreffend zijn.

6.5.12 Afwijkingen van het externe aansprakelijkheidsregime van personenvennootschappen: contractuele aansprakelijkheidsbedingen

Voor de vraag of een vennoot zich kan beroepen op contractuele aansprakelijkheidsafspraken kan de grondslag van aansprakelijkheidstelling – onrechtmatige daad of wanprestatie – van belang zijn. Bij een beroepsfout is de beroepsbeoefenaar bijvoorbeeld veelal zowel aansprakelijk op grond van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming (artikel 6:74 jo. 7:401 BW), alswel op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW).[153] Indien de vordering tot schadevergoeding wordt gegrond op onrechtmatige daad is het niet vanzelfsprekend dat de vennoot een beroep kan doen op de contractuele uitsluiting van zijn aansprakelijkheid.

6.5.13 Werking van contractuele aansprakelijkheidsbedingen

Het aansprakelijkheidsbeding, ook wel exoneratie of vrijtekening genoemd, kan op verschillende gronden buiten werking raken: ten eerste wanneer de inhoud van een overeenkomst in strijd is met de wet, de goede zeden of de openbare orde (artikel 3:40 BW). In het Röntgenstralen-arrest kwam de strijd met de goede zeden aan de orde. De kern van het arrest is als volgt verwoord: *'[E]en beroep op een vrijtekening die aansprakelijkheid voor handelen in strijd met de*

152. Boschma, H.E. en J.B. Wezeman (2004), *supra* noot 134, blz. 168-185 en Asser/Maeijer 5-V, nr. 143.
153. Nass, E.C.A. (2008), 'Buitencontractuele aansprakelijkheid van de openbaar accountant als jaarrekeningcontroleur', Ondernemingsrecht 2008/5, blz. 185-192.

goede trouw opheft, is zelf in strijd met de goede trouw'.[154] Een andere situatie van strijd met de goede zeden is ook mogelijk, bijvoorbeeld als een beroep wordt gedaan op een op zichzelf redelijke uitsluiting van aansprakelijkheid maar de schade te wijten is aan opzet of grove schuld/bewuste roekeloosheid. Voor het antwoord op de vraag wat wordt verstaan onder grove schuld, en in dat verband bewuste roekeloosheid, moet worden gekeken naar de aard van de overeenkomst en de regels die in het kader daarvan zijn ontwikkeld.[155] Een wettelijk verbod op het uitsluiten van aansprakelijkheid is bijvoorbeeld te vinden in artikel 7:463 BW op grond waarvan een arts niet in staat is zijn aansprakelijkheid te beperken.[156] Indien het aansprakelijkheidsbeding in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is het beding nietig. Dit betekent dat de met het beding beoogde rechtsgevolgen van meet af aan, aan het beding worden onthouden. Indien het beding in strijd is met de wet, kan het beding nietig zijn, echter vernietigbaarheid zal in de praktijk eerder aan de orde zijn.[157] Dit komt doordat de wetsbepaling (waarmee het beding in strijd is) veelal zal strekken ter bescherming van een der partijen waardoor het beding op grond van artikel 3:40 lid 2 BW slechts vernietigbaar is.

Ten tweede kan aan de exoneratie de werking ontnomen worden wanneer sprake is van misbruik van omstandigheden (artikel 3:44 BW). Voor een beroep op misbruik van omstandigheden zijn de relevante omstandigheden beperkt tot die welke bij het sluiten van de overeenkomst een rol hebben gespeeld.[158] Ten derde treft een exoneratiebeding geen doel als het onderdeel uitmaakt van algemene voorwaarden en deze onredelijk bezwarend blijken te zijn.[159] Hierbij dient een onderscheid gemaakt te worden tussen de situatie waarin het gaat om een consumentenkoop (particuliere wederpartij) en een niet-consumentenkoop (niet-particuliere wederpartij). Bij een consumentenkoop wordt een beperking van aansprakelijkheid vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van artikel 6:237 sub f BW. Het beding dat de eventuele aansprakelijke partij geheel of ten dele bevrijdt van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding kan dan vernietigbaar zijn.[160] Bij een niet-consumentenkoop, waarbij de tegenpartij

154. HR 14 april 1950, *NJ* 1951, 17. Zie: J.M. van Dunné (2005), 'Beperking van aansprakelijkheid in contracten: exoneratie en verzekering, zoals in geval van 'bewuste roekeloosheid", TMA 2005-3, blz. 89-104.
155. Dunné, J.M. van (2005), *supra* noot 154, blz. 89-104.
156. Slagter vindt dat de uitsluiting van artsen om hun aansprakelijkheid te beperken ten onrechte in de wet is opgenomen. Wat aan de andere beroepsbeoefenaren wordt toegestaan zou ook aan de medici moeten worden toegestaan. W.J. Slagter (1995), *supra* noot 45, blz. 173-178.
157. Vgl: Bollen, C. (2008), 'Verweermiddelen tegen exoneraties in algemene voorwaarden die derdenwerking hebben', Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS 2008-2, blz. 57-69.
158. HR 29 mei 1964, *NJ* 1965, 104.
159. Artikel 6:233 sub a BW.
160. Artikel 6:233 sub a BW.

een klein bedrijf is,[161] zal de toetsingsnorm van artikel 6:233 sub a BW (onredelijk bezwarend) van toepassing zijn. Het vermoeden dat het beding onredelijk bezwarend is, zoals dat voorvloeit uit artikel 6:237 sub f BW, geldt in dat geval niet. Door een eventuele reflexwerking van dit artikel zou eenzelfde effect bereikt kunnen worden.[162] Indien de tegenpartij een groot bedrijf is, zijn zowel artikel 6:237 BW, als artikel 6:233 BW niet van toepassing.[163] Dit betekent dat het beding niet getoetst wordt aan de hand van het 'onredelijk bezwarend'-criterium. Het beding kan dan getoetst worden aan de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:2 lid 2 BW en artikel 6:248 lid 2 BW. Redelijk is bijvoorbeeld een uitsluiting van aansprakelijkheid in de algemene voorwaarden voor een bedrag boven hetgeen niet, of slechts tegen exorbitant hoge premie, kan worden verzekerd.[164] Van belang is ook de verhouding tussen de overeengekomen beperking en de voorzienbare omvang van de schade. Indien de te verwachten schade bijvoorbeeld vele malen groter is dan hetgeen de potentiële aansprakelijke ontvangt aan honorarium om de handeling/opdracht (die schade kan veroorzaken) uit te voeren, kan een beperking van de aansprakelijkheid redelijk zijn. In het arrest HBU/Saladin stond toetsing aan de redelijkheid en de billijkheid centraal.[165] In dit arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het uitsluiten van aansprakelijkheid geen werking heeft, als op grond van bijkomende omstandigheden een beroep op het beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. In het HBU-arrest worden door de Hoge Raad enkele van deze bijkomende omstandigheden opgesomd. Dit zijn onder andere de wijze waarop het beding tot stand is gekomen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt en de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding tussen partijen. Een beding waarover individueel onderhandeld is, zal bijvoorbeeld minder spoedig aantastbaar zijn dan een beding dat 'terloops' in de algemene voorwaarden is opgenomen.[166] Bij de uitvoering van een overeenkomst van opdracht door een beroepsbeoefenaar wordt vanwege de persoonlijke vertrouwensband die hierbij overheerst, vaak de vraag gesteld hoe de beperking van aansprakelijkheid zich verhoudt met de aard van de overeenkomst.[167] Uit de

161. Een klein bedrijf is een bedrijf dat niet een rechtspersoon is als bedoeld in artikel 2:360 BW en ten tijde van het sluiten van de overeenkomst laatstelijk zijn jaarrekening openbaar heeft gemaakt of bij wie ten tijde van het sluiten van de overeenkomst vijftig of meer personen werkzaam waren: Artikel 6:235 BW.
162. Vgl: Tjittes, R.P.J.L. (1996), 'De werking van exoneratiebedingen', in: J. Ekelmans et al. (1996), *supra* noot 45, blz. 43-44.
163. Een groot bedrijf is een bedrijf dat geen klein bedrijf is als bedoeld in voetnoot 161.
164. Slagter, W.J. (1995), *supra* noot 45, blz. 173-178.
165. HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261.
166. Vgl: Tjittes, R.P.J.L. (1996), *supra* noot 162, in: J. Ekelmans et al. (1996), *supra* noot 45, blz. 45.
167. Wechem, T.H.M. (1994), 'Exoneratie en verzekering bij in- en verkoop van diensten', in: C.C. van Dam et al. (1994), 'Opdracht en dienstverlening', Zwolle: Tjeenk Willink, blz. 61.

omstandigheden genoemd in het HBU/Saladin arrest zijn echter geen concrete handvatten af te leiden. Of een beding geoorloofd is, hangt af van de specifieke omstandigheden van het geval.

Bij een overeenkomst van opdracht, die is aangegaan tussen een beroepsbeoefenaar en een cliënt, spelen bij de vraag of een aansprakelijkheidsexoneratie geoorloofd is, doorgaans ook de beroepregels een rol. Bij advocaten is de mogelijkheid om zich te exonereren bijvoorbeeld door de beroepsregels in tweeërlei opzicht beperkt.[168] Ten eerste is vrijtekening pas geoorloofd indien de advocaat heeft voldaan aan zijn verplichting om een beroepsaansprakelijkheidsverzekering af te sluiten.[169] Vrijtekening kan alleen voor schadebedragen die niet op grond van de verplichte verzekering zijn gedekt en derhalve het verplichte verzekeringsbedrag te boven gaan.[170] Ten tweede dient de exoneratie schriftelijk te zijn overeengekomen.[171] Vrijtekening door een advocaat door verwijzing in een overeenkomst van opdracht naar de algemene voorwaarden is toegestaan.[172] Beroepsregels zijn tuchtrechtelijke regels die in beginsel alleen intern werken, maar zij kunnen ook relevant zijn bij de vaststelling of een beding redelijk en billijk is.[173] Indien een aansprakelijkheidsbeding geen werking heeft of de rechtsgevolgen van meet af aan het beding worden onthouden, kan de rechter de aansprakelijkheid eventueel nog beperken. De rechter kan een wettelijke verplichting tot schadevergoeding matigen indien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen de partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden.[174] Deze matiging mag echter niet verder gaan dan tot het bedrag waarvoor de exonerant zijn aansprakelijkheid door een verzekering heeft gedekt of verplicht was te dekken.[175]

---

168. Vgl: Tjittes, R.P.J.L. (1996), *supra* noot 162, in: J. Ekelmans et al. (1996), *supra* noot 45, blz. 29.
169. Artikel 2 Verordening op de beroepsaansprakelijkheid 1991. De voorwaarden die aan de verzekering worden gesteld staan in artikel 3 Verordening op de beroepsaansprakelijkheid 1991. Het verzekerde bedrag dient bijvoorbeeld per gebeurtenis ten minste te zijn: € 453.780 tot een totaal van ten minste tweemaal dit bedrag per verzekeringsjaar.
170. Artikel 7 lid 1 Verordening op de beroepsaansprakelijkheid 1991.
171. Artikel 7 lid 2 Verordening op de beroepsaansprakelijkheid 1991: *'Een afspraak tot beperking van de beroepsaansprakelijkheid, dient schriftelijk tussen de advocaat en de cliënt te worden vastgelegd'*.
172. Nota van toelichting, Adv.bl. 1995, nr. 21, blz. 1022.
173. HR 12 januari 1996, RvdW 1996, 31.
174. Artikel 6:109 BW.
175. Artikel 6:109 lid 2 BW. Boek 6 BW biedt in artikel 110 ook de mogelijkheid tot limitering bij algemene maatregel van bestuur. Verschillende beroepsorganisaties hebben er al eens bij het ministerie op aangedrongen dat te realiseren, maar daar is het ministerie tot nu toe niet op ingegaan. Zie: Forumcommentaar Maeijer in: Ars Notariatus 125 (2004), 'Personenvennootschappen met rechtspersoonlijkheid', Deventer: Kluwer, blz. 50.

6.5.14 Contractuele aansprakelijkheidsbedingen en derden

Naast de hiervoor genoemde mogelijkheden dat de uitsluiting van aansprakelijkheid buiten werking raakt, kleven er nog andere bezwaren aan het contractueel bedingen van niet-aansprakelijkheid. Het belangrijkste bezwaar is dat derden[176] in beginsel niet gebonden zijn aan de tussen de contractspartijen overeengekomen aansprakelijkheidsbeperking.[177] Bij advocaten, notarissen en accountants weegt dit gegeven zwaar. Zij hebben regelmatig te maken met derden die min of meer nauw bij de overeenkomst van opdracht betrokken zijn.[178] Bij advocaten kan aansprakelijkheid jegens derden zich bijvoorbeeld voordoen bij *legal opinions*. Bij accountants is dit gevaar sterker aanwezig vanwege de semi-publieke functie die zij vervullen.[179] Onjuistheid van een afgegeven goedkeuringsverklaring van de jaarrekening kan bijvoorbeeld aanleiding geven tot aansprakelijkstelling door een derde.[180] Deze derde zal de onrechtmatige daad als grondslag voor zijn vordering aanvoeren, doordat de onjuistheid van de verklaring een schending van de zorgplicht van de accountant oplevert en deze plicht volgens de derde ten doel had zijn belang te beschermen.[181] In Nederland is de buitencontractuele aansprakelijkheid, ofwel derdenaansprakelijkheid, in beginsel onbeperkt: qua omvang is er vanwege de omvangrijke zorgplicht geen beperking en het aantal potentiële eisers is onbeperkt.[182] Er bestaat echter slechts een recht op schadevergoeding als de overtreden norm de strekking had om de derde in zijn geschonden belang te beschermen.[183]

Exoneratieclausules werken *in beginsel* niet tegen derden. Dit betekent dat er uitzonderingen mogelijk zijn. Een uitzondering kan bijvoorbeeld bestaan indien de derde had moeten begrijpen dat de clausule, waarvan hij op de hoogte was,

---

176. Het begrip 'derden' is onder andere gedefinieerd als: *'Zij die niet partij zijn geweest bij het sluiten van de overeenkomst'*. Zie: Asser/Hartkamp 4-II, nr. 380. Ofwel: *'[A]llen die niet persoonlijk of krachtens vertegenwoordiging de overeenkomst zijn aangegaan'*. Zie: J.L.P. Cahen (2004), 'Overeenkomst en derden', Deventer: Kluwer, blz. 1.
177. Vgl: Arisz, F.H.A. (1996), *supra* noot 45, in: J. Ekelmans et al. (1996), *supra* noot 45, blz. 63.
178. Kortmann, S.C.J.J. (1995), 'Beperking van de (verhaals-)aansprakelijkheid van de vrije beroepsbeoefenaar', De Naamlooze Vennootschap 73, ½ januari/februari 1995, blz. 14-20.
179. Hof Den Bosch 28 september 1983, *NJ* 1985, 120 en HR 13 oktober 2006, *JOR* 2006, 296.
180. Vgl: Schepel, J. (1996), 'De advocaat vergeleken met de (register)accountant', in: J. Ekelmans et al. (1996), *supra* noot 45, blz. 72-78. Zie ook: E.C.A. Nass (2008), *supra* noot 153, blz. 185-192.
181. Zanden, P. van der, et al. (2008), 'Ontwikkelingen in beroepsaansprakelijkheid van accountants jegens derden', Maandblad voor Accountancy en bedrijfseconomie 2008/7-8, blz. 317-323.
182. Nass, E.C.A. (2008), *supra* noot 153, blz. 185-192.
183. Asser/Hartkamp 4-III, nr. 97.

de strekking had ook te werken jegens bepaalde derden.[184] Uitgangspunt van de Hoge Raad is dat exoneratieclausules slechts bij wege van uitzondering tegen een derde geldend gemaakt kunnen worden. De Hoge Raad formuleert in verscheidene arresten criteria die zulke uitzonderingen zouden kunnen rechtvaardigen.[185] Een derde dient bijvoorbeeld een contractueel beding tegen zich te laten gelden indien daarvoor een voldoende rechtvaardiging bestaat in de aard van het betreffende geval.[186] Dit kan volgens de Hoge Raad onder andere zijn: *'[H]et op de gedraging van een derde terug te voeren vertrouwen van degene die zich op het beding beroept, dat hij dit beding zal kunnen inroepen ter zake van hem door zijn wederpartij toevertrouwde goederen'*.[187] Daarnaast kan bijvoorbeeld: *'[D]e aard van de overeenkomst en van het betreffende beding in verband met de bijzondere relatie waarin de derde staat tot degene die zich op het beding beroept'*, doorwerking rechtvaardigen. De Hoge Raad verwijst hier naar het Securicor-arrest waarin de derde direct betrokken was bij de overeenkomst tussen de exonerant en zijn wederpartij, in die zin dat de derde onmisbaar was om de overeenkomst te kunnen uitvoeren.[188] Een relatie kan ook bijzonder zijn vanwege de achterliggende betrekking tussen de derde en de wederpartij van de exonerant, bijvoorbeeld als deze optrad als lasthebber of zaakwaarnemer van de derde.[189] Ten slotte zou ook het stelsel van de wet aanknopingspunten kunnen bieden voor doorwerking van contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen.[190] In een uitspraak van de rechtbank van Den Haag over de doorwerking van een exoneratiebeding, speelt de verzekerbaarheid en het daadwerkelijk verzekerd zijn mede een rol bij het wel of niet toekennen van een beroep op de exoneratie.[191] Partijen kunnen daarnaast ook een beding in het contract opnemen dat specifiek gericht is op de uitsluiting van aansprakelijkheid jegens derden, de zogenoemde *'third party disclaimer'*. In de Vie d'Or-uitspraak is een dergelijke disclaimer aan de orde geweest.[192] Het is onduidelijk of uit deze uitspraak, die gaat over de zorgplicht en de aansprakelijkheid van de accountant jegens derden, volgt dat de Hoge Raad heeft bedoeld

184. Slagter, W.J. (1995), *supra* noot 45, blz. 173-178.
185. HR 7 maart, *NJ* 1969, 249 (Gegaste uien), HR 12 januari 1979, *NJ* 1979, 362 (Securicor), HR 20 juni 1986, *NJ* 1987, 35 (Deka-Hanno/Citronas) en HR 9 juni 1989, *NJ* 1990, 40 (Vojvodina/ECT). Zie voor een bespreking van deze arresten: J.L.P. Cahen (2004), *supra* noot 176, blz. 19-23.
186. Zie: arresten Deka-Hanno/Citronas en Vojvodina/ECT.
187. Hier verwijst de Hoge Raad naar het gegaste uien-arrest.
188. HR 12 januari 1979, *NJ* 1979, 362.
189. Cahen, J.L.P. (2004), *supra* noot 176, blz. 23.
190. Zie bijvoorbeeld: de artikelen 8:363-365, 7:608, 6:251-253 en 6:257 BW. Zie: C. Bollen (2008), *supra* noot 157, blz. 57-69 en J.B.M. Vranken (1997), 'De derde in het overeenkomstenrecht (I)', WPNR 97/6288, blz. 715-720. Zie ook: Asser/Kortmann 2-I, nr. 124.
191. Rechtbank 's-Gravenhage 16 april 2008, *JA* 2008/92.
192. HR 13 oktober 2006, *JOR* 2006, 296 (Vie d'Or).

dat het de accountant vrijstaat zijn aansprakelijkheid te beperken door aan de goedkeurende verklaring een disclaimer toe te voegen. In de literatuur is gesteld dat dit niet het geval is.[193]

6.5.15 Conclusie contractuele aansprakelijkheidsbedingen

Om enige weerstand te kunnen bieden aan steeds groter wordende aansprakelijkheidsrisico's dwingen sommige partijen contractuele aansprakelijkheidsbedingen af. De vraag rijst of deze exoneraties voldoende bescherming bieden. Er zijn verschillende manieren waarop de werking van aansprakelijkheidsbedingen, aan de (potentieel) aansprakelijke partij kan worden ontzegd. Ook werken de exoneraties in beginsel niet tegen derden, omdat zij geen partij zijn bij de overeenkomst waarin de aansprakelijkheidsbeperking is bedongen. Verder kan een tekortkoming in de nakoming, zeker als het gaat om een beroepsfout, ook aangemerkt worden als een onrechtmatige daad waardoor de contractuele beperking buiten beschouwing wordt gelaten. Er ontstaat dan alsnog aansprakelijkheid. Het beperken van de (beroeps)aansprakelijkheid is met andere woorden een onvolledige en onzekere aangelegenheid en biedt niet voldoende bescherming, waardoor de kans groot is dat de contractspartij of beroepsbeoefenaar alsnog wordt blootgesteld aan volledige aansprakelijkheid.[194]

6.5.16 Gevolgen van het onbeperkte aansprakelijkheidsregime van personenvennootschappen

Door de aansprakelijkheidsoverwegingen worden de kleine ondernemingen soms gedwongen om de BV-vorm te kiezen.[195] Ook de vrije beroepsbeoefenaren maken vanwege te grote aansprakelijkheidsrisico's gebruik van constructies met praktijk-BV's of nemen zelfs de NV-vorm aan om de aansprakelijkheid in enige mate te beperken. Het komt het dan ook geregeld voor dat natuurlijke personen, die zich willen wapenen tegen een al te ver reikende aansprakelijkheid of draagplicht voor zaakschulden, ertoe overgaan om niet in persoon, maar via een praktijk-BV in een personenvennootschap te participeren.[196] Wanneer een natuurlijk persoon zelf aansprakelijk wordt gehouden, komen de gevolgen hiervan in beginsel voor rekening van zijn praktijk-BV en derhalve voor de gezamenlijke rekening van de maatschap waarvan de praktijk-BV vennoot is. De praktijk-BV zal vervolgens regres

193. Zanden, P. van der, et al. (2008), *supra* noot 181, blz. 317-323.
194. Vgl: Tjittes, R.P.J.L. (1996), *supra* noot 162, in: J. Ekelmans et al. (1996), *supra* noot 45, blz. 49.
195. McCahery, J.A. en E.P.M. Vermeulen (2005a), *supra* noot 2, blz. 382-391.
196. Boschma, H.E. en J.B. Wezeman (2004), *supra* noot 134, blz. 168-185.

kunnen nemen op de overige praktijk-BV's die als medematen fungeren, maar niet op de natuurlijke personen die hier achter zitten.[197]

Het voordeel van risicobescherming door de keuze voor een praktijk-BV zal echter afgewogen moeten worden tegen een aantal nadelen. Zo zijn er bijvoorbeeld de jaarrekeningplicht, de mogelijke toepasselijkheid van de uitkoop-, de geschillen- en de enquêteregeling en de niet toepasselijkheid van de deelnemingsvrijstelling (en dus heffing van dividendbelasting) indien de praktijk-BV aandeelhouder in een 'top'-NV of -BV is en minder dan 5% van de aandelen houdt.[198] Daarnaast is ook bij de praktijkvennootschappen de kans op aansprakelijkheid aanwezig. Dit betekent dat de BV's die fungeren als vennoot, een zodanige mate van verhaal zullen moeten bieden dat dit in een aanvaardbare verhouding staat tot het risico dat zij als vennoot van een personenvennootschap van vrije beroepsbeoefenaren lopen.[199] Als onder komend recht een (mega)claim wordt ingediend tegen een openbare vennootschap van praktijkvennootschappen wegens een toerekenbare tekortkoming (wanprestatie) en een beroep kan worden gedaan op een exoneratie voor hetgeen de schade het verzekerd bedrag te boven gaat, is er geen reden tot zorg. Als de claim echter wordt ingediend wegens wanprestatie zonder een gehonoreerd beroep op exoneratie (bijvoorbeeld bij grove schuld), op grond van wettelijke aansprakelijkheid of uit hoofde van onrechtmatige daad, zal elke praktijkvennootschap (behoudens disculpatie) voor het gehele bedrag kunnen worden aangesproken.[200] Wanneer deze praktijk-BV's onvoldoende verhaal bieden kan er een ander onwenselijk gevolg intreden namelijk dat de schuldeiser het faillissement van alle praktijk-BV aanvraagt waardoor de vennootschap zal worden ontbonden.[201]

Naast de praktijk-BV kiezen sommige beroepsbeoefenaren voor de NV als rechtsvorm. Het modelleren van een dergelijke NV zal veel inventiviteit en creativiteit vergen, waarbij men zich voortdurend zal afvragen of deze figuur als rechtsvorm voor samenwerking van beroepsbeoefenaren wel geëigend is.[202] Beoefenaren van het vrije beroep kunnen nu eenmaal niet vergeleken worden met aandeelhouders van grote beursgenoteerde ondernemingen.[203] De aandeelhouders zullen om hun onderlinge verhoudingen te regelen aandeelhoudersovereenkomsten sluiten, aangezien deze verhoudingen niet passen binnen het

197. Asser/Maeijer 5-V, onder punt 106a.
198. Wessels, B. (1995), 'Zorgen om morgen: beheersing van beroepsaansprakelijkheid in discussie', Njb 1995-7, blz. 233-239.
199. Mohr A.L. (1995), *supra* noot 42, blz. 2-13.
200. Portier, G.M. en D.F.M.M. Zaman (2003), *supra* noot 113, blz. 326-333.
201. Slagter, W.J. (1995), *supra* noot 45, blz. 173-178.
202. Asser/Maeijer 5-V, nr. 106a. Zie ook: het betoog van Mohr in het Verslag van de discussie in: J.M.M. Maeijer (2008), *supra* noot 67, blz. 153.
203. McCahery, J.A. en E.P.M. Vermeulen (2005a), *supra* noot 2, blz. 382-391.

dwingendrechtelijke karakter van de NV. Deze aandeelhoudersovereenkomsten zullen vaak op gespannen voet staan met dwingend vennootschapsrecht.[204] Naast de aandeelhoudersovereenkomsten worden vervolgens management- of aansluitovereenkomsten gesloten tussen ieder van de aandeelhouders en de desbetreffende NV.[205] Het resultaat van een NV-vorm waarin alle maten tot bestuurder zijn omgedoopt, zodat een abnormaal grote raad van bestuur wordt gecreëerd, is niet ondenkbaar. Volgens Slagter is een dergelijke NV een kind met een waterhoofd en wijst dit op een wanverhouding die in strijd is met de vennootschappelijke orde.[206] Andere nadelen zijn onder andere belastingnadelen en mogelijke doorwerking van dwingendrechtelijke bepalingen en corporate governance codes. Ook is het met een NV-vorm moeilijk om met het oog op de continuïteit, tegemoet te komen aan de behoefte de samenwerkenden voor langere tijd te binden. De NV-vorm is hier eigenlijk niet voor geschikt aangezien het uitgangspunt is dat aandelen overdraagbaar zijn.[207] In het geval van een accountants-NV, zou bijvoorbeeld de jaarrekening door een concurrerende accountant moeten worden gecontroleerd en vervolgens gepubliceerd, wat veelal ongewenst is.[208] Daarnaast blijft ook bij de beroeps-NV de mogelijkheid van persoonlijke aansprakelijkheid op grond van de artikelen 2:9 BW en 2:138 BW aanwezig. De constructies zorgen niet voor de gewenste aansprakelijkheidsbeperking en brengen daarnaast het dwingende kapitaalvennootschapsrecht met zich mee. De ondernemer of de vrije beroepsbeoefenaar moet de keuze worden gelaten, die rechtsvorm te kiezen die hem in de gegeven omstandigheden het geschiktst voorkomt zonder hem daarbij in enig keurslijf te dwingen.[209]

6.5.17 Conclusie gewenst aansprakelijkheidsregime voor het MKB en de vrije beroepsbeoefenaren

Personenvennootschappen bieden niet de gewenste aansprakelijkheidsbescherming voor de vennoten. In het Wetsvoorstel Titel 7.13 wordt de aansprakelijkheidsregeling voor vennoten[210] in een samenwerkingsverband van beroepsbeoefenaren

204. Schwarz, C.A. (2009), 'Statutaire of contractuele prijsfixatie bij overdracht van aandelen; wijzigende gezichtspunten en de rol van de redelijkheid en billijkheid', Tijdschrift voor ondernemingsbestuur 2009-1, blz. 14-21.
205. Zaman, D.F.M.M. (2008), *supra* noot 67, in: J.M.M. Maeijer (2008), *supra* noot 67, blz. 35.
206. Slagter, W.J. (1995), *supra* noot 45, blz. 173-178.
207. Vgl: Schwarz, C.A. (2009), *supra* noot 204, blz. 14-21.
208. Slagter, W.J. (1995), *supra* noot 45, blz. 173-178.
209. Tervoort, A.J.S.M. (1995), 'Haalt de personenvennootschap het jaar 2015?', in: M.J.G.C. Raaijmakers (1995), 'Ondernemingsrecht in internationaal perspectief', Deventer: Kluwer, blz. 245-259.
210. Hierbij gaat het om vennoten die voorheen georganiseerd waren in een maatschap en na invoering van het wetsvoorstel de vorm van een openbare vennootschap aannemen.

voor verbintenissen uit overeenkomst anders dan opdracht en voor verbintenissen uit onrechtmatige daad, zelfs verruimd. In plaats van aansprakelijkheid voor gelijke delen geldt onder de nieuwe titel een hoofdelijke aansprakelijkheid. De disculpatiemogelijkheid van artikel 7:813 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 zal niet voldoende bescherming geven, aangezien een schuldeiser bij een (beroeps)fout vaak ook zijn vordering op onrechtmatige daad kan baseren. Daarnaast zal, ondanks de disculpatiegrond bij een overeenkomst van opdracht, een (beroeps)fout vaak in het maatschappelijk verkeer aan de vennootschap worden toegerekend. Hierdoor zal dan uiteindelijk weer hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van artikel 7:813 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13 ontstaan. Ook kan de aangesproken vennoot uit hoofde van artikel 7:816 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 een regresrecht hebben, waardoor een vennoot die zich kan disculperen op grond van artikel 7:813 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 nog steeds door zijn medevennoten kan worden aangesproken voor het bedrag van zijn draagplicht in het tekort. Het risicobeperkend effect van de disculpatiemogelijkheid bij een overeenkomst van opdracht wordt dan via de verliesdeling doorbroken. Voor de gevolgen van buitencontractuele 'megaclaims' biedt het bepaalde in artikel 7:813 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 niet voldoende bescherming.[211] Vennoten kunnen het risico van de persoonlijke aansprakelijkheid afwentelen door een aansprakelijkheidsverzekering af te sluiten. Geen enkele aansprakelijkheidsverzekering geeft echter voor een in beginsel ongelimiteerd aansprakelijkheidsrisico, ook een ongelimiteerde verzekeringsdekking. Ook wanneer contractueel wordt afgesproken de aansprakelijkheid te beperken, is er een risico dat de rechter de exoneratieclausules opzij zet. Daarnaast zijn derden niet gebonden aan de overeenkomst waarin de exoneratieclausule is opgenomen. Verder kunnen dwingendrechtelijke bepalingen ervoor zorgen dat de aansprakelijkheid niet kan worden beperkt.[212]

6.6 Gewenst belastingregime voor het MKB en de vrije beroepsbeoefenaren

De belangrijkste verschillen tussen de personenvennootschappen enerzijds en de BV anderzijds liggen, afgezien van de aansprakelijkheidsaspecten, op het fiscale terrein.[213] Fiscale motieven spelen dan ook een belangrijke rol bij de keuze tussen een personenvennootschap en een kapitaalvennootschap. In Nederland is, net zoals in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk,

211. Mohr, A.L. et al. (2003a), 'Preadvies van de Vereeniging Handelsrecht; Personenvennootschappen', Deventer: Kluwer, blz. 60.
212. Wansink, J.H. (1991), 'Enige aspecten van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering', in: F. H.A. Arisz et al. (1991), 'Beroepsaansprakelijkheid: recht op een scheve schaats', Bundel ter gelegenheid van het Jonge Balie Congres 1991, Zwolle: Tjeenk Willink, blz. 109.
213. Zaman, D.F.M.M. (2008), *supra* noot 67, in: J.M.M. Maeijer (2008), *supra* noot 67, blz. 35.

een onderscheid te maken tussen fiscaal transparante ondernemingsvormen en vennootschappen die zelf subject zijn van belastingheffing. Door het streven naar een globaal evenwicht heeft de Nederlandse belastingwetgever getracht het fiscale aspect bij de rechtsvormkeuze buitenspel te zetten. Toch is er nog steeds een verschil in belastingdruk en zijn er verschillen in de fiscale faciliteiten, die aan de ondernemers ter beschikking staan bij de subjectief vennootschapsbelastingplichtigen en de transparante vennootschappen. Het verschil is in Nederland niet zo groot als in de Verenigde Staten, waarbij de kwalificatie als *corporation* een aanzienlijk hogere belastingdruk met zich brengt dan kwalificatie als *partnership*,[214] maar kan zeker een belangrijke rol spelen bij de keuze voor een rechtsvorm. Ondernemers die kiezen voor een personenvennootschap, met uitzondering van de open commanditaire vennootschap, krijgen te maken met de heffing over de winst uit onderneming, op grond van de inkomstenbelasting ('**Wet IB 2001**').[215] Kiezen de ondernemers daarentegen voor de BV dan is zowel de vennootschapsbelasting ('**Wet Vpb 1969**')[216] als de inkomstenbelasting van belang.

6.6.1 Inkomstenbelasting

De inkomstenbelasting bestaat al meer dan een volle eeuw. Bij de inwerkingtreding van de Wet IB 2001 op 1 januari 2001 werd het boxenstelsel ingevoerd. De inkomstenbelasting geschiedt in de vorm van belastingheffing over drie min of meer zelfstandige gesloten boxen. De eerste box bevat het inkomen uit 'werk en woning'. Hieronder vallen onder andere winst uit onderneming, loon en inkomsten uit eigen woning.[217] Deze box heeft een progressieve tariefstructuur met vier schijven, waarbij het laagste tarief 2,35% en het toptarief 52% is. De tweede box regelt de heffing over inkomen uit aanmerkelijk belang. Hiervoor geldt een vast tarief van 25%.[218] De derde box bevat de vermogensrendementsheffing. Deze heffing vindt plaats op basis van een verondersteld rendement van 4% van het gemiddeld vermogen. Het aldus bepaalde forfaitair rendement wordt belast tegen een vast tarief van 30%. Er wordt derhalve 1,2% geheven over het gemiddelde belastbare vermogen in een bepaald jaar.

---

214. Zie hiervoor: de paragrafen 4.4 en 4.5.7.
215. De Wet IB 2001 is gewijzigd met de Wet van 30 november 2006, houdende wijziging van belastingwetten ter realisering van de doelstellingen uit de nota 'Werken aan winst' (Wet werken aan winst; staatsblad 2006 631).
216. De Wet op de vennootschapsbelasting 1969 is gewijzigd met de Wet van 30 november 2006, houdende wijziging van belastingwetten ter realisering van de doelstellingen uit de nota 'Werken aan winst' (Wet werken aan winst; staatsblad 2006 631).
217. Artikel 3.1 Wet IB 2001.
218. Voor het belastingjaar 2007 bedroeg deze belasting 22% voor zover dat inkomen lager is of gelijk is aan €250.000. Voor het meerdere gold het reguliere tarief van 25%. De 'extra' tariefschijf van 22% was een tijdelijke maatregel voor belastingjaar 2007. Vanaf belastingjaar 2008 geldt dus weer een vast tarief van 25%.

6.6.2 Belastingplichtige onder de Wet IB 2001

Artikel 2 lid 1 Wet IB 2001 bepaalt wie aan de heffing van de inkomstenbelasting wordt onderworpen. Dit zijn alle natuurlijke personen die in Nederland wonen of die niet in Nederland wonen maar wel Nederlands inkomen genieten. Hieronder vallen zowel ondernemers als particulieren. Bij ondernemers kan men denken aan individuele personen die een onderneming drijven, maar ook aan samenwerkingsverbanden.[219] De wettelijke gedachte is dat de winst, die door de onderneming wordt gegenereerd, wordt toegerekend aan de natuurlijke persoon die in voldoende mate bij de onderneming is betrokken. Indien een aantal natuurlijke personen-ondernemers een samenwerking aangaan, zal er in het algemeen aanleiding zijn om de winsten uit de gezamenlijke onderneming rechtstreeks toe te rekenen aan de achterliggende personen-ondernemers. Iedere vennoot drijft als het ware zijn eigen onderneming, met een eigen ondernemingsvermogen. De personenvennootschappen zelf, zijn dan in beginsel geen belastingsubject voor de vennootschapsbelasting: zij zijn fiscaal transparant.[220] Slechts in bijzondere gevallen is de samenwerkingsvorm als zodanig van belang. Met name is dit het geval voor de heffing van de omzetbelasting. Daarbij geldt de samenwerkingsvorm zelf als belastingplichtige ondernemer.[221]

6.6.3 (Belastbare) Winst uit onderneming

Winst uit onderneming is de eerste in de inkomstenbelasting genoemde bron van inkomen. Degene die winst uit onderneming geniet, wordt aangeduid als *ondernemer*.[222] De winst uit onderneming is het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit de onderneming.[223] Onderneming omvat hier ook het zelfstandig uitgeoefende beroep.[224] De belastbare winst uit onderneming is het gezamenlijke bedrag van de winst die de belastingplichtige als ondernemer geniet uit een of meer ondernemingen verminderd met de ondernemersaftrek en de MKB-winstvrijstelling.[225] De ondernemersaftrek is het totaal van vijf verschillende ondernemersfaciliteiten:

---

219. Stevens, L.G.M. (2005), 'Basisboek Belastingen', Deventer: Kluwer, blz. 145.
220. Duuren, T.P. van (2004), 'De positie van de Nederlandse BV ten opzichte van haar buitenlandse equivalenten en de Europese BV', Ondernemingsrecht 2004/1-2, blz. 4-10.
221. Stevens, L.G.M. (2005), *supra* noot 219, blz. 148.
222. Artikel 3.4 en 3.5 Wet IB 2001. Vergelijk: L.G.M. Stevens (2005), *supra* noot 219, blz. 148. Artikel 3.4 Wet IB 2001 luidt: *'In deze afdeling en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder ondernemer: de belastingplichtige voor rekening van wie een onderneming wordt gedreven en die rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming'.*
223. Artikel 3.8 Wet IB 2001.
224. Artikel 3.5 lid 1 Wet IB 2001.
225. Artikel 3.2 Wet IB 2001. Dit artikel is met de Wet Werken aan winst aangepast aan de MKB-vrijstelling.

de zelfstandigenaftrek, de aftrek voor speur- en ontwikkelingswerk, de meewerkaftrek, de startersaftrek bij arbeidsongeschiktheid en de stakingsaftrek.[226] Daarnaast zijn er aan het ondernemerschap nog andere faciliteiten verbonden zoals onbeperkte verliescompensatie, recht op investeringsaftrek en willekeurige afschrijving, energie- en milieuaftrek en de fiscale oudedagsreserve. De MKB-winstvrijstelling geldt voor de ondernemer die aan het urencriterium[227] voldoet en bedraagt 10% van het gezamenlijke bedrag van de winst die de belastingplichtige als ondernemer geniet uit een of meer ondernemingen nadat dit bedrag is verminderd met de ondernemersaftrek.[228]

6.6.4 Vennootschapsbelasting

Rechtspersonen zijn onderworpen aan de heffing van een afzonderlijke winstbelasting, de vennootschapsbelasting.[229] Naast de rechtspersonen is er een aantal samenwerkingsverbanden dat op één lijn wordt gesteld met de kapitaalvennootschappen. Voorbeelden hiervan zijn de verenigingen op coöperatieve grondslag en de open commanditaire vennootschap. Deze worden op grond van artikel 2 Wet Vpb 1969 als belastingplichtige lichamen aangewezen. Kenmerkend voor de bestaande vennootschapsbelasting is het klassieke stelsel. Dit houdt in dat de winst van de rechtspersoon wordt bepaald ongeacht de uitdelingen aan de aandeelhouders. Het stelsel gaat uit van een zelfstandige belastingplicht van de rechtspersoon.[230]

6.6.5 Het winstbegrip

De Wet Vpb 1969 sluit in beginsel aan bij het winstbegrip uit de inkomstenbelasting.[231] Er is in de vennootschapsbelasting een aantal voorbehouden gemaakt. Zo spelen de regelingen betreffende persoonlijke ondernemersfaciliteiten geen rol en is bijvoorbeeld de waardering van pensioenverplichtingen in eigen beheer aan strakkere regels onderhevig. De winst wordt ter berekening van de belastbare winst verminderd met de aftrekbare giften.[232] Van de belastbare winst worden de te verrekenen verliezen afgetrokken.[233] Het bedrag

---

226. Respectievelijk: artikel 3.76, artikel 3.77, artikel 3.78, artikel 3.78a en artikel 3.79 Wet IB 2001.
227. Artikel 3.6 Wet IB 2001. Het urencriterium houdt kort gezegd in dat de belastingplichtige gedurende het kalenderjaar ten minste 1225 uren besteedt aan werkzaamheden voor een of meer ondernemingen waaruit de belastingplichtige als ondernemer winst geniet.
228. Artikel 3.79a Wet IB 2001.
229. Artikel 2 lid 1 Wet Vpb 1969.
230. Stevens, L.G.M. (2005), *supra* noot 219, blz. 305.
231. Artikel 8 Wet Vpb 1969.
232. Artikel 16 Wet Vpb 1969. De giftenaftrek is gelimiteerd.
233. Artikel 20 Wet Vpb 1969.

dat dan overblijft, is het belastbaar bedrag. De vennootschapsbelasting kent een tweeschijventarief. Over de eerste €200.000 van het belastbaar bedrag is 20% verschuldigd en over het meerdere is dit 25,5%.[234] Het lagere percentage wordt wel aangeduid als het MKB-tarief.[235] De effectieve Vpb-druk is in de regel lager dan het wettelijk tarief suggereert, omdat ondernemingen gebruikmaken van bepaalde fiscale faciliteiten.

6.6.6 Dubbele belastingheffing

Na afdracht van de vennootschapsbelasting door de rechtspersoon wordt vaak een deel van de overgebleven winst uitgekeerd aan de aandeelhouders in de vorm van dividend. Daarover is de aandeelhouder inkomstenbelasting verschuldigd. De meeste beleggers vallen onder de vermogensrendementsheffing. Deze heffing heeft tot gevolg dat het dividendbegrip 'oplost' in een breder begrip 'vermogensrendement'. Wanneer er sprake is van een aandeelhouder die een aanmerkelijk belang heeft (5% of meer van de aandelen van de vennootschap), wordt het dividend in box 2 belast. Over de uitgekeerde winst wordt dus tweemaal geheven; eerst de vennootschapsbelasting en vervolgens de inkomstenbelasting. Er is met andere woorden sprake van een dubbele heffing.[236] Verder dient een directeur-grootaandeelhouder zichzelf een minimum salaris toe te kennen, dat aftrekbaar is voor de vennootschap. De directeur-grootaandeelhouder dient hierover wel inkomstenbelasting af te dragen.

6.6.7 Belastingheffing personenvennootschap 'nieuwe stijl'

De vraag rijst hoe de personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid fiscaal zal worden gekwalificeerd. In de toelichting van het Wetsvoorstel Titel 7.13 staat dat de beoogde effecten van de civielrechtelijke regeling niet doorkuist mogen worden door fiscale regelgeving.[237] De huidige tekst van de Wet Vpb 1969 leidt niet tot de conclusie dat deze personenvennootschappen belastingplichtig zouden worden. Zij vormen geen vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal en vallen door artikel 7:804 Wetsvoorstel Titel 7.13 niet automatisch onder het begrip 'rechtspersoon'. In dat artikel staat namelijk dat voor wettelijke bepalingen buiten titel 7.13 van het Burgerlijk Wetboek, voor zover niet anders blijkt, met het begrip rechtspersoon niet mede wordt bedoeld de personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid.[238] Aan de fiscale transparantie

234. Dit zijn de tarieven voor de vennootschapsbelasting in het jaar 2010.
235. Schie, P.M. van et al. (2006), 'Hoofdlijnen van het Nederlands belastingrecht', Deventer: Kluwer, blz. 265.
236. Schie, P.M. van et al. (2006), *supra* noot 235, blz. 23.
237. *Kamerstukken II,* 2004-2005, 28 746, nr. 3, blz. 6.
238. *Kamerstukken II,* 2006-2007, 31 065, nr. 3, blz. 35.

is in de Invoeringswet titel 7.13 uitvoering gegeven door het handhaven van de fiscale transparantie voor de heffing van inkomsten- en de vennootschapsbelasting voor personenvennootschappen, ongeacht of zij wel of geen rechtspersoonlijkheid bezitten.[239]

6.6.8 Voordelen en nadelen Vpb en IB

In de jaren tachtig van de vorige eeuw heeft de belastingheffing van de BV tot een grote populariteit van deze rechtsvorm geleid. Het vennootschapsbelastingtarief waarmee de BV werd geconfronteerd bedroeg eind jaren tachtig namelijk 35%, terwijl het progressieve tarief van de inkomstenbelasting, waaraan particuliere ondernemers onderworpen werden, opliep tot een toptarief van 72%.[240] Tegenwoordig liggen deze tarieven veel dichter bij elkaar. In Nederland streeft de belastingwetgever naar een globaal evenwicht. Het globale evenwicht houdt in dat de belastingdruk op de verschillende rechtsvormen waarin ondernemingen gedreven worden, evenwichtig moet zijn of met andere woorden globaal gelijk moeten zijn, in die zin dat de keuze van de rechtsvorm niet louter bepaald wordt door fiscale motieven.[241] Een voorbeeld binnen de Nederlandse belastingwetgeving om de belastingdruk voor de verschillende rechtsvormen weer gelijk te krijgen is de introductie van de MKB-winstvrijstelling.[242] Ondanks dit streven blijven er verschillen bestaan. De fiscale faciliteiten bij de inkomstenbelasting, zoals de ondernemersaftrek en de fiscale oudedagsreserve, zijn bijvoorbeeld een belangrijk voordeel ten opzichte van Vpb-ondernemingen, waarvoor deze regelingen niet gelden.[243] Fiscaal is een personenvennootschap vooral aantrekkelijk bij verwachte (meestal aanvangs)verliezen, onder andere bij joint ventures.[244] Hierbij richten de moedervennootschappen bijvoorbeeld allebei een BV op die vervolgens als vennoten in een fiscaal transparante vennootschap fungeren. De moedervennootschappen kunnen dan vervolgens met hun dochters een fiscale eenheid aangaan. Door de transparantie kunnen verliezen van de vennootschap onmiddellijk verrekend worden met in hetzelfde jaar gemaakte winsten op het niveau van de vennoten.[245]

---

239. *Kamerstukken II,* 2006-2007, 31 065, nr. 3, blz. 34.
240. Mol-Verver, S.J. (2005), 'De BV als belastingsubject?', O&F, 2005/65, blz. 67-74.
241. Zie onder andere: het advies van de Raad van State, d.d. 10 mei 2006 No, W06.06.0125/IV; inzake het voorstel van wet tot wijziging van belastingwetten ter realisering van de doelstelling uit de nota 'Werken aan winst'.
242. Artikel 3.79a Wet IB 2001.
243. Vgl: Hessels S.J.A. en E.H. Hooge (2006), 'Small Business Governance; een verkenning naar de betekenis en de praktijk van corporate governance in het MKB', Zoetermeer: EIM Onderzoek voor Bedrijf en Beleid, blz. 20.
244. Asser/Maeijer 5-V, nr. 93.
245. Tervoort, A.J.S.M. (1995), *supra* noot 209, in: M.J.G.C. Raaijmakers (1995), *supra* noot 209, blz. 245-259.

Vanaf een bepaald winstniveau wordt de BV-vorm echter fiscaal aantrekkelijker dan de IB-onderneming. Dit wordt ook wel het omslagpunt genoemd.[246] Dit punt is afhankelijk van tal van factoren, zoals de toepasselijkheid van fiscale faciliteiten en de mate waarin door een BV gemaakte winst wordt ingehouden dan wel wordt uitgedeeld. Afhankelijk van de specifieke situatie zal het omslagpunt dan ook per individueel bedrijf anders uitvallen.[247] Het bepalen van de hoogte van de fiscale winst, die correspondeert met dit punt, is dus verre van eenvoudig. Met inachtneming van al deze slagen om de arm kan als vuistregel worden gegeven dat bij een fiscale winst tot €50.000 een IB-onderneming de voorkeur verdient en bij een winst van meer dan €250.000 de BV op het punt van de belastingheffing een fiscaal gunstige rechtsvorm is. Bij een winstniveau tussen beide bedragen is de keuze casusspecifiek.[248] Bij een toename van de winsten kunnen transparante entiteiten er ook voor kiezen om een vennootschapsbelastingplichtige entiteit, zoals de BV, boven de transparante entiteit te hangen om zodoende via deze constructie op het hogere niveau de voordelen van de vennootschapsbelasting te genieten.

6.6.9 Conclusie gewenst belastingregime voor het MKB en de vrije beroepsbeoefenaren

De huidige fiscale regelgeving in Nederland over de heffing van ondernemingswinsten wordt gekenmerkt door diversiteit. Er is geen sprake van één winstbelastingsysteem dat van toepassing is op alle denkbare rechtsvormen van ondernemingen die winst maken. Het winstbelastingsysteem is juist opgebouwd uit verschillende belastingswetten ieder met een eigen tariefstructuur, grondslagbepaling en heffingswijze.[249] Ondernemers kunnen zelf in belangrijke mate bepalen op basis van welke fiscale wetten en regels zij belast willen worden. Richtinggevend daarbij is de gekozen rechtsvorm.[250]

Afhankelijk van de hoogte van de winst zal er bij de Nederlandse vennootschappen een voorkeur zijn voor de personenvennootschapsvorm of een kapitaalvennootschapsvorm. Voor kleine ondernemingen en samenwerkingsvormen waarbij de winst gering is, zal de voorkeur naar alle waarschijnlijkheid uitgaan naar de personenvennootschapsvorm. Voor een natuurlijk persoon is de BV pas aantrekkelijk bij hoge winsten. Aan het beperken van de aansprakelijkheid door middel van een BV kan voor een natuurlijke persoon dan ook een stevig fiscaal

246. Es, J.A.G. van (2007), 'Afweging BV of eenmanszaak; tendens in de tijd', TFO 2007/92, blz. 94-103.
247. *Kamerstukken II*, 2005-2006, 30 572, nr. 5 onder punt 2.2.
248. Schie, P.M. van et al. (2006), *supra* noot 235, blz. 267.
249. Mol-Verver, S.J. (2005), *supra* noot 240, blz. 67-74.
250. Hessels S.J.A. en E.H. Hooge (2006), *supra* noot 243, blz. 19.

prijskaartje hangen.[251] Daarbij komt dat de aansprakelijkheid ondanks de rechtsvorm toch kan bestaan vanwege de persoonlijke aard van de activiteit en daarmee samenhangende persoonlijke verantwoordelijkheid voor het handelen. Ook vanuit fiscaal oogpunt zou het daarom gewenst kunnen zijn een tussenvorm te introduceren, waarbij de civielrechtelijke aansprakelijkheid is beperkt en tegelijkertijd fiscale transparantie bestaat. Deze combinatie van beperkte aansprakelijkheid en fiscale transparantie kan op twee manieren bereikt worden. Enerzijds zou de fiscale wetgever ertoe kunnen overgaan door een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting of een optiestelsel, gelijkend op het Amerikaanse *check-the-box* systeem, te introduceren. Anderzijds zou de civiele wetgever een Nederlandse LLP-vorm kunnen introduceren die als transparante entiteit wordt aangemerkt. Het optiestelsel biedt de grootste flexibiliteit en stelt vennootschappen instaat te groeien zonder dat van rechtsvorm gewisseld moet worden omdat de grootte van de winst aanleiding geeft tot een andere gewenste belastingheffing. In de praktijk heerst de vrees dat er weinig te verwachten is van de fiscale wetgever.[252] De introductie van een optiestelsel of een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting zal waarschijnlijk niet op korte termijn plaatsvinden. De vraag of de voornoemde combinatie fiscaal mogelijk zou zijn binnen de huidige fiscale regeling via een openbare vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, dus zonder het introduceren van een optiestelsel of een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting, onderzoek ik in hoofdstuk 7.

6.7 Een Nederlandse LLP gewenst

De BV en de personenvennootschappen verschillen van elkaar in karakter en daarmee in de inrichting van de interne organisatie, in de regelingen over de aansprakelijkheid en in de wijze waarop zij in de belastingheffing worden behandeld. De modernisering van het vennootschapsrecht brengt de rechtsvormen dichter bij elkaar, maar op cruciale punten blijven zij van elkaar verschillen. In de voorgaande paragrafen heb ik aandacht besteed aan de toenemende aansprakelijkstellingen en de behoeften van het MKB en de beroepsbeoefenaren. Ik heb de gewenste vennootschapstructuur, aansprakelijkheidsregeling en fiscale behandeling voor het MKB en het vrije beroep besproken en ik heb onderzocht in hoeverre het toekomstige BV-recht en personenvennootschapsrecht daaraan tegemoet komen.

De vraag rijst of de modernisering van het BV-recht en het personenvennootschapsrecht voldoende is om aan het MKB en de beoefenaren van het vrije

251. Jansen, J.J.M. (2008), 'Ondernemers in 2008', MBB nr. 2, blz. 47-57.
252. Stevens, A.J.A. (2008a), 'Ooh LLP, gij schoonste aller vrouwen?!?', NTFR 2008/337, blz. 1-4.

beroep bruikbare rechtsvormen te bieden. Uit de commentaren op het ambtelijk voorontwerp is op te maken dat niet iedereen de bevestigende mening van de minister van Justitie hierover deelt. Met het Wetsvoorstel flex-BV wordt nog onvoldoende recht gedaan aan de wens van vereenvoudiging en flexibilisering.[253] Het Wetsvoorstel flex-BV kiest op een aantal plaatsen toch voor een behoudende en 'institutionele' benadering, ook voor de kleine eenmans- en samenwerkings-BV. De wijzigingen lijken zich in de hoofdzaak te richten op de BV met een bredere groep van op afstand geraakte aandeelhouders en blijft in de regeling daarvoor sterk aanleunen tegen de gedetailleerde regels van NV-recht.[254] Uit de commentaren komt naar voren dat de minister van Justitie meer oog zou hebben voor wat hij objectief evenwichtige verhoudingen acht dan voor de subjectieve behoeften van de gebruikers.[255] Opvallend is dat, ondanks het streven om meer vrijheid te geven aan de ondernemers om naar eigen goeddunken de interne organisatie in te richten van de vennootschap waarin zij hun onderneming drijven, ervoor gekozen is om het dwingendrechtelijk uitgangspunt te handhaven. Naar de mening van de gecombineerde commissie vennootschapsrecht[256] van de beroepsorganisaties van advocaten en notarissen zijn ten onrechte bepaalde onderwerpen van dwingendrechtelijke aard gehandhaafd. Zelfs constateert de commissie enkele nieuwe dwingendrechtelijke regels. De ruimte die wordt verschaft om in de statuten van bepaalde zaken af te wijken kan leiden tot inefficiëntie. In de praktijk worden de afspraken tussen aandeelhouders namelijk eerst gedetailleerd vastgelegd in een aandeelhoudersovereenkomst. Deze afspraken moeten later omgezet worden in de statuten, wat kostbaar en tijdrovend is.[257] In het WODC-onderzoek naar buitenlandse rechtsvormen is ook geconcludeerd dat er op grond van de onderzochte buitenlandse ervaringen

253. Albicher, H.M.A. en J.J.M. van Mierlo (2006), 'Tweede tranche ambtelijk voorontwerp nieuw BV-recht: inventarisatie naar aanleiding van de consultatieronde', Tijdschrift voor ondernemingsbestuur 2006-2, blz. 43-49.
254. Commentaar van VNO-NCW (2005), d.d. 24 maart 2005 op het consultatiedocument 'vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht eerste tranche', deel II onder punt 1. Zie ook: de reactie van de CDA-fractie op het Wetsvoorstel flex-BV waarin de fractie aangeeft dat de kans niet is gegrepen om het BV-recht wat meer te ontkoppelen van het NV-recht. Het belang van de kleine ondernemer, de starter, de beroepsbeoefenaar die zijn bedrijf in een BV-vorm heeft gegoten is volgens de CDA-fractie gelijk aan het belang van de aandeelhouder van een internationaal georiënteerd bedrijf. Zie: *Kamerstukken II*, 2007-2008, 31 058, nr. 5, blz. 2.
255. Blanco Fernández, J.M. (2008a), 'Denkend aan zeggenschap', in: J.M.M. Maeijer (2008), *supra* noot 67, blz. 44.
256. De gecombineerde commissie vennootschapsrecht is een advies adviescommissie van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie. De commissie volgt de ontwikkelingen op het gebied van het vennootschapsrecht. Zij brengt hierover namens de beroepsorganisaties adviezen uit indien en voor zover het haar met het oog op de praktijkuitoefening van advocaten en notarissen wenselijk voorkomt.
257. Nederlandse Vereniging van Participatiemaatschappijen (2005), 'Reactie op ambtelijk voorontwerp van wet inzake flexibilisering BV-recht', blz. 2.

aanleiding is om zich te bezinnen op de keuze voor dwingend recht. Het uitgaan van regelend recht betekent volgens de onderzoekers dan ook niet de algehele afschaffing van dwingend recht. De wetgever kan op goede gronden de autonomie van partijen over een bepaald onderwerp of onder bepaalde omstandigheden beperken en kan zorgen voor aanvullend recht.[258] De minister heeft echter vastgehouden aan het dwingendrechtelijke karakter van het BV-recht.[259]

Is een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid dan toch wenselijk? Sommige menen dat het wel degelijk nuttig en zinvol is een nieuwe rechtsvorm te overwegen die een tussenvorm biedt tussen een personenvennootschap en een BV.[260] Deze vorm zou aantrekkelijk zijn voor kleinere samenwerkingsverbanden tussen ondernemers, beroepsmaatschappen en joint ventures. Daartoe is volgens het VNO-NCW reden nu ook het Wetsvoorstel flex-BV zich slechts in beperkte mate losmaakt van het NV-recht.[261] De flex-BV brengt dan wel een aanzienlijke vereenvoudiging en flexibilisering van deze rechtsvorm met zich, maar bij nadere analyse blijkt dat optimale contracts- en inrichtingsvrijheid alleen bereikt wordt bij de personenvennootschappen uit Titel 7.13. Het grote nadeel van deze rechtsvormen blijft echter de hoofdelijke verbondenheid van de vennoten.[262] Ook bij de parlementaire bespreking in de Eerste en Tweede Kamer kwam dit naar voren: *'Uit de literatuur en ook uit*

258. Blanco Fernández, J.M. en M. van Olffen (2007), *supra* noot 58, blz. 97.
259. De vraag rijst welke kosten de dwingendrechtelijke regels die in het wetsvoorstel zijn opgenomen, met zich brengen. Het antwoord daarop is nog niet te geven. Voor de berekening van de nalevingskosten is pas recentelijk een berekeningsmodel ontwikkeld en de uitkomst daarvan is nog niet bekend. *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 058, nr. 6, blz. 4.
260. Zie onder andere: Raaijmakers, M.J.G.C. (2003b), *supra* noot 18, blz. 246-253, J.A. McCahery en E.P.M. Vermeulen (2005a), *supra* noot 2, blz. 382-391, J.A. McCahery en E.P.M. Vermeulen (2007b), 'Is de 'nieuwe' BV voldoende aantrekkelijk in internationaal verband?', Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk 2007/6, blz. 263-271, J.J.M. Jansen (2008), *supra* noot 251, blz. 47-57, D.F.M.M. Zaman (2008), *supra* noot 67, in: J.M.M. Maeijer (2008), *supra* noot 67, blz. 31, D.F.M.M. Zaman (2007), 'Een nieuwe rechtsvormgeving', Den Haag: Sdu Uitgevers, blz. 39-40. Mohr in Verslag van de Vergadering van de Vereeniging Handelsrecht van 6 november 1998 in: J.M.M. Maeijer (1998), *supra* noot 94, blz. 17, A.J.S.M. Tervoort (2003a), *supra* noot 123, in: J.M. Gerretsen (red.) (2003), *supra* noot 123, blz. 92-93, A.J.S.M. Tervoort (2003c), 'Inleiding', in: J.M. Gerretsen (red.) (2003), *supra* noot 123, blz. 26, A.J.A. Stevens (2008a), *supra* noot 252, blz. 1-4, A.S.J.M. Tervoort (2008), 'Kabinetsreactie op onderzoek naar rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's', Ondernemingsrecht 2008/4, blz. 167-169 en Th.J.M.L. Verhoeff (2007), 'Nieuwe rechtsvorm is nodig', Financieele Dagblad van 6 december 2007. Buijn pleit voor een vorm waarbij alleen interne aansprakelijkheid geldt en waarbij de nadruk ligt op een juiste inbreng die voor derden kenbaar is. Zie: F.K. Buijn (2000), Preadvies: Deel II: 'Privaatrechtelijke rechtspersonen: rechtspersoonlijkheid en rechtsvorm', NJV 2000, vanaf blz. 219.
261. Commentaar van VNO-NCW, *supra* noot 254, deel I onder punt 2.
262. Zaman, D.F.M.M. (2008), *supra* noot 67, in: J.M.M. Maeijer (2008), *supra* noot 67, blz. 36.

hetgeen door VNO-NCW naar voren wordt gebracht, blijkt juist wél behoefte te bestaan aan de introductie van een vennootschapsvorm die de inrichtingsvrijheid van de personenvennootschap combineert met de beperkte aansprakelijkheid van de kapitaalvennootschap. Juist voor startende ondernemers zou de introductie van een dergelijke rechtsvorm uiterst welkom zijn'.[263] De CDA-fractie uit de Tweede Kamer is ook een voorstander van een Nederlandse LLP: *'Is het juist dat de regering naar aanleiding van een onderzoek door het van der Heijden Instituut in Nijmegen alsnog overweegt om de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid in het Nederlandse recht te incorporeren. Deze leden meenden (sic) dat dit een winst zou zijn'*.[264] Ook Mohr wijst op de wenselijkheid van een nieuwe rechtsvorm. Hij stelt dat de nieuwe aansprakelijkheidsregels van het Wetsvoorstel Titel 7.13, en in het bijzonder de beperkte werking van de disculpatiegrond uit artikel 7:813 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13, de vraag doet rijzen of het wetsvoorstel niet meer aandacht had moeten geven aan de figuur van een beroepsvennootschap met beperkte aansprakelijkheid.[265] De constructies die nu door verschillende vrije beroepsbeoefenaren worden gebruikt om de aansprakelijkheid te beperken, zijn niet ideaal (zie hiervoor paragrafen 6.3.6 en 6.5.16). Daarnaast is gesteld dat nieuwe ondernemingsvormen zoals een Nederlandse pendant van de LLP, en wetgeving dienen te worden ontwikkeld om met de Europese veranderingen gelijke tred te houden. De rol van hekkensluiter zou Nederland misstaan.[266] Sommige nemen een wat milder standpunt in en menen dat op termijn, mede aan de hand van een evaluatie van de ervaringen opgedaan onder het nieuwe recht en aan de hand van verdere ontwikkelingen in buitenlandse stelsels, bezien zal moeten worden of introductie van nieuwe rechtsvormen alsnog wenselijk is.[267] Tegenstanders van een nieuwe rechtsvorm stellen dat de overgang van een bestaand stelsel naar een nieuw stelsel (te) hoge kosten met zich brengt en dat in de praktijk aan de introductie van nieuwe rechtsvormen net zo min behoefte bestaat als aan continuering van de BV als hoofdzakelijk een kloon van de rechtsvorm NV. Daarvoor is volgens hen de praktijk met het fenomeen BV te zeer vertrouwd.[268]

---

263. Zie: *Kamerstukken I*, 2005-2006, 28 746, D, blz. 3.
264. Zie: *Kamerstukken II*, 2007-2008, 31 065, nr. 7. Zie ook: *Kamerstukken II,* 2007-2008, 29 752, nr. 7, blz. 3.
265. Mohr, A.L. et al. (2003a), *supra* noot 211, blz. 60.
266. Vgl: Bratton W.W. et al. (1999), *supra* noot 34, blz. VI en J.A. McCahery en E.P.M. Vermeulen (2005a), *supra* noot 2, blz. 382-391.
267. Gecombineerde commissie vennootschapsrecht van de Orde van Nederlandse Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (2005), 'Eerste Tranche Ambtelijk Voorontwerp Vereenvoudiging en Flexibilisering van het BV-recht Orgaanstructuur en bevoegdheden, aandelen en certificaten', blz. 2 en J.M. Blanco Fernández en M. van Olffen (2007), *supra* noot 58, blz. 102.
268. Stokkermans, Chr. M. (2005), 'Pleidooi voor meer flexibiliteit en lastenverlichting; reactie van Allen & Overy naar aanleiding van het ambtelijk voorontwerp van wet inzake Flexibilisering BV-recht (eerste tranche)', blz. 3.

Hierbij komt echter de behoudzucht terug, zoals in paragraaf 6.4.2 naar voren is gekomen. Wanneer Nederland echt een gunstig ondernemings- en vestigingsklimaat wil bieden, zal de wetgever niet aan bestaande rechtsvormen moeten blijven sleutelen omdat die vertrouwd zijn, maar moeten kiezen voor echt bij de behoeften passende vormen.

Nederland ondergaat door de open en sterk op het buitenland gerichte economie, de invloed van internationalisering en globalisering. Door de uitspraken van het Europese Hof heeft een kentering plaatsgevonden in de mogelijkheden van vennootschappen om zich te vestigen in een buitenland. De Nederlandse wetgeving dient de praktijk een adequaat en flexibel instrumentarium aan rechtsvormen te bieden om niet achterop te raken bij de rest van de lidstaten van de EU. Of vennootschappen daadwerkelijk de mogelijkheden van zetelverplaatsing zullen gaan benutten is een andere vraag. De cijfers van vennootschappen die zich in de afgelopen jaren in het buitenland hebben gevestigd, laten niet een overweldigende migratie zien. De redenen hiervoor heb ik in hoofdstuk 2 tegen de achtergrond van de Amerikaanse jurisdictionele competitie besproken. Vennootschappen hebben voor de vestiging van de zetel over het algemeen een voorkeur voor het land waar zij ook hun activiteiten uitvoeren. Dit zal naar alle waarschijnlijkheid ook gelden voor het grootste gedeelte van de Nederlandse vennootschappen. Desalniettemin bestaat de dreiging dat deze vennootschappen toch voor een buitenlandse vennootschapsvorm kiezen indien Nederland achterblijft met het bieden van gunstig ondernemingsrecht. Het aannemen van buitenlandse rechtsvormen binnen de advocatuur is daarvan een teken. Dit zou betekenen dat het voor Nederland een aantrekkelijke optie zou kunnen zijn haar palet aan rechtsvormen uit te breiden met een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid. In hoofdstuk 3 heb ik aandacht besteed aan de gevolgen van verschillende aansprakelijkheidsregimes. Ik heb daarbij verschillende rechtstheorieën besproken en de verschillende aansprakelijkheidsregimes in perspectief geplaatst, toegespitst op de verschuiving van de ondernemingsrisico's. De vrees dat een dergelijke nieuwe rechtsvorm zou leiden tot een ongewenste benadeling van de schuldeisers kan via verschillende beschermingsmethoden worden tegengegaan.

Het is moeilijk te voorspellen of de nieuwe regelingen voor de OVR en de flexibele BV zullen leiden tot grote veranderingen in de overwegingen die een rol spelen bij de keuze voor de ene of de andere rechtsvorm. Verwacht mag worden dat de vennootschapstructuur, fiscale motieven en de al dan niet beperkte aansprakelijkheid de keuze voor een OVR of BV blijven domineren.[269] De combinatie van de gewenste vennootschapstructuur, aansprakelijkheidsregeling en fiscale behandeling (zoals besproken in de paragrafen 6.4-6.6)

269. *Kamerstukken II,* 2006-2007, 31 058, nr. 4, blz. 6.

is in Nederland niet voorhanden, maar zou via een Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid wel aangeboden kunnen worden. Alhoewel er argumenten zijn aangedragen voor de strategie om het bestaande vennootschapsrecht aan te passen in plaats van het introduceren van een nieuwe rechtsvorm, zie ik de voordelen van een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Ik maak daarin een andere afweging. Door een nieuwe rechtsvorm zal de noodzaak afnemen om ingewikkelde constructies te ontwerpen die gepaard gaan met onnodige formaliteiten en het dwingendrechtelijk kapitaalvennootschapsrecht. Samenwerkingsvormen, waarvoor (het juridische karakter of de fiscale behandeling van) de BV en de NV niet geschikt zijn, zullen door een dergelijke rechtsvorm toch bescherming kunnen genieten tegen de sterk veranderende aansprakelijkheidscultuur. In de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk is deze leemte opgevuld en dit heeft geresulteerd in een rijker palet aan beschikbare rechtsvormen. Niet alleen zal Nederland hierdoor passende antwoorden bieden die voor ondernemers gezien de huidige ontwikkelingen wenselijk kunnen zijn, Nederland zal ook zijn concurrentiepositie ten opzichte van andere Europese landen behouden.

6.8 De Nederlandse LLP

Bij de invulling van deze nieuwe rechtsvorm zal niet alleen met het Nederlandse ondernemingsrecht rekening gehouden moeten worden, maar ook met de (ruime) ervaringen in het buitenland zoals de hiervoor besproken LLC en de LLP in de Amerikaanse staten. De LLC werd voornamelijk uit fiscaal oogpunt ontwikkeld en is een hybride rechtsvorm die noch een kapitaalvennootschap, noch een personenvennootschap is. Naast de gunstige belastingheffing heeft de LLC het voordeel dat er keuze bestaat tussen een bestuurders-bestuurde (*manager-managed*) of een deelnemers-bestuurde (*member-managed*) LLC. Deze laatste vorm lijkt in grote mate op de LLP. De LLP is een subvorm van de al bestaande personenvennootschap, de *general partnership*. Het verschil tussen de LLC en de LLP is ten eerste gelegen in de beschikbaarheid voor bedrijfsmatige of beroepsmatige vennootschappen. Diverse staten hebben echter in de loop van de tijd zowel de LLC als de LLP voor beide categorieën opengesteld. Daarnaast is er bij de LLC sprake van een *full shield*-aansprakelijkheid, terwijl dit niet voor alle LLP-regelingen is aangenomen. In het Verenigd Koninkrijk is ook een LLP ingevoerd. Deze lijkt echter meer op de LLC dan op de LLP zoals die in de meeste Amerikaanse staten voorkomt (hierna aangeduid als de 'Amerikaanse LLP'), doordat de toepassing van het personenvennootschap voor het grootste gedeelte buiten werking wordt gesteld. De keuzevrijheid voor een deelnemers-bestuurde of een bestuurders-bestuurde vennootschap is niet mogelijk.

De nieuwe Nederlandse rechtsvorm zal het meest moeten lijken op de Amerikaanse LLP. Na de vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht, zal het BV-recht voor vennootschappen, waarbij de functies van aandeelhouder en bestuurder door aparte personen worden vervuld, voldoende zijn om aan hun wensen tegemoet te komen. De vennootschappen die een dergelijke structuur vereisen, zijn vaak verder in ontwikkeling en genereren over het algemeen een hogere winst dan de kleine startende vennootschappen. Voor deze winstgevende vennootschappen is de belastingheffing onder de vennootschapsbelasting meestal lonend. De problemen ontstaan bij vennootschappen waarbij de aandeelhouders- en bestuursfuncties door dezelfde personen worden bekleed. Een grotere flexibiliteit bij de invulling van de interne organisatie, en belastingheffing als een fiscaal transparant lichaam, passen vaak beter bij deze vennootschappen. Voor de vrije beroepsbeoefenaren is een op de openbare vennootschap lijkende rechtsvorm wenselijk, maar dan met de beperking van de aansprakelijkheid. Ook voor joint ventures zou een dergelijke vorm gewenst kunnen zijn gelet op de fiscale classificatie. Een nieuwe rechtsvorm gelijkend op de bestuurders-bestuurde LLC of de Engelse LLP is daarom niet noodzakelijk, een nieuwe rechtsvorm gelijkend op de Amerikaanse LLP, daarentegen wel gewenst. Bij de vormgeving van de Nederlandse LLP zullen bepaalde aspecten van de Engelse LLP wel meegenomen kunnen worden.

6.8.1 Wettelijke verankering van de Nederlandse LLP

In de nieuwe rechtsvorm zou het beste van de twee werelden (personenvennootschappen en BV's) gecombineerd moeten worden.[270] Voor de Nederlandse LLP betekent dit een combinatie van organisatorische flexibiliteit, de kwalificatie als een fiscaal transparant lichaam en de beperking van de aansprakelijkheid van de vennoten. Realisatie van deze rechtsvorm kan allereerst geschieden door introductie van een geheel nieuwe zelfstandige rechtsvorm los van het BV-recht en los van het personenvennootschapsrecht. Een andere optie is om, net als bij de Amerikaanse LLP, te kiezen voor integratie van de nieuwe rechtsvorm in een al bestaande regeling, zodat de nieuwe entiteit een subvorm wordt van een bestaande rechtsvorm. Dit heeft als voordeel dat de nieuwe rechtsvorm deel gaat uitmaken van een al ontwikkelde regeling en bestaande rechtspraak, waar men in de loop van de tijd mee bekend is geraakt. Uit de ontwikkeling van de LLC is gebleken dat, ondanks het mogelijke gevaar dat nieuwe rechtsvormen vanwege onbekendheid in het rechtsverkeer niet gebruikt worden, de keuze voor de geheel nieuwe rechtsvorm van de LLC goed heeft uitgepakt. Gelet op het feit dat de Nederlandse LLP een meer op samenwerking gerichte vennootschap zou moeten worden zonder verschillende organisatiestructuren met

270. Vgl: McCahery, J.A. en E.P.M. Vermeulen (2005a), *supra* noot 2, blz. 382-391.

eigensoortige regels, is een volledig autonome regeling niet vereist. De Nederlandse LLP kan als een Openbare Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid, een '**OVBA**', een plaats in het personenvennootschapsrecht krijgen als een subvorm van de vennootschap bedoeld in artikel 7:800 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13, alleen dan met beperkte aansprakelijkheid. Dit artikel luidt op dit moment: *'Vennootschap is de overeenkomst tot samenwerking voor gemeenschappelijke rekening van twee of meer personen, de vennoten, welke samenwerking is gericht op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel ten behoeve van alle vennoten door middel van inbreng door ieder van de vennoten*'.

Dit artikel sluit aan bij de regeling van de LLP in RUPA 1997.[271] Ook de Engelse LLP-regeling vereist dat er sprake moet zijn van een samenwerking van twee of meer personen die handelen met een winstoogmerk.[272] Door de OVBA onderdeel te laten zijn van Wetsvoorstel Titel 7.13, zou de contractuele vrijheid van de vennoten om de vennootschap naar eigen wens in te richten, centraal staan. Wanneer partijen zelf bepaalde zaken niet geregeld hebben, moeten zij terug kunnen vallen op de bepalingen van het personenvennootschapsrecht. Voor de nieuwe rechtsvorm dienen extra bepalingen die exclusief gelden voor de nieuwe rechtsvorm, te worden toegevoegd aan Wetsvoorstel Titel 7.13. Opname van de nieuwe rechtsvorm in het personenvennootschapsrecht en dus terminologische aansluiting bij de andere personenvennootschappen kan er verder voor zorgen dat een openbare vennootschap gemakkelijk omgezet kan worden in een OVBA. Voorbeeldmodellen voor een vennootschapsovereenkomst zouden er daarnaast voor kunnen zorgen dat de kosten voor het opstellen van een dergelijke overeenkomst voor kleine vennootschappen worden verlaagd. Een vennootschap die de vorm van een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid wenst aan te nemen, zou zich als zodanig moeten registreren bij de Kamer van Koophandel. In het Verenigd Koninkrijk is de mogelijkheid geboden dit via het Internet te regelen. Een dergelijke wijze van registratie zou ook in Nederland mogelijk moeten zijn. In de volgende paragrafen bespreek ik de integratie van de OVBA in het nieuwe personenvennootschapsrecht meer in detail. Hierbij doe ik voorstellen voor wijzigingen of toevoegingen van artikelen in het Wetsvoorstel Titel 7.13, die mijn inziens bij introductie van deze nieuwe rechtsvorm nodig zouden zijn.

---

271. RUPA 1997 section 101 (6): *'An association of two or more persons to carry on as co-owners a business for profit formed under Section 202, predecessor law, or comparable law of other jurisdiction'*.
272. De Britse LLP is echter geen subvorm van de Britse *partnership*.

6.8.2 Beschikbaarheid

In de Verenigde Staten zijn er in de diverse LLP-regelingen verschillende regels over de beschikbaarheid van de LLP. In sommige staten kunnen zowel ondernemers die bedrijfsmatige activiteiten uitvoeren, als beoefenaren van het vrije beroep de rechtsvorm aannemen. In andere staten is de vorm alleen opengesteld voor *professionals*. In het Verenigd Koninkrijk is uitvoerig gediscussieerd over het onderwerp van de beschikbaarheid. Doordat er geen goede redenen waren voor de beperking, werd er geen onderscheid gemaakt in bedrijf of beroep en de vrije beroepen onderling (zie paragraaf 5.6.4). In Nederland is in het Wetsvoorstel Titel 7.13 het verschil tussen bedrijf en beroep zelfs in de ban gedaan. Voor de OVBA zou dit onderscheid dan ook niet gemaakt moeten worden.

6.8.3 Het ontstaan van een OVBA

Omdat de OVBA een subvorm van de openbare vennootschap zal zijn, moet allereerst voldaan zijn aan de vereisten die worden gesteld aan openbare vennootschappen. Dit betekent dat er sprake moet zijn van een overeenkomst tussen twee of meer personen die zich verbinden om voor gemeenschappelijke rekening een beroep of bedrijf uit te oefenen om zodoende economisch voordeel te behalen met inbreng van ieder van deze personen. De vennoten zullen op een voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten moeten optreden. Beslist moet worden of elke OVBA bij oprichting van rechtswege rechtspersoonlijkheid zal moeten bezitten of dat ook OVBA's zonder rechtspersoonlijkheid moeten kunnen ontstaan. De beperkte aansprakelijkheid zal verkregen moeten worden bij het oprichten van de vennootschap of door omzetting van een bestaande vennootschap in een OVBA op een later moment. Dit sluit aan bij de regeling in het Wetsvoorstel Titel 7.13 voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid. Daarnaast doet zich de vraag voor of en zo ja, welke formaliteiten in acht moeten worden genomen bij de oprichting van, of omzetting in, een OVBA. Eerst ga ik in op de rechtspersoonlijkheidsvraag en bespreek ik de formaliteiten bij de oprichting van een OVBA. Daarna besteed ik aandacht aan de mogelijkheid tot omzetting.

6.8.3.1 Rechtspersoonlijkheid

Een belangrijke vraag is of de OVBA rechtspersoonlijkheid moet bezitten of dat ook een OVBA zonder rechtspersoonlijkheid moet kunnen ontstaan. Om een antwoord te geven op deze vraag dient onderzocht te worden wat de redenen zijn voor de introductie van de rechtspersoonlijkheid in het personenvennootschapsrecht en het daarvoor gekozen optiestelsel (in plaats van rechtspersoonlijkheid van rechtswege). In de discussie rondom de rechtspersoonlijkheid bij personenvennootschappen was niet zo zeer de vraag omstreden òf rechtspersoonlijkheid in het personenvennootschapsrecht geïntroduceerd moest worden, maar eerder de

vraag of er een keuzemogelijkheid moest worden geboden, waardoor de vennootschappen zelf kunnen kiezen voor rechtspersoonlijkheid. In het Wetsvoorstel Titel 7.13 is de keuze uiteindelijk aan de vennootschappen overgelaten.

6.8.3.2 Redenen voor het optionele stelsel van rechtspersoonlijkheid in het Wetsvoorstel Titel 7.13

Als voordeel van het optionele stelsel is genoemd dat niet iedere openbare maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap bij de invoering van de nieuwe wetgeving de rechtspersoonlijkheid wordt ingejaagd.[273] Ook roept de toekenning van rechtspersoonlijkheid van rechtswege veel rechtsonzekerheid op bijvoorbeeld indien niet aan de oprichtingsformaliteiten is voldaan maar de vennootschap wel naar buiten optreedt. Hoe wordt deze vennootschap dan gekwalificeerd, gelet op het feit dat er alleen maar openbare vennootschappen met rechtspersoonlijkheid zouden kunnen ontstaan?[274] Verder kunnen door het optiestelsel mogelijke overgangsproblemen worden voorkomen omdat al bestaande personenvennootschappen zonder formaliteiten kunnen worden omgezet in openbare vennootschappen.[275] Het argument dat vanuit de praktijk een duidelijke behoefte bestond aan het behoud van een OV zonder rechtspersoonlijkheid en dat daarom gekozen moest worden voor een optiestelsel, bevond zich niet onder de argumenten tegen rechtspersoonlijkheid van rechtswege.[276]

Uit de argumenten voor het optiestelsel kan niet worden opgemaakt dat het stelsel een gevolg is geweest van de (mogelijk voor sommige vennootschappen ongewenste) rechtsgevolgen van rechtspersoonlijkheid of van een uit de praktijk opgekomen behoefte. Het optiestelsel is meer een gevolg van praktische voordelen. Maar welke rechtsgevolgen heeft de rechtspersoonlijkheid in dat opzicht? Uit de wetsgeschiedenis van het Wetsvoorstel Titel 7.13 volgt dat voornamelijk goederenrechtelijke aspecten aanleiding hebben gegeven tot de introductie van de rechtspersoonlijkheid in het personenvennootschapsrecht. Door de rechtspersoonlijkheid is bijvoorbeeld duidelijk wie rechtshebbende van het vennootschapsvermogen is. Goederen behoren toe aan de rechtspersoon en niet aan de vennoten gezamenlijk. Hierdoor worden de moeilijkheden rondom de uittreding, toetreding en opvolging van een vennoot opgelost. In de huidige wetgeving bestaat het probleem dat een vennoot bij het uittreden uit een

273. Maeijer, J.M.M. (2008), 'De personenvennootschap: enkele gedachten van de ontwerper van het eerste uur', in: J.M.M. Maeijer (2008), *supra* noot 67, blz. 2.
274. Maeijer in Verslag van de Vergadering van de Vereeniging Handelsrecht van 6 november 1998, in: J.M.M. Maeijer (1998) *supra* noot 94, blz. 39.
275. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 5.
276. Vgl: Mohr, A.L. et al. (2003a), *supra* noot 211, blz. 61.

vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, zijn (goederenrechtelijke) aandeel in de gemeenschap moet leveren aan de overblijvende vennoten.[277] Voor elk van de betrokken goederen dient hij de voor overdracht van dat goed geldende regels in acht te nemen.[278] De vennootschap is gehouden om de uittredende vennoot een bedrag te betalen dat gelijk is aan de waarde van de economische deelgerechtigdheid in het vermogen van de vennootschap die bij of krachtens de vennootschapsovereenkomst kan zijn bepaald.[279] Voor toetreding in een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid moet de toetredende vennoot deelgenoot worden in de vennootschappelijke gemeenschap. Hiervoor dient levering van aandelen in de afzonderlijke tot die gemeenschap behorende goederen aan de toetredende vennoot plaats te vinden.[280] Bij opvolging dient het aandeel in de goederen van de uittredende vennoot te worden geleverd aan de opvolger overeenkomstig 3:96 BW.[281] Bij een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid zal nog steeds noodzakelijk zijn om de formele eisen voor

277. De leveringsvereisten gelden zowel voor levering aan de overige vennoten (artikel 3:186 BW) als voor levering aan een opvolgende vennoot (3:96 BW).
278. Artikel 7:821 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13. Het van rechtswege overgaan van het aandeel van een vennoot bij uittreden uit een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid is bij de behandeling van het Wetsvoorstel Titel 7.13 in de Tweede Kamer geopperd door de CDA fractie (*Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 4, blz. 11-12). De minister heeft hierop gereageerd dat hij geen kans ziet om op verantwoorde wijze tegemoet te komen hieraan. Het zou op gespannen voet staan met de systematiek van verdeling van gemeenschappen (*Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 746, nr. 5, blz. 19).
279. Artikel 7:821 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13. Onenigheid bestaat over het antwoord op de vraag of dit betekent dat het niet langer mogelijk zal zijn om in de vennootschapsovereenkomst te bepalen dat de uittredende vennoot de door hem ingebrachte goederen zal krijgen toegedeeld en geleverd. Drion en Warmerdam geven aan dat dit niet tot de mogelijkheden behoort. De vennoot heeft volgens hen slechts een aanspraak op een vergoeding in geld (S. Drion en J.G.S. Warmerdam (2009), 'Reactie op "Brandbrief MKB/VNO-NCW, zand in de raderen voor invoering titel 7.13 (vennootschap)" van prof. mr. M. van Olffen, WPNR 6782, p. 43/4', WPNR/6788, blz. 173-175). Van Olffen is van mening dat de vennoten afspraken kunnen maken over de toedeling van goederen bij uittreden. Volgens hem kan men in plaats van levering van goederen aan de uittredende vennoot *na* de verdeling van bepaalde goederen, deze goederen aan de uittredende vennoot laten toekomen *bij* de verdeling (M. van Olffen (2009), 'Naschrift', WPNR/6788, blz. 175-178). Tijdens het wetgevingsoverleg van 26 oktober 2009 heeft de minister van Justitie hierover het volgende gesteld: *'Het uitgangspunt is dat bij uittreding van een vennoot het aandeel in geld wordt afgerekend, maar partijen kunnen dat anders overeenkomen. Zij kunnen overeenkomen dat aan de verplichting tot betaling van een geldsom wordt voldaan door het in betaling geven van de ingebrachte goederen, conform artikel 645 van het Burgerlijk Wetboek. Een vennoot kan zijn goederen inbrengen onder de ontbindende voorwaarde van zijn uittreding. Bij uittreding krijgt hij zijn inbreng dan automatisch terug. Ik vermoed dat bij de vorming van maatschappen door artsen ook door hun professionele organisatie een dergelijk advies zal worden gelardeerd'*. Zie: het ongecorrigeerd stenogram van het wetgevingsoverleg van de vaste commissie voor Justitie van maandag 26 oktober 2009, blz. 60.
280. Artikel 7:823 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13.
281. Artikel 7:823 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13.

levering van de onderscheiden goederen in acht te nemen. De opvolger is vervolgens uit hoofde van artikel 7:823 lid 4 Wetsvoorstel Titel 7.13 gehouden de hiervoor genoemde uittreedvergoeding gelijk aan de economische deelgerechtigdheid aan de uittredende vennoot te betalen. Heeft de vennootschap rechtspersoonlijkheid, dan blijft de gerechtigdheid van de vennootschap tot de goederen bij uittreding, toetreding of opvolging ongewijzigd. De uittredende vennoot zal zijn aandeel in de vennootschap aan de overblijvende vennoten of zijn opvolger dienen te leveren, waartoe een akte volstaat.[282] Aan een toetredende vennoot dient een aandeel in de vennootschap geleverd te worden door een daartoe bestemde akte.[283] Naast deze goederenrechtelijke aspecten heeft de OVR ten opzichte van de OV het voordeel dat de OVR kan worden omgezet in een BV. Voor een OV die de BV-vorm wil aannemen zou dit betekenen dat eerst een omzetting in een OVR is vereist om vervolgens deze OVR om te zetten in een BV.

De rechtsgevolgen van rechtspersoonlijkheid bij de openbare vennootschappen creëren dus hoofdzakelijk voordelen voor de vennoten en vormen geen reden om niet te kiezen voor rechtspersoonlijkheid. Voor de beantwoording van de vraag of de rechtspersoonlijkheid bij de OVBA wel of niet verplicht moet worden gesteld, is het daarom van belang vast te stellen welke andere redenen vennoten ertoe zouden bewegen niet te opteren voor rechtspersoonlijkheid. Deze redenen kunnen aanleiding geven om de rechtspersoonlijkheid ook voor de OVBA optioneel te maken. *Voorafgaand* aan de publicatie van het Wetsvoorstel Titel 7.13 is vanuit de praktijk een aantal redenen genoemd die een ondernemer er mogelijk van weerhouden te kiezen voor rechtspersoonlijkheid. Dit zijn onder andere (1) eventuele kapitaaleisen gerelateerd aan de rechtspersoonlijkheid, (2) een mogelijke aparte fiscale behandeling door de rechtspersoonlijkheid en (3) een verhoging van de oprichtingskosten door het verplicht stellen van een notariële akte voor de verkrijging van rechtspersoonlijkheid.[284] Inmiddels is Wetsvoorstel Titel 7.13 uitgekristalliseerd en zal de rechtspersoonlijkheid niet leiden tot een andere fiscale behandeling en leidt de rechtspersoonlijkheid ook niet tot kapitaaleisen. Een notariële akte wordt wel verplicht gesteld. Indien de formaliteiten en de daaraan verbonden kosten van het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid gelijk zijn aan de formaliteiten en kosten van het oprichten van een OVBA of de verkrijging van beperkte aansprakelijkheid, zie ik niet waarom de ondernemers die een OVBA willen oprichten niet tegelijkertijd opteren voor rechtspersoonlijkheid. Het levert de

282. Artikel 7:821 lid 4 Wetsvoorstel Titel 7.13 en *Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 746, nr. 5, blz. 3.
283. Artikel 7:823 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13.
284. De heer Tuininga in het Verslag van de Vergadering van de Vereeniging Handelsrecht van 6 november 1998 in: J.M.M. Maeijer (1998), *supra* noot 94, blz. 27.

ondernemers voornamelijk goederenrechtelijke voordelen op.[285] In de volgende paragraaf ga ik hier nader op in.

6.8.3.3 Rechtspersoonlijkheid en de OVBA

Zowel in de Verenigde Staten als in het Verenigd Koninkrijk bezitten LLP's rechtspersoonlijkheid. In de Verenigde Staten is een LLP een zelfstandige entiteit los van haar vennoten.[286] De *entity*-theorie werd in het personenvennootschapsrecht geïntroduceerd door de RUPA 1994. Hierdoor is zowel een GP, als een LLP een zelfstandige entiteit (dus geen optiestelsel). Door het kenmerken van de GP als een zelfstandige entiteit kon de continuïteit van de vennootschap beter gewaarborgd blijven, bijvoorbeeld bij uittreding van vennoten. De fundamentele aard en het karakter van de personenvennootschap zijn hierdoor echter niet gewijzigd, het blijft een contractuele samenwerkingsvorm.[287] De Britse LLP is een *'body corporate'* (*with legal personality separate from that of its members*) en bezit derhalve ook rechtspersoonlijkheid.[288] Beide regelingen (Amerikaans en Engels) bepalen dus dat LLP's rechtspersoonlijkheid bezitten, en deze rechtspersoonlijkheid is in deze landen geïntroduceerd ook vanwege de goederenrechtelijke voordelen. De introductie van beperkte aansprakelijkheid bij een OVBA zou geen veranderingen teweegbrengen voor de goederenrechtelijke argumenten, aangezien de beperkte aansprakelijkheid de goederenrechtelijke regelingen niet doorkruist. Met andere woorden; ook bij een OVBA met rechtspersoonlijkheid zouden de vennoten de goederenrechtelijke voordelen van de rechtspersoonlijkheid genieten. Dit betekent dat de OVBA met rechtspersoonlijkheid, voordelen bij de uittreding, toetreding en opvolging zou bieden, die een OVBA zonder rechtspersoonlijkheid niet heeft.

Voor crediteuren van een OVBA zal het geen verschil uitmaken of er wel of geen sprake is van rechtspersoonlijkheid omdat zij in beide situaties dezelfde aanspraken blijven behouden. Bij de OV kunnen zij zich verhalen op de goederenrechtelijke gemeenschap en bij de OVR op het vermogen van de rechtspersoon. Beide zijn afgescheiden. Zijn er dan eventueel praktische bezwaren indien de verkrijging van beperkte aansprakelijkheid altijd gepaard gaat

285. Zie: het artikel van Raaijmakers waarin hij uiteenzet dat het verschil tussen de OV en de OVR over het algemeen gelegen is in een gecompliceerd goederenrechtelijk regime voor de OV: M.J.G.C. Raaijmakers (2009), 'Vereenvoudiging titel 7.13 BW (personenvennootschappen)', Ondernemingsrecht 2009/2, blz. 70-81.
286. RUPA 1997, § 201(a).
287. Ribstein, L.E. (2006), 'The Evolving Partnership', University of Illinois College of Law, Law and Economics Working Papers, Paper 68, blz. 6.
288. Article 1 (2) LLPA 2000.

met verkrijging van rechtspersoonlijkheid? Die zullen bij de OVBA niet spelen omdat deze bezwaren door de in het Wetsvoorstel Titel 7.13 opgenomen keuzemogelijkheid voor rechtspersoonlijkheid zijn weggenomen. Indien de oprichters niet voldaan hebben aan de oprichtingsformaliteiten van de OVBA, zal afhankelijk van de oprichtingsgebreken een OV of OVR kunnen ontstaan. Er zijn daarom weinig redenen om de rechtspersoonlijkheid bij de OVBA niet verplicht te stellen. Het nut van een OVBA zonder rechtspersoonlijkheid zie ik allereerst niet als de oprichtingsvereisten en kosten van een 'OVBA met' of een 'OVBA zonder' nagenoeg hetzelfde zijn. Maar ook als deze vereisten en kosten hoger zijn voor een 'OVBA met' dan voor de 'OVBA zonder', zouden andere argumenten voor het introduceren van enkel een 'OVBA met' de doorslag kunnen geven. Om deze vereisten en kosten voor de OVBA te bepalen, besteed ik in de volgende paragrafen eerst aandacht aan de oprichtingsvereisten van de Amerikaanse en Engelse LLP, waarna ik de formaliteiten bij het verkrijgen van de rechtspersoonlijkheid bij het ontstaan van een OVR, uiteen zet. Dan bespreek ik in hoeverre dezelfde oprichtingseisen voor de OVBA zouden moeten gelden. Tot slot komt de vraag aan de orde of er eventueel andere doorslaggevende argumenten zijn voor het antwoord op de vraag of de OVBA al dan niet van rechtswege rechtspersoonlijkheid moet krijgen.

6.8.3.4 Oprichtingsvereisten van een Amerikaanse LLP

De LLP is in de Verenigde Staten een subvorm van de GP en is derhalve geïntegreerd in het personenvennootschapsrecht. Over het algemeen gaan de LLP-regelingen ervan uit dat een *partnership* in een LLP kan worden omgezet.[289] Dit impliceert dat er al een *partnership* moet bestaan en dat er dus technisch gezien niet een nieuwe vennootschap wordt opgericht.[290] Er bestaat wel een verschil tussen enerzijds een GP die al enige tijd bestaat en waarvan de vennoten vanwege de onbeperkte aansprakelijkheid besluiten deze om te zetten in een LLP, en anderzijds een GP die voor enkele momenten bestaat om daarna direct in een LLP omgezet te worden (een *split-second*-GP). Indien de vennoten van meet af aan de intentie hebben om een LLP op te

289. In sommige staten, ongeveer 19, is het mogelijk dat een *limited partnership* (vergelijkbaar met de Nederlandse commanditaire vennootschap) opteert voor de LLP-status. Dit betekent dat er een LLLP ontstaat. Gelet op het marginale gebruik en de geringe betekenis van deze vorm laat ik een verdere bespreking van deze vorm achterwege.

290. Vgl: Bromberg, A.R. en L.E. Ribstein (2009), 'On Limited Liability Partnerships, the Revised Uniform Partnership Act, and the Uniform Limited Partnership Act (2001)', New York: Aspen Publishers, § 1.05(b). Ook de verplichting dat de meerderheid van de partijen het registratiedocument dient te ondertekenen, zoals opgenomen in verschillende statelijke regelingen, duidt hierop. A.R. Bromberg en L.E. Ribstein (2009), 'On Limited Liability Partnerships, the Revised Uniform Partnership Act, and the Uniform Limited Partnership Act (2001)', New York: Aspen Publishers, § 2.03(a)(6).

richten, zullen de afspraken die in de vennootschapsovereenkomst zijn opgenomen, afgestemd zijn op deze intentie om beperkte aansprakelijkheid van de vennoten te creëren.

In de Verenigde Staten worden met het oog op de bescherming van de vennoten en derdepartijen enkele formele eisen gesteld aan het ontstaan van een LLP. Het overgrote deel van de statelijk regelingen kennen de volgende eisen: (1) een overeenstemming tussen de vennoten om een LLP-vorm aan te nemen en (2) het registreren van een officieel inschrijvingsdocument bij de statelijke 'kamer van koophandel', de *secretary of state*. Doordat het verkrijgen van de LLP-status in de meeste staten invloed heeft op zowel de externe als de interne aansprakelijkheid van de vennoten dient het oprichten van een LLP expliciet door de vennoten te zijn overeengekomen. Om deze overeenstemming extern kenbaar te maken, is in RUPA 1997 vereist dat in het officiële inschrijvingsdocument van de LLP een verklaring wordt opgenomen dat de vennootschap ervoor kiest een LLP te zijn.[291] Afhankelijk van de statelijke regeling bevat het officiële inschrijfdocument een aantal andere gegevens. Dit zijn onder andere de naam en het adres van de vennootschap, informatie over de vennoten en hun aantal, het doel of de beschrijving van de bedrijfs- of beroepsactiviteiten, de datum vanaf wanneer de vennootschap wordt aangemerkt als LLP en een verklaring dat voldaan is aan de verzekeringsverplichting. De LLP ontstaat vervolgens door inschrijving van dit document bij de *secretary of state* op de inschrijvingsdatum of op de datum die in het inschrijvingsdocument is vermeld.

Het inschrijvingsdocument behoeft dus niet de vennootschapsovereenkomst te bevatten. Ook is niet verplicht de kernonderdelen van deze overeenkomst te vermelden of de afspraken over vertegenwoordigingsbevoegdheden of uitbreiding van de aansprakelijkheid van (enkele) vennoten. De verplichte informatie biedt nauwelijks bescherming aan derden aangezien zij niets zegt over eventuele afwijkende afspraken van de wettelijke regelingen. De vraag rijst welk doel de registratie van LLP's dan wel heeft. De registratie is voor derdepartijen van belang opdat zij kunnen weten dat de wederpartij als LLP aan het rechtsverkeer deelneemt en wat de staat van oprichting is. Daarnaast is de inschrijving via de registratiegelden een bron van inkomsten.[292] Voor de kenbaarheid voor derden is de registratie van relatieve betekenis. Deze kenbaarheid ontstaat ook omdat LLP's verplicht zijn de woorden 'Limited Liability Partnership', 'Registered Limited Liability Partnership', 'LLP' of 'RLLP' in hun naam op te nemen. De kenbaarheid van de oprichtingsstaat maakt duidelijk welk statelijk recht van toepassing is op de LLP. Dit kan, gelet op eventuele

291. RUPA 1997, § 1001(c)(4).
292. Macey, J.R. (1995), 'The Limited Liability Company: Lessons for Corporate Law', 73 Washington University Law Quarterly, blz. 433-454.

rechtszaken, voor zakenpartners van belang zijn. Vertaald naar de Nederlandse situatie speelt het toepasselijke recht niet. Op elke OVBA zal het Nederlands recht van toepassing zijn. Registratie als bron van inkomsten past niet in het algemene beleid dat inkomsten uit administratieve verplichtingen niet hoger mogen zijn dan de kostprijs en niet mogen worden gebruikt als een verkapte vorm van belastingheffing. Kenbaarheid voor derden is vanwege de aansprakelijkheid wel van belang. Deze kenbaarheid kan voor de OVBA worden bereikt door verplichte opname van de woorden 'Openbare Vennootschap met Beperkte Aansprakelijk' of 'OVBA', in de naam van de vennootschap en haar externe communicatie.

Is de kenbaarheid van de OVBA via de vennootschapsnaam voldoende of zijn er belangen van de betrokkenen bij de vennootschap die toch registratie van een officieel OVBA-document of een andere waarborg nodig maken? Om deze vraag te beantwoorden kijk ik in hoeverre een dergelijke registratie in het huidige Nederlandse systeem past. Ook bekijk ik aan welke voorwaarden een personenvennootschap ingevolge het Wetsvoorstel Titel 7.13 moet voldoen voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid. Daarna zet ik uiteen op welke wijze mijns inziens een OVR opgericht zou moeten worden en als gevolg daarvan de gewenste invulling van de vereisten voor de oprichting van de OVBA.

6.8.3.5 Verkrijging van rechtspersoonlijkheid in Wetsvoorstel Titel 7.13

Voor de verkrijging van de rechtspersoonlijkheid vereist Wetsvoorstel Titel 7.13 een overeenkomst waarin is bepaald dat de vennootschap een rechtspersoon is alsmede een notariële akte, verleden door een in Nederland gevestigde notaris. In deze akte moeten de naam, het doel en de zetel van de vennootschap zijn vermeld. Wijzigingen van deze onderdelen kan op straffe van nietigheid alleen via een notariële akte. In het oorspronkelijke wetsvoorstel was opgenomen dat uit de vennootschapsovereenkomst ook de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de vennoten, de winst- of verliesdeling, het boekjaar, en daarnaast de afspraken over de ontbinding of voortzetting van de vennootschap (uittreding, opvolging en toetreding van vennoten daaronder begrepen), in de notariële akte zouden moeten worden opgenomen. Dit is bij amendement geschrapt om de administratieve kosten te beperken.

Indien het doel, de zetel of de naam van de vennootschap om welke reden dan ook niet in de akte zijn opgenomen, zal er naar de letter van de wet geen rechtspersoonlijkheid ontstaan.[293] Wat ontstaat er dan wel? In principe ontstaat er bij de oprichting van een OVR nog geen OV. Dit komt omdat de constitutieve vereisten van de omzetting voorzien in artikel 7:832 Wetsvoorstel Titel 7.13 niet volledig

293. Zaman, D.F.M.M. (2009), *supra* noot 16, blz. 85-92.

dezelfde zijn als die in 7:802 Wetsvoorstel Titel 7.13.[294] Vreemd is dat in de memorie van toelichting wordt aangegeven dat bij een gebrek in de oprichting van de OVR wel een OV bestaat, terwijl deze OV er nooit is geweest.[295] Ook is het de vraag of de vereiste instemming van de vennoten aanwezig is, als er opeens een OV ontstaat terwijl de vennoten juist de bedoeling hadden een OVR op te richten. Misschien willen zij helemaal geen OV in de plaats van de OVR.[296] Dit geldt temeer bij een OVBA omdat de verschillen tussen de OV/OVR en de OVBA nog veel groter zullen zijn, namelijk wel (OVBA) of geen (OV/OVR) beperkte aansprakelijkheid. De vennoten zouden dan opeens opgescheept kunnen zitten met een vennootschap zonder de beperking van aansprakelijkheid. Dit bespreek ik nader in paragraaf 6.8.3.9. Door het hiervoor genoemde amendement is de kans dat een bepaald onderdeel niet in de notariële akte is vermeld, verkleind en daardoor de kans op problemen.

6.8.3.6 Inschrijving in het handelsregister

De Handelsregisterwet 2007 stelt inschrijving in het register voor alle personenvennootschappen verplicht. Ingevolge artikel 62 Handelsregisterwet 2007 en de artikelen 1 en 2 uit hoofdstuk 3 van de Invoeringswet 7.13 zullen ook de OV en de OVR inschrijfplichtig zijn. De OV op grond van artikel 5 onderdeel a Handelsregisterwet 2007 (categorie ondernemingen) en de OVR uit hoofde van artikel 6 lid 1 onderdeel a Handelsregisterwet 2007 (categorie rechtspersonen). In de artikelen 9-14 Handelsregisterwet 2007 staat welke standaardgegevens moeten worden ingeschreven.[297] In het Handelsregisterbesluit 2008 zijn daarnaast extra vereisten opgenomen. Voor de OVR betekent dit dat, anders dan in de notariële akte van oprichting, ook de gegevens over de vennoten moeten worden ingeschreven. Dit zijn de datum van de toetreding en uittreding van de vennoten en indien deze natuurlijke personen zijn, de geslachtsaanduiding en de handtekening, dan wel het bezoekadres indien de vennoot een rechtspersoon of vennootschap naar Nederlands recht is. In het handelsregister wordt voorts over een openbare vennootschap (met of zonder rechtspersoonlijkheid) opgenomen al hetgeen de overeenkomst bevat ter bepaling van de rechten van derden.[298] Dit zijn bijvoorbeeld de afspraken over de vertegenwoordiging die

294. Bij de omzetting dient namelijk uit de notariële akte te blijken dat alle goederen behorend tot de vennootschappelijke gemeenschap onverwijld worden ingebracht in de rechtspersoon. Dit is bij de oprichting van een OVR ingevolge artikel 7:802 Wetsvoorstel Titel 7.13 niet nodig omdat er dus niet eerst een goederenrechtelijke gemeenschap van de OV is.
295. Vgl: Mohr, A.L. et al. (2003a), *supra* noot 211, blz. 64.
296. Vgl: Mohr, A.L. et al. (2003a), *supra* noot 211, blz. 64.
297. De Kamer van Koophandel checkt alleen of een opgave afkomstig is van iemand die tot het doen van de opgave bevoegd is en of de opgave wel juist is (artikel 4 lid 1 Handelsregisterbesluit 2008). Indien de persoon bevoegd is en de opgave juist is gaat de Kamer over tot inschrijving (artikel 4 lid 2 Handelsregisterbesluit 2008).

afwijken van de wettelijke regeling. Indien een OV of OVR geen opgave doet van bijvoorbeeld bevoegdheidsbeperkingen, volgt de sanctie van artikel 7:811 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13: de openbare vennootschap wordt geacht te zijn aangegaan voor onbepaalde tijd en alle vennoten zijn ongeacht eventuele afgesproken beperkingen volledig vertegenwoordigingsbevoegd. Dit sluit aan bij het huidige artikel 29 WvK. Het verschil met artikel 29 WvK is echter dat derden die op de hoogte zijn van de bevoegdheidsbeperkingen ondanks de niet-vermelding in het register geen beroep kunnen doen op de niet-inschrijving.

De Handelsregisterwet 2007 noch het Handelsregisterbesluit 2008 schrijven voor dat de OVR de notariële akte bij het register moet deponeren. Dit terwijl de minister het volgende over de notariële akte stelt: *'Het vereiste van een notariële akte voor een OVR strekt mede tot bevordering van de rechtszekerheid in die zin dat wordt gewaarborgd dat in het handelsregister ook ten aanzien van deze rechtspersonen juiste opgaven worden gedaan'*.[299] Deze uitspraak lijkt erop te duiden dat ook de akte gedeponeerd dient te worden.[300] Indien we gelet hierop er van uitgaan dat deponering van de akte dient te geschieden naast vermelding van de hiervoor genoemde gegevens genoemd in de Handelsregisterwet 2007 en het Handelsregisterwet 2008, dan verschillen de inschrijfverplichtingen van de Nederlandse OVR (met rechtspersoonlijkheid) ten opzichte van de een Amerikaanse LLP (met rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid) hierin dat de Nederlandse vennoten naast inschrijving in het handelsregister van al hetgeen de overeenkomst bevat ter bepaling van de rechten van derden, ook de notaris dienen in te schakelen.[301] De vraag rijst wat de toegevoegde waarde van de verplichte notariële akte is.

298. Artikel 53 B Handelsregisterbesluit 2008, artikel 53 C Handelsregisterbesluit 2008 en artikel 10 lid 3 onderdeel e Handelsregisterwet 2007.
299. *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 065, nr. 15, blz. 6.
300. Indien de OVR alleen de onderdelen kenbaar behoeft te maken volgens de Handelsregisterwet 2007 en het Handelsregisterwet 2008, bestaat er geen verschil tussen de inschrijfplicht van de huidige VOF en de inschrijfplicht van de OVR (afgezien van de inschrijving van de rechtspersoonlijkheid van de OVR).
301. Indien niet aan het vereiste van de notariële akte is voldaan, dan ontstaat de rechtspersoon niet, maar dan is er nog steeds, ingevolge de vennootschapsovereenkomst, een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid. De rechtspersoonlijkheid vangt aan op de dag volgende op waarop de vennootschap onder opgave van haar rechtspersoonlijkheid is ingeschreven in het handelsregister (*Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 10).

6.8.3.7 Notariële akte voor de oprichting van een OVR of de verkrijging van rechtspersoonlijkheid

Het verplicht stellen van een notariële akte voor de oprichting van de OVR (rechtspersoon) of het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid is conform de regeling bij de vennootschappen uit Boek 2 BW.[302] De vraag rijst of dit vereiste voor een OVR wel noodzakelijk is en of er eventueel ook gekozen kan worden voor een andere optie. De argumenten van de minister voor de verplichtstelling van een notariële akte zijn: (1) de professionele begeleiding van een notaris bij het ontstaan van een rechtspersoon is gewenst en (2) de notaris kan controle uitoefenen op de wijze van de inbreng in de rechtspersoon.[303] Dit laatste argument is in veel gevallen niet van belang omdat over het algemeen (in ieder geval vaak bij de oprichting) slechts arbeid wordt ingebracht.[304] Daarnaast zal de inbreng pas plaatsvinden nadat de rechtspersoonlijkheid is verworven. Een notariële akte is derhalve geen verzekering dat de inbreng ook daadwerkelijk plaatsvindt, waardoor het tweede argument van de minister voor een notariële akte wegvalt.[305] Bij het nut van de (professionele) begeleiding bij de oprichting van de notaris kunnen ook vraagtekens worden gezet. Door amendering van Wetsvoorstel Titel 7.13 dient de notariële akte alleen nog de naam, de zetel en het doel van de vennootschap te bevatten. De notaris is niet verplicht zich te bemoeien met de inhoud van de vennootschapsovereenkomst, behalve dat hij dient te checken dat in de overeenkomst is opgenomen dat de vennootschap een rechtspersoon is. Het is de vraag of gelet op de beperkte inbreng van de notaris de kosten van de notariële akte niet een te grote drempel opwerpen tegen het gebruik van de OVR als rechtsvorm. Zeker bij startende ondernemers zijn de oprichtingskosten belangrijk. Uit kostenoogpunt kunnen ondernemers de tussenkomst van de notaris tot het minimum beperken. De meerwaarde van de door de minister noodzakelijk geachte begeleiding door de notaris is dan afwezig en de vereiste notariële akte is dan een nodeloze kostenpost.

---

302. Slagter zegt hierover het volgende: *'Deze eis [de eis van de notariële akte: IW], wordt terecht gesteld, omdat deze ook geldt voor alle andere rechtspersonen (behalve het EESV)'*. Zie: Groene Serie Personenassociaties, Hoofdstuk I, paragraaf 2. Ook De Monchy heeft geen bezwaar tegen de notariële akte. Zie: C.W. de Monchy (2003), 'Nieuwe omzettingen in het vennootschapsrecht', Ondernemingsrecht 2003/4, blz. 124-132.
303. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3 en *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 065, nr. 15, blz. 6. Het in schrift onder woorden brengen van de vennootschapsovereenkomst zou (zelfs) lastiger zijn dan de statuten van een BV, waardoor de hulp van een notaris gewenst zou zijn. Zie: V.A.E.M. Meijers (2001), 'Personenvennootschappen nieuwe stijl', WPNR/6462, blz. 882-886.
304. Vgl: Mohr, A.L. et al. (2003a), *supra* noot 211, blz. 65.
305. Volgens Mohr is de notariële akte dan ook niets anders dan veel rompslomp, kosten en werkverschaffing (A.L. Mohr et al. (2003a), *supra* noot 211, blz. 65). Zie ook: het verslag van de discussie (2) hierover in A.L. Mohr et al. (2003a), *supra* noot 211, blz. 222-224.

Bij de rechtspersonen uit Boek 2 BW wordt de verplichte notariële akte geplaatst tegen de achtergrond van misbruik van deze rechtssubjecten. Door de notariële akte zouden deze deelnemers aan het rechtsverkeer geïdentificeerd kunnen worden. Bij de informele vereniging met rechtspersoonlijkheid die zonder notariële akte kan worden opgericht, vindt het recht, volgens Blanco Fernández, in de hoofdelijke verbondenheid van de handelende personen een afdoende alternatieve garantie voor de identificatie van de in het verkeer optredende entiteit (artikel 2:30 lid 2 BW).[306] Ook bij het Europees Economisch Samenwerkingsverband (EESV)[307] is sprake van rechtspersoonlijkheid in combinatie met hoofdelijke aansprakelijkheid van de leden en hoeft er bij de oprichting geen notaris aan te pas te komen. Aangezien de vennoten ook bij de OVR onbeperkt aansprakelijk zijn, zou voor de oprichting in plaats van aan te sluiten bij de formaliteiten van de rechtspersonen die beperkte aansprakelijkheid bieden, beter aangesloten kunnen worden bij de formaliteiten van een informele vereniging en het EESV. Sommigen vinden de notariële akte dan ook overbodig en hebben gepleit voor heroverweging door de wetgever van deze verplichting.[308] In plaats van een notariële akte zouden bijvoorbeeld bruikbare praktijkmodellen kunnen worden ontwikkeld[309] of het Wetsvoorstel Titel 7.13 zou rechtspersoonlijkheid van rechtswege moeten voorschrijven. Hierdoor zou rechtszekerheid geen notariële akte meer vereisen zodat derden kunnen vertrouwen op het bestaan van de rechtspersoonlijkheid. Ook zou geopteerd kunnen worden voor een systeem dat uit het handelsregister blijkt dat de vennoten zijn overeengekomen dat de vennootschap al dan niet rechtspersoonlijkheid heeft. Dit kan door verplichte deponering van de vennootschapsovereenkomst dan wel door een verplichte verklaring daaromtrent. Mijns inziens wordt de rechtszekerheid die de notariële akte volgens de minister beoogt, niet bereikt. Vennootschappen die meer specifiek advies nodig hebben, zouden daarvoor zelf kunnen kiezen. Door het achterwege laten van de verplichte notariële akte kunnen de kosten voor oprichting van een OVR worden teruggedrongen. De vraag is of ook bij het vereiste van de notariële akte voor de oprichting van de OVBA vraagtekens kunnen worden gezet? Of gooit de beperkte aansprakelijkheid van de vennoten bij de OVBA roet in het eten?

---

306. Blanco Fernández, J.M. (2003), 'De rechtssubjectiviteit van de openbare vennootschap', WPNR/6549, blz. 752-759.
307. Verordening (EEG) Nr. 2137/85 van de Raad van 25 juli 1985 tot instelling van Europese economische samenwerkingsverbanden (EESV).
308. Vgl: Boschma, H.E. en J.B. Wezeman (2004), *supra* noot 134, blz. 168-185 en M. van Olffen (2003), 'De openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid. Verkrijgen en opgeven van rechtspersoonlijkheid. verhouding met Boek 2 BW', WPNR/6524, blz. 218-226 en M.J.G.C. Raaijmakers (2009), *supra* noot 285, blz. 70-81. Ook VNO-NCW heeft in haar brandbrief van 15 oktober 2008 te kennen gegeven de notariële akte een te zware eis te vinden (zie: punt 4 van de acht punten die genoemd worden).
309. Raaijmakers, M.J.G.C. (2003b), *supra* noot 18, blz. 246-253.

6.8.3.8 Inschrijving en formele oprichtingseisen van de OVBA

Indien alsnog besloten zou worden om de eis van de notariële akte voor de OVR te schrappen dan wel in de rechtspersoonlijkheid van rechtswege daarvan wordt voorzien, zie ik niet in waarom bij de OVBA vanwege de beperkte aansprakelijkheid niet de jure rechtspersoonlijkheid zou kunnen worden aangenomen. Het levert alleen maar voordelen op en het kost de ondernemer niet meer dan de kosten van een OVBA zonder rechtspersoonlijkheid. Indien, zoals het er nu naar uitziet, de notariële akte een vereiste blijft voor het oprichten van een OVR of voor het verkrijgen van de rechtspersoonlijkheid door een openbare vennootschap moet worden nagegaan of de eisen voor het verkrijgen van de beperkte aansprakelijkheid hetzelfde moeten zijn als die van het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid (de notariële akte). In de vorige paragraaf heb ik uiteen gezet dat de eis van de notariële akte met als reden de identificeerbaarheid van het rechtssubject in geval van hoofdelijke aansprakelijkheid kan worden afgeschaft. De inschrijving in het handelsregister is daarvoor voldoende en effectiever. Voor de OVBA zou dit argument betekenen dat een notariële akte juist wel vereist is omdat de vennoten bij de OVBA beperkt aansprakelijk zijn. Aangezien de OVBA echter een onderdeel zou gaan vormen van de groep personenvennootschappen, zou net als voor de OVR, ook voor de OVBA een inschrijfverplichting in het handelsregister gelijk zoals die voor de OVR voldoende kunnen zijn. Voor de OVBA zou dit wel betekenen dat naast de afspraken over de vertegenwoordigingsbevoegdheid, ook de afspraken tussen de vennoten onderling over de aansprakelijkheidsregeling ingeschreven moeten worden en zo kenbaar zijn voor derden met wie de OVBA zaken gaat doen. Daarnaast zou uit het register moeten blijken dat het gaat om een OVBA, dat de OVBA de vereiste verzekering heeft afgesloten (zie paragraaf 6.8.6.30) en wie de vennoten zijn. Deze vereisten kunnen een voldoende identificatie van de OVBA en haar vertegenwoordigers opleveren. Een notariële akte voor de oprichting van een OVBA is dan niet noodzakelijk.

Nu ingevolge Wetsvoorstel Titel 7.13 voor de oprichting van een OVR ter verkrijging van rechtspersoonlijkheid een notariële akte nodig is, zal dit vereiste ook voor de OVBA moeten gelden omdat de eisen voor het verkrijgen van beperkte aansprakelijkheid niet minder stringent moeten zijn dan die voor de oprichting van een OVR. Omdat rechtspersoonlijkheid voornamelijk leidt tot (goederenrechtelijke) voordelen die lastenverlichtend zijn, de kosten en formaliteiten voor het verkrijgen van beperkte aansprakelijkheid gelijk zijn aan die van het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid en Wetsvoorstel Titel 7.13 bovendien omzetting in een BV alleen openstelt voor een personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid, zal de OVBA rechtspersoonlijkheid moeten bezitten. Een extra argument voor verplichte rechtspersoonlijkheid zou, zoals Van Olffen

heeft aangegeven, kunnen zijn dat, hoewel alle vormen van de personenvennootschap voor rechtspersoonlijkheid in aanmerking zouden kunnen komen, het wellicht meer in de traditie van ons recht ligt om de beperking van aansprakelijkheid alleen mogelijk te maken voor de vennootschap die rechtspersoon is.[310] Vanuit die traditie zou de nieuwe rechtsvorm verplicht rechtspersoonlijkheid moeten bezitten. Dit zou ook zo moeten zijn als voor het oprichten van een OVBA geen notariële akte nodig zou zijn.

6.8.3.9 Plaatsing van de OVBA in het Wetsvoorstel Titel 7.13

Om de introductie van de OVBA in het Wetsvoorstel Titel 7.13 te bewerkstelligen, zou na artikel 7:802 Wetsvoorstel Titel 7.13 een artikel 7:802a opgenomen kunnen worden (hierna voor de duidelijkheid te noemen: artikel 7:802a **Wetsvoorstel OVBA**). Dit artikel zal moeten aansluiten bij de systematiek van artikel 7:802 Wetsvoorstel Titel 7.13. Dit betekent dat in het eerste lid moet worden bepaald dat een openbare vennootschap een OVBA is, indien in de vennootschapsovereenkomst is bepaald dat de openbare vennootschap rechtspersoon is en beperkte aansprakelijkheid heeft. Voor het overige luiden lid 1, 2 en 3 van artikel 802a Wetsvoorstel OVBA, hetzelfde als de leden van artikel 7:802 Wetsvoorstel Titel 7.13. In lid 4 dient in de tweede zin in plaats van 'Openbare Vennootschap met rechtspersoonlijkheid', 'Openbare Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid' opgenomen te worden en daarnaast zal 'OVR' vervangen moeten worden door 'OVBA'. Verder dient de OVBA vanwege haar rechtspersoonlijkheid op gelijke wijze als de OVR in de Handelsregisterwet 2007 te worden genoemd. Dat zou betekenen dat de OVBA opgenomen wordt in artikel 6 lid 1 onderdeel a Handelsregisterwet 2007. Ook in het Handelsregisterbesluit 2008 zou de OVBA op dezelfde wijze als de OVR moeten worden opgenomen. De plek van de OVR, en eventueel de OVBA, in de categorie rechtspersonen in de Handelsregisterwet 2007 past in het systeem van deze wet, maar staat op gespannen voet met het systeem van het Wetsvoorstel Titel 7.13, omdat er volgens de wetsgeschiedenis van deze titel geen materiële verschillen behoren te bestaan tussen de vennootschap met en zonder rechtspersoonlijkheid.[311] Dit is echter de beslissing van de wetgever geweest en indien hier aan vastgehouden wordt, zou de OVBA daarbij moeten aansluiten.

Een probleem zou kunnen ontstaan als niet voldaan is aan de formele vereisten van artikel 7:802a Wetsvoorstel OVBA. Deze gebreken kunnen worden opgedeeld in twee categorieën. De eerste categorie bevat de situatie waarin in

310. Olffen, M. van (2008), 'Hybride rechtsvormen en alternatieven', in: J.M.M. Maeijer (2008), *supra* noot 67, blz. 132.
311. Blanco Fernández, J.M. (2008b), 'Vennootschap en het handelsregister', WPNR 2008/6752, blz. 323-324.

de vennootschapsovereenkomst *niet* is bepaald dat de openbare vennootschap beperkte aansprakelijkheid heeft, maar *wel* dat de openbare vennootschap rechtspersoon is en daarnaast aan alle andere formele eisen is voldaan. De tweede categorie bevat alle situaties met oprichtingsgebreken die niet in categorie 1 vallen. In de situatie van categorie 1 zou een OVR ontstaan en bij categorie 2 een OV. Althans, indien de redenering van de minister wordt gevolgd over oprichtingsgebreken bij de oprichting van een OVR uit het Wetsvoorstel Titel 7.13. Volgens de minister ontstaat er namelijk een OV als niet is voldaan aan de oprichtingsvereisten van een OVR.[312] De vraag rijst of dit inderdaad zo is. Het is namelijk niet duidelijk of er in dat geval wel een wilsovereenstemming bestaat voor het oprichten van een OV.[313] Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil en die zou afwezig kunnen zijn.[314] Dezelfde vraag kan gesteld worden bij de OVBA. Zou er wel wilsovereenstemming van de vennoten zijn om een OVR c.q. OV op te richten, indien niet volledig voldaan wordt aan de eisen van artikel 7:802a Wetsvoorstel OVBA? De wilsovereenstemming, of beter de afwezigheid daarvan, zou gelet op het niet verkrijgen van de beperkte aansprakelijkheid zelfs een nog grotere rol kunnen spelen bij oprichtingsgebreken van een OVBA dan bij oprichtingsgebreken van een OVR. De intentie van de vennoten en de wil om een vennootschap op te richten kan juist gecentreerd zijn rondom deze aansprakelijkheidsbeperking. De vennoten zouden bijvoorbeeld bepaalde winst- en verliesdelingsafspraken hebben gemaakt die specifiek geënt zijn op de aanwezigheid van beperkte aansprakelijkheid. Deze afspraken zouden vervolgens niet goed blijken aan te sluiten bij de situatie waarin alle vennoten hoofdelijk aansprakelijk zijn. Doordat er geen OVBA zou ontstaan maar een OVR (categorie 1) of OV (categorie 2) zullen de onderlinge afspraken van rechtswege gelden, terwijl zij ongewenst zijn. Om dit te voorkomen zouden patijen van te voren moeten afspreken dat in dat geval een andere verdeling van kracht is. Ook kunnen zij overeenkomen dat een OVR of OV ontstaat wanneer niet voldaan is aan de oprichtingseisen van een OVBA waardoor uit de overeenkomst blijkt dat de vennoten het zo gewild hebben. De kans lijkt mij echter gering dat de vennoten dit zullen doen omdat de intentie het oprichten van een OVBA is en het overwegen van dergelijke terugvalbepalingen aanleiding zal zijn ervoor te zorgen dat er geen oprichtingsgebreken zijn. Als niet uitgegaan wordt van de redenering van de minister en er niets van te voren door de

312. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 10: *'Is aan het constitutieve vereiste van een notariële akte niet voldaan, dan ontstaat de rechtspersoon niet, maar is er dan nog steeds, ingevolge de vennootschapsovereenkomst, een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid'*.
313. Vgl: Mohr, A.L. et al. (2003a), *supra* noot 211, blz. 62-64 en A. Bouichi (2004), 'Het continuïteitsbeginsel in het wetsvoorstel Personenvennootschap', Ars Aequi 2004-5, blz. 325-332.
314. Artikel 3:33 BW.

vennoten is afgesproken is er geen wilsovereenstemming omdat niet is voldaan aan artikel 7:800 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13. Een overeenkomst die niet voldoet aan de in dit artikel vermelde omschrijving en materiële kenmerken, is in beginsel geen overeenkomst van vennootschap en nietig in de zin van artikel 7:803 Wetsvoorstel Titel 7.13. Het eventuele ontstane vermogen wordt dan vereffenend.[315] In de Verenigde Staten beïnvloedt het niet voldoen aan de oprichtingseisen van een LLP alleen de LLP-status, en niet het bestaan van een personenvennootschap.[316] Dat komt omdat alleen een *partnership* kan opteren voor de LLP-status en er dus al een vennootschap is waarop teruggevallen kan worden. Indien de minister vasthoudt aan het ontstaan van een OV bij oprichtingsgebreken van een OVR en een rechter zou dit uitgangspunt honoreren, zou dit uitgangspunt doorgetrokken kunnen worden naar de OVBA. Dit betekent dat bij oprichtingsgebreken van de OVBA bij de categorie 1 vennootschappen sprake zou zijn van een OVR en bij de categorie 2 vennootschappen van een OV. Zo niet, dan ontstaat er geen vennootschap.

De laatste vraag die rijst bij de eisen van oprichting van een OVBA is of de inschrijving in het Handelsregister een constitutief vereiste dient te zijn zoals dit het geval is bij de Amerikaanse LLP's.[317] Bij de OVR zou de inschrijving in het handelsregister aanvankelijk een constitutief vereiste zijn zodat derden kunnen achterhalen of de vennootschap rechtspersoonlijkheid bezit.[318] Door de rechtsonzekerheid in de periode tussen het passeren van de akte en de inschrijving in het register, is de inschrijving als constitutief vereiste met nota van wijziging geschrapt.[319] De inschrijving zou ook bij de OVBA geen constitutief vereiste moeten zijn.

6.8.3.10 Nadere eisen of waarborgen

Om hun LLP-status te behouden, zijn Amerikaanse LLP's verplicht tot een jaarlijkse bevestiging van de inschrijving door middel van een *annual report*. Dit *annual report* is een document met praktisch dezelfde gegevens als in het oorspronkelijke inschrijvingsdocument. De reden van deze bevestiging is het verkrijgen van informatie over de vennootschap die *up-to-date* is, en daarnaast het via registratiegelden genereren van inkomsten. Verder dient de plicht als

315. *Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 746, nr. 5, blz. 19.
316. Bromberg, A.R. en L.E. Ribstein (2009), *supra* noot 290, § 2.07(d) en *re Lim*, 2007 WL 58711 (Mo. Jan. 9, 2007).
317. De LLP-status wordt verkregen vanaf het moment dat de LLP is ingeschreven (*execution* en *filing* in de zin van RUPA 1997, § 1001(c) en article 1, section 105), of op de datum die is opgenomen in het inschrijvingsdocument.
318. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 10.
319. *Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 746, nr. 5, blz. 11. Vgl: M. van Olffen (2003), *supra* noot 308, blz. 218-226.

herinnering aan de vereisten voor de LLP-status en het daaraan blijven voldoen.[320] Zou de OVBA ook jaarlijks de inschrijving bij de Kamer van Koophandel moeten bevestigen? Een dergelijke verplichting ligt niet in lijn met het systeem van registratie van het Nederlandse handelsregister. Die is gebaseerd op het op korte termijn doorgeven van wijzigingen op straffe van bijvoorbeeld een boete. Het innen van registratiegelden als bron van inkomen is, zoals eerder aangegeven, geen doel van de Nederlandse Kamers van Koophandel. Een jaarlijkse inschrijfplicht voor de OVBA is dus niet gewenst.

Een andere waarborg voor de positie van derden kan zijn dat de OVBA zou vallen onder het nieuwe toezicht dat gaat gelden voor de rechtspersonen uit Boek 2. Dit toezichtsysteem zal de verklaring van geen bezwaar vervangen. Het toezicht wordt van toepassing op de NV, de BV, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid, stichtingen, Europese naamloze vennootschappen, Europese coöperatieve vennootschappen en Europese samenwerkingsverbanden, die volgens hun statuten hun zetel in Nederland hebben.[321] Dat de eenmanszaak, maatschap, VOF of CV niet onder de nieuwe vorm van toezicht vallen, komt doordat zij geen rechtspersoonlijkheid hebben. Volgens de minister is hierbij van belang dat degene die namens een van deze ondernemingsvormen bevoegd optreedt hoofdelijk aansprakelijk is. Ook de toekomstige openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid wordt niet onder het nieuwe systeem van doorlopende controle gebracht omdat de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten blijft bestaan.[322] In lijn met die redenering zou de OVBA *wel* onder het systeem moeten gaan vallen. Het systeem brengt voor de vennootschap geen kosten met zich. In die zin zou het voor de vennoten van de OVBA niet uitmaken of het nieuwe toezichtsysteem ook op de OVBA van toepassing zou zijn. Ik stel dan ook voor het nieuwe toezichtsysteem op de OVBA van toepassing te verklaren.

---

320. Indien vennootschappen zich niet houden aan de jaarlijkse bevestiging dan kan de *secretary of state* de LLP-inschrijving doorhalen, wat betekent dat de vennootschap de LLP-status verliest, maar wel een *partnership* blijft. De vennootschap kan binnen twee jaar na doorhaling vragen om herinschrijving. Hierdoor zal de LLP-status met terugwerkende kracht worden verkregen. Zie A.R. Bromberg en L.E. Ribstein (2009), *supra* noot 290, § 2.03(c) en RUPA 1997 § 1003.
321. Artikel 1 Wet documentatie vennootschappen. Zie: Wetsvoorstel wijziging van onder mee Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet documentatie vennootschappen in verband met het vervallen van de verklaring van geen bezwaar en het verbeteren en uitbreiden van de controle op rechtspersonen met het oog op de voorkoming en bestrijding van misbruik rechtspersonen.
322. *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 948, nr. 3, blz. 4.

6.8.3.11 Verkrijging van beperkte aansprakelijkheid en omzetting in een OVBA

Naast de oprichting van een OVBA, zou ook de verkrijging van beperkte aansprakelijkheid door de OVR/OV, of omzetting van al bestaande rechtsvormen in een OVBA, en vice versa, mogelijk moeten zijn. De wijze waarop de Amerikaanse LLP-regelingen de omzetting in een LLP hebben ingericht, alsook de bepalingen in het Wetsvoorstel Titel 7.13 over omzettingen kunnen van pas komen bij de invulling van de regelingen rondom de OVBA. De OVR-BV omzetting kan bijvoorbeeld inzicht geven in welke aspecten en formaliteiten een rol spelen bij wisseling van een onbeperkt aansprakelijkheidsregime (OVR) naar een beperkt aansprakelijkheidsregime (BV). Ook bij de vormgeving van de verkrijging van beperkte aansprakelijkheid en de omzettingsregelingen rondom de OVBA, streef ik met mijn voorstel naar een zo goed mogelijke aansluiting bij de bepalingen van het Wetsvoorstel Titel 7.13 waardoor ik rekening houd met de huidige opzet. Eerst geef ik hieronder in het kort aan hoe in de VS de vergelijkbare LLP ontstaat.

6.8.3.12 Omzetting en de Amerikaanse LLP

In de Verenigde Staten ontstaat de LLP vrijwel altijd door omzetting, echter de tijd tussen de omzetting van de *partnership* (GP) in een LLP kan verschillen in enerzijds een *split second* (de vennoten hebben van meet af aan de intentie om een LLP op te richten) of anderzijds na een langere periode (de vennoten van de GP beslissen pas later dat zij de LLP-status willen verkrijgen). Indien de GP al enige tijd voor de omzetting bestaat, is er een moment geweest waarop de vennoten het besluit tot omzetting hebben genomen. De statelijke regelingen wijken nogal van elkaar af op het punt van de voor het besluit benodigde meerderheid van stemmen. Sommige regelingen schrijven dwingend unanimiteit of een gekwalificeerde meerderheid voor, omdat het verkrijgen van de LLP-status gezien wordt als een handeling die buiten de normale aangelegenheden van de vennootschap ligt. Andere staten zien de verkrijging van de LLP-status juist als *ordinary business*, waardoor een gewone meerderheid voldoende is. Weer andere staten verwijzen naar de afspraken die in de vennootschapsovereenkomst zijn gemaakt over de vereiste stemmingsuitkomst voor wijziging van de overeenkomst of wijziging van de afspraken over de contributies. Deze regelingen geven vaak wel een minimum aan, zoals een gekwalificeerde meerderheid. In RUPA 1997 is bepaald dat het aantal stemmen voor het 'LLP-besluit' gelijk is aan het aantal stemmen dat volgens de vennootschapsovereenkomst nodig is om deze overeenkomst te wijzigen, tenzij de overeenkomst bepalingen bevat over bijdragen van vennoten aan de vennootschap. Dan is het stemmingsvereiste gelijk aan het vereiste voor de wijziging van deze

bepalingen.[323] Als de vennootschapsovereenkomst niets vermeldt over de vereiste meerderheid van de stemming, dan dient op grond van RUPA 1997 een stemming bij unanimiteit plaats te vinden om LLP-status te kunnen verkrijgen.[324] Omzetting van een GP in een LLP heeft geen gevolgen voor het voortbestaan van de oorspronkelijke *partnership*. De meeste LLP-regelingen bepalen dat de *partnership* dezelfde blijft en niet verdwijnt als gevolg van de LLP-registratie.[325] Een notariële of rechterlijke tussenkomst is niet vereist.

6.8.3.13 Verkrijging van rechtspersoonlijkheid door een OV

Voor de verkrijging van rechtspersoonlijkheid door OV is ook een besluit van de vennoten nodig. Het vereist in die zin een wijziging van de vennootschapsovereenkomst dat er in de overeenkomst wordt opgenomen dat de vennootschap een rechtspersoon is. Daarvoor is in principe de instemming van alle vennoten nodig. Ook hier geldt dat hetgeen in de vennootschapsovereenkomst is bepaald het uitgangspunt vormt. In deze overeenkomst kan al vooruitgelopen zijn op een eventuele omzetting door te bepalen dat voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid de instemming van een meerderheid van de vennoten is vereist en dat indien een dergelijke uitkomst van de stemming is bereikt, de vennoten die de minderheid vormen een onherroepelijke volmacht hebben gegeven om de vennootschapsovereenkomst te wijzigen. Als in de vennootschapsovereenkomst een meerderheidsvereiste is opgenomen, dienen alle vennoten de gelegenheid te krijgen om deel te nemen aan de besluitvorming.[326] Daarnaast dient in dat geval ook een onherroepelijke volmacht in de oorspronkelijke vennootschapsovereenkomst opgenomen te worden voor de inbrenghandelingen, aangezien tegenstemmers de verkrijging van de rechtspersoonlijkheid alsnog via het formele inbrengvereiste zouden kunnen tegenhouden.[327] Voor de rest dient aan dezelfde eisen te zijn voldaan als hiervoor besproken bij de oprichting van een OVR. Voor de schuldeisers verandert er door de verkrijging van rechtspersoonlijkheid weinig. De rechtspersoon treedt voor bestaande

323. RUPA 1997, § 1001 (b).
324. RUPA 1997, § 18(h) en RUPA 1997 § 401(j)).
325. Ind. Code § 23-4-1-7(5), N.D. Cent.Code § 45-22-03(7), Minn. Stat. § 323A.201(b), Mont. Code Ann. § 35-10-637(1), N.M. Stat Ann. § 54-1A-201, Okla. Stat. tit. § 54-1-201, Va. Code. § 50-73.132(E), W. Va. Code § 47B-10-2, Wis. Stat. § 178.41(2)(a) en Prototype LLP Act § 910(e). Dit is bevestigd in de volgende rechtzaken: *Hart v. Theus, Grisham, Davis &Leigh, L.L.P.*, 877 So. 2d 1157 (La. App. 2004), *Sasaki v. McKinnon*, 124 Ohio App. 3d 613, 707 N.E.2d 9 (1997), *Howard v. Klynveld Peat Marwick Goerdeler*, 977 F. Supp. 654 (S.D.N.Y. 1997).
326. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 62.
327. Vgl: Stokkermans, Chr. M. (2008), 'Omzetting van personenvennootschappen', V&O 2008-1, blz. 2-6.

rechtsverhoudingen in de positie van de vennootschap.[328] Hierdoor heeft de schuldeiser na de omzetting verhaal op het vennootschapsvermogen in plaats van verhaal op de vennootschappelijke gemeenschap. Ook kan de schuldeiser zich verhalen op hetgeen van de vennootschappelijke gemeenschap (nog) niet is ingebracht in de rechtspersoon.

6.8.3.14 Omzetting van een OVR in een BV

De omzetting van een OVR in een BV kan voor schuldeisers van groot belang zijn omdat het een overgang van het aansprakelijkheidsregime teweegbrengt. In het Wetsvoorstel Titel 7.13 is een regeling voor de aansprakelijkheid van de vennoten van de om te zetten OVR opgenomen die aansluit bij de aansprakelijkheid van een uittredende vennoot. Dit betekent dat de (voormalige) vennoten van de OVR na omzetting in een BV, gedurende een termijn van vijf jaar aansprakelijk blijven voor verbintenissen die zijn ontstaan vóór het moment van omzetting. Deze verjaringstermijn vangt aan op de dag waarop de omzetting in het handelsregister wordt ingeschreven (artikel 7:834 lid 7 Wetsvoorstel Titel 7.13). Als een verplichting van de rechtspersoon eerst na de omzetting opeisbaar wordt, gaat de verjaringstermijn pas op dat tijdstip lopen. De schuldeiser kan de termijn van vijf jaren verlengen door de verjaring te stuiten. Voor de omzetting van een OVR in een BV is verder op grond van artikel 7:834 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 een rechterlijke machtiging nodig. In de memorie van toelichting valt hierover te lezen dat deze verplichting is ingegeven door het *wezenlijk verschillende karakter*[329] van de OVR en de BV en vanwege de *eigenaardigheden die aan een dergelijke omzetting inherent zijn*.[330] Volgens de minister is dit verschillende karakter onder andere het gevolg van het andere aansprakelijkheidsregime en van de beschikkingsgebondenheid van het vermogen bij de OVR ten opzichte van de overdraagbaarheid van een aandeel in een BV. Raaijmakers vraagt zich af of voor de bescherming van de belangen van de vennoten, niet met het notarieel toezicht kan worden volstaan.[331] Hij stelt voor dat de regeling van de rechterlijke machtiging wordt vervangen door aansluiting bij de contractuele en wettelijke regeling voor uittreding en uitstoting uit de OVR. Ook Mohr is deze mening toegedaan.[332] De vennoten dienen voor de omzetting een overeenkomst tot omzetting aan te gaan of een besluit tot omzetting te nemen.[333] Voor het besluit tot omzetting van een OVR in een BV en omgekeerd, is op grond van artikel 7:834 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 ten

328. Artikel 7:832 lid 4 Wetsvoorstel Titel 7.13.
329. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 65.
330. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 61.
331. Raaijmakers, M.J.G.C. (2003b), *supra* noot 18, blz. 246-253.
332. Mohr, A.L. et al. (2003a), *supra* noot 211, blz. 125.
333. Artikel 7:834 lid 2 sub a Wetsvoorstel Titel 7.13.

minste een meerderheid van tweederde van de uitgebrachte stemmen vereist. Indien voor de wijziging van de vennootschapsovereenkomst een zwaarder vereiste is gesteld, zal dat vereiste gelden.[334] Wat zouden deze OVR-BV omzetregelingen kunnen betekenen voor de OVBA? Moet er voor het verkrijgen van beperkte aansprakelijkheid van de OV en de OVR ook een rechterlijke machtiging worden voorgeschreven? En hoe zit het met de belangen van de schuldeisers?

6.8.3.15 Uitwerking van de verkrijging van beperkte aansprakelijkheid en de omzetting in een OVBA

De eerste vraag die rijst, is welke rechtsvormen beperkte aansprakelijkheid zouden moeten kunnen verkrijgen en welke rechtsvormen omgezet zouden moeten kunnen worden in een OVBA. Allereerst zouden zowel de OV als de OVR beperkte aansprakelijkheid moeten kunnen verkrijgen. Voor de OV zou dit iets meer voeten in aarde hebben dan voor de OVR omdat naast een wijziging van het aansprakelijkheidsregime ook rechtspersoonlijkheid verkregen moet worden. De OV zal dus tevens aan de daarbij behorende formele eisen moeten voldoen en er zal een overgang van de vennootschappelijke gemeenschap naar het vennootschapsvermogen moeten plaatsvinden. Bij de OVR zullen de goederen niet ingebracht, of de verplichtingen niet overgenomen behoeven te worden omdat door het verkrijgen van beperkte aansprakelijkheid de rechtspersoonlijkheid van de OVR niet wordt beëindigd.

De overgang van een onbeperkt aansprakelijkheidsregime naar een beperkt aansprakelijkheidsregime kan zowel de belangen van de vennoten als die van de bestaande schuldeisers raken. Voor de omzetting van een OVR in een BV is daarom een rechterlijke machtiging nodig (zie paragraaf 6.8.3.14). De OVBA zou voor een belangrijk deel in karakter overeenkomen met de OV en de OVR. Hierdoor verschilt de OV/OVR-OVBA omzetting van de OVR-BV omzetting. Er is bijvoorbeeld geen sprake van een overgang naar een in aandelen verdeeld kapitaal. Alle daarbij behorende moeilijkheden of 'eigenaardigheden', zoals de minister dit heeft verwoord, blijven bij de OVBA achterwege en vennoten behoeven daarvoor geen bescherming. De belangen van de vennoten die niet instemmen, kunnen worden beschermd via de 'normale' regelingen over uittreding. De niet instemmende vennoten zouden via een eventuele op voorhand overeengekomen wijze kunnen uittreden of, indien er geen afspraak tussen de vennoten bestaat, volgens de regeling van artikel 7:818 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13, of wanneer zij van mening zijn dat zij door een dergelijke uittreding

334. Artikelen 7:834 lid 2 sub a en 7:835 lid 2 sub a Wetsvoorstel Titel 7.13.

te weinig gecompenseerd worden, via artikel 7:820 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13 waardoor de rechter de voorwaarden kan aanpassen.[335] De schuldeisers zouden verder, net als bij de OVR-BV omzetting, voldoende bescherming kunnen krijgen doordat de vennoten aansprakelijk blijven voor de ten tijde van de verkrijging van beperkte aansprakelijkheid bestaande verplichtingen. Dit betekent dat de vennoten van een OV of OVR, die beperkte aansprakelijkheid verkrijgt, binnen vijf jaar na omzetting (of indien nog opeisbaar, na vijf jaar na het ontstaan van de verplichting) nog aansprakelijk gesteld zouden moeten kunnen worden. Daarnaast zouden extra beschermingsregels gaan gelden voor de OVBA (zie paragrafen 6.8.6 en volgende). Een rechterlijke machtiging acht ik daarom niet gewenst voor de verkrijging van de beperkte aansprakelijkheid door de OV of de OVR. De vennoten van de OV of OVR zouden de verkrijging van de beperkte aansprakelijkheid wel moeten zijn overeengekomen of hiertoe moeten hebben besloten. Hiervoor kunnen de vennoten op voorhand al een afspraak hebben vastgelegd. Het in de vennootschapsovereenkomst opgenomen stemmingsvereiste zal dan van toepassing moeten zijn. Indien de vennoten niets zijn overeengekomen, zal de vereiste meerderheid gelijk moeten zijn aan dat vereist voor een wijziging van de vennootschapsovereenkomst en ten minste tweederde van de uitgebrachte stemmen. Dit komt overeen met hetgeen in het merendeel van de Amerikaanse regelingen is bepaald en sluit aan bij de OVR-BV omzetting.

6.8.3.16 Uitwerking in de wetgeving van het verkrijgen van beperkte aansprakelijkheid door de OV en OVR

Voor de OV zouden aan artikel 7:832 Wetsvoorstel Titel 7.13 twee extra leden toegevoegd moeten worden. In het ene lid moet worden bepaald dat beperkte aansprakelijkheid verkregen kan worden door een OV indien de vennoten dit zijn overeengekomen of daartoe een besluit hebben genomen. De wijze waarop dit kan geschieden heb ik in de vorige paragraaf uiteengezet. Verder moet worden bepaald dat de OV dient te voldoen aan leden 1 tot en met 4 van artikel 7:832 zoals nu opgenomen in het Wetsvoorstel Titel 7.13 (vereisten voor verkrijging van rechtspersoonlijkheid) èn dat in de overeenkomst van vennootschap is opgenomen dat zij een openbare vennootschap met beperkte aansprakelijkheid is. In het tweede lid dient een aansprakelijkheidregeling gelijk aan artikel 7:834 lid 7 Wetsvoorstel Titel 7.13 opgenomen te worden. Voor de OVR zou een nieuw artikel moeten worden geïntroduceerd, bijvoorbeeld artikel 7:832a Wetsvoorstel OVBA. In dit artikel wordt hetzelfde opgenomen als hetgeen extra is toegevoegd aan artikel 7:832 Wetsvoorstel Titel 7.13 voor de OV, maar dan

335. Onder deze compensatie kan bijvoorbeeld worden het verstaan compensatie voor het verliezen van de toekomstige winstgevendheid door 'gedwongen' uittreding als gevolg van de omzetting. Zie: C.W. de Monchy (2003), *supra* noot 302, blz. 124-132.

zonder de bepaling dat de vennootschap moet voldoen aan de leden 1 tot en met 4 van artikel 7:832 Wetsvoorstel Titel 7.13. De OVR bezit immers al rechtspersoonlijkheid.

6.8.3.17 Omzetting van een BV en een NV in een OVBA?

De vraag rijst of andere rechtsvormen buiten Titel 7.13, zoals de NV en de BV, zich zouden moeten kunnen omzetten in een OVBA. In het Wetsvoorstel Titel 7.13 kan een BV zich omzetten in een OVR. Dit zou ook voor de OVBA moeten gelden. Voor de omzetting van de BV in een OVR bepaalt artikel 7:835 Wetsvoorstel Titel 7.13 dat een rechterlijke machtiging nodig is en dat aan de schuldeisers van de vennootschap een verzetrecht toekomt. Dit verzetrecht is geïntroduceerd omdat de schuldeisers zich na omzetting niet meer kunnen beroepen op het kapitaalbeschermingsregime zoals dat voor de BV geldt. Het kapitaal kan daardoor uit de vennootschap wegvloeien, bijvoorbeeld door uitkeringen aan vennoten. Verder kan de omzetting er ook in resulteren dat het vermogen afneemt door compensatie van (niet instemmende) uittredende aandeelhouders. De schuldeisers zullen hierdoor na de omzetting minder bescherming hebben dan daarvoor. Het verzetrecht van artikel 7:835 lid 2 sub d Wetsvoorstel Titel 7.13 is gelijk aan het verzetrecht bij kapitaalvermindering (artikel 2:209 BW). Schuldeisers kunnen zich verzetten tegen de omzetting in de twee maanden na bekendmaking van het voornemen van de BV zich om te zetten in een OVR door depot daarvan bij het handelsregister en bekendmaking daarvan in een landelijk dagblad.

Zou het verzetrecht ook voor de omzetting van een BV in een OVBA moeten gelden? Belangrijk verschil met de BV-OVR omzetting is dat de schuldeisers bij de OVBA wel meer bescherming ontvangen dan bij de OVR door de uitkeringsregel die voor de OVBA zou gaan gelden (zie hiervoor paragrafen 6.8.6.21-6.8.6.27). Het risico dat het kapitaal vóór de omzetting aan de uittredende aandeelhouders wordt uitgekeerd, zou daarentegen ook bij de OVBA bestaan. Bovendien zouden de vennoten van de OVBA, slechts aansprakelijk zijn voor de verbintenissen van de vennootschap die na de omzetting ontstaan (artikel 7:835 lid 5 Wetsvoorstel Titel 7.13). Dit lijkt erop te duiden dat een verzetrecht bij de OVBA wel gerechtvaardigd is. Van het verzetsrecht ex 2:209 BW blijkt in de praktijk echter niet of nauwelijks gebruik te worden gemaakt. Van der Sangen en Raaijmakers geven aan dat het verzetrecht bij rechtspersonen kan worden gemist. Het verbintenissenrecht zou via 6:80 BW (rechten voor opeisbaarheid) en 7:34 BW (ontbinding bij vrees voor niet-betaling) voldoende waarborgen kunnen bieden.[336] Boschma en

336. Sangen, G.J.H. van der en M.J.G.C. Raaijmakers (2004), 'Modernisering van het BV-recht en crediteuren bescherming', Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2004-6, blz. 247-257.

Wezeman vrezen dat het verzetrecht ook in het Wetsvoorstel Titel 7.13 een dode letter wordt.[337] Dat gevaar kan ook ontstaan voor een eventueel verzetrecht bij de OVBA. Vanuit de andere kant bekeken kan de mogelijkheid tot het doen van verzet door de schuldeisers voorkomen dat een vennootschap de mogelijkheid tot omzetting misbruikt. Zo bezien kan er een preventieve werking van het verzetsrecht uit gaan. Het vragen van zekerheid nadat de omzetting al heeft plaatsgevonden in plaats van het verzetrecht kan voor schuldeisers een andere beschermingsoptie zijn.[338] Indien echter het verzetrecht voor de omzetting van een BV in een OVR in het Wetsvoorstel Titel 7.13 gehandhaafd blijft, zou het gelet op de ook bij de OVBA mogelijk zwakkere positie van de schuldeisers gerechtvaardigd zijn als de procedures bij de omzetting van een BV in een OVBA zouden aansluiten bij die van de omzetting van een BV in een OVR. Dit betekent dat ook voor de OVBA een verzetrecht voor de schuldeisers moet worden opgenomen.

De volgende vraag is of ook de rechterlijke machtiging moet gelden voor de BV-OVBA omzetting. De rechterlijke machtiging is bedoeld als preventief toezicht van de rechtbank om de belangen te beschermen die bij de omzetting in gevaar kunnen komen. Anders dan bij het verkrijgen van beperkte aansprakelijkheid door de OV/OVR is bij de omzetting van een BV in een OVBA wel sprake van een karakterverschil. Bij de OV/OVR vind ik zoals hiervoor aangegeven de rechterlijke machtiging niet gewenst omdat het karakter van de OVBA en de OV/OVR voor het grootste deel met elkaar overeenstemmen en bescherming op alternatieve wijze kan plaatsvinden. Het verschil tussen de OVBA en de BV is voornamelijk gelegen in het feit dat bij de OVBA het kapitaal niet meer in aandelen verdeeld is, en het kapitaalbeschermingsregime en de invulling van de interne organisatie op andere wijze zijn vormgegeven. Voor de omzetting zou een berekening plaats dienen te vinden van de economische deelgerechtigdheid van de (voormalig) aandeelhouders in het vermogen van de vennootschap. De omzetting kan leiden tot een inbreuk op de belangen van aandeelhouders die niet mee willen gaan in de OVBA omdat zij hun aandelen verliezen en hier in onvoldoende mate voor gecompenseerd worden. De rechter kan dan aan de verlening van de rechterlijke machtiging voorwaarden verbinden, zoals een redelijke compensatie van de aandeelhouders die niet hebben ingestemd met de omzetting. De vraag rijst of er in dit geval ook andere beschermingsmogelijkheden zijn dan de rechterlijke machtiging?

---

337. Boschma, H.E. en J.B. Wezeman (2004), *supra* noot 134, blz. 168-185 en H.J. de Kluiver et al. (2004), *supra* noot 14, blz. 95.
338. Dit is een constructie die onder andere in Duitsland wordt gebruikt. Zie hiervoor: H. ten Voorde (2006), 'Deponering, publicatie en verzet: Een onderzoek naar de procedures rond vereffening, omzetting, kapitaalvermindering, fusie, splitsing en beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid uit een 403-verklaring', Deventer: Kluwer, blz. 185-194.

Raaijmakers stelt dat voor de BV-OVR-omzetting, de rechterlijke machtiging kan worden vervangen door de voor fusie (en splitsing) van rechtspersonen geldende regel dat de notaris dient te verklaren dat aan alle voorschriften voor de fusie is voldaan.[339] Deze regel is opgenomen in artikel 2:318 lid 2 BW. Indien dit artikel niet is nageleefd, kan de rechter de fusie vernietigen.[340] Dit zou inderdaad een mogelijkheid voor de OVBA kunnen zijn, maar kan leiden tot een situatie waarin de aandeelhouders blijven hangen in een conflict omdat de notaris de akte niet zou kunnen passeren doordat de belangen van de aandeelhouders die niet hebben ingestemd, onvoldoende zijn ontzien. Uiteindelijk zouden de aandeelhouders dan toch bij de rechter kunnen eindigen. Door gebruik te maken van de rechterlijke machtiging kan de omzetting wel plaatsvinden, zolang maar voldoende rekening is gehouden met de belangen van de uittredende aandeelhouders. De voorwaarden hiervoor kunnen dan meteen door de rechter worden gegeven. Mede gelet op de wijze waarop de regelingen nu zijn vormgegeven in het Wetsvoorstel Titel 7.13 zou bij de omzetting van een BV in een OVBA ook een rechterlijke machtiging nodig zijn.

Naast het verzetrecht en de rechterlijke machtiging zouden bij de omzetting van de BV in een OVBA, dezelfde eisen in acht genomen moeten worden als die gelden voor de omzetting van een BV in een OVR (besluit, notariële akte, inschrijving, aansprakelijkheid en voortbestaan rechtspersoon: zie hiervoor artikel 7:835 Wetsvoorstel Titel 7.13). In de vennootschapsovereenkomst, en daarmee ook in de notariële akte, zou ten opzichte van de voorgestelde eisen voor de OVR wel een extra element moeten worden opgenomen. In de overeenkomst zou moeten worden bepaald dat de vennootschap rechtspersoon is en dat deze beperkte aansprakelijkheid heeft. Dit is in lijn met hetgeen zou gelden voor de oprichting van een OVBA. Daarnaast moet voor de notariële akte hetzelfde gelden als is voorgesteld in het nieuwe artikel 7:802a Wetsvoorstel OVBA, namelijk dat de akte in het Nederlands moet zijn verleden en een volmacht tot medewerking aan de akte schriftelijk moet zijn verleend. Tevens zou het bepaalde in lid 3 van artikel 7:802a Wetsvoorstel OVBA ook voor de omzetting van een BV in een OVBA moeten gelden. Dit houdt in dat de naam, het doel en de zetel van de vennootschap moeten zijn opgenomen in de notariële akte. Een dergelijk vereiste is voor de BV-OVR omzetting niet opgenomen, maar dit lijkt mij wel wenselijk aangezien geen rechtvaardiging bestaat voor een verschil hiertussen bij een OVBA die wordt opgericht of een OVBA die ontstaat door omzetting.

339. Raaijmakers, M.J.G.C. (2003b), *supra* noot 18, blz. 246-253.
340. Artikel 2:323 lid 1 sub b BW.

6.8.3.18 Uitwerking in de wetgeving van de omzetting van een BV in een OVBA

De omzetting van een BV in een OVBA zou geïntegreerd kunnen worden in artikel 7:835 Wetsvoorstel Titel 7.13 aangezien de eisen voor de omzetting vrijwel overeenkomen met die voor de BV-OVR omzetting. In dit artikel zou een extra lid moeten worden toegevoegd dat bepaalt dat een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid zich kan omzetten in een openbare vennootschap met beperkte aansprakelijkheid waarbij de leden 2 tot en met 5 van artikel 7:835 Wetsvoorstel Titel 7.13 in acht moeten worden genomen en daarnaast de eisen van een nog extra toe te voegen lid. Dat lid bepaalt dat in de vennootschapsovereenkomst moet worden opgenomen dat de openbare vennootschap een rechtspersoon is met beperkte aansprakelijkheid en dat daarnaast de eisen, die worden gesteld aan de notariële akte bij de oprichting van een OVBA, ook voor de notariële akte van omzetting gelden, zoals ik in de vorige paragraaf uiteen heb gezet. Een verwijzing naar artikel 7:802a Wetsvoorstel OVBA kan hiertoe gebruikt worden.

6.8.3.19 Omzetting van een NV in een OVBA

De omzetting van een NV in een OV/OVR behoort in het Wetsvoorstel Titel 7.13 niet tot de mogelijkheden. Achterliggende redenen hiervoor zijn volgens de minister allereerst dat de BV beter zou aansluiten bij de personenvennootschappen, ondanks dat de NV ook vormgegeven kan worden met aandelen op naam en een blokkeringsregeling. Verder zou omzetting in een NV wel mogelijk zijn, alleen dan via omzetting naar een BV. Ten slotte zou er in de praktijk geen behoefte zijn aan een dergelijke omzettingsmogelijkheid.[341] In de literatuur en in de Eerste Kamer is hierop kritiek geleverd.[342] Naar aanleiding van deze kritiek heeft de minister aangegeven de omzettingsmogelijkheid van een OVR in een NV met aandelen op naam te onderzoeken.[343] Afhankelijk van de uitkomst van dat onderzoek zou, indien de minister zijn standpunt herziet, omzetting van een NV in een OVBA alsnog kunnen plaatsvinden overeenkomstig de procedure voor de BV-OVBA omzetting die ik hiervoor uiteen heb gezet.

---

341. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 61, *Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 746, nr. 5, blz. 27 en *Kamerstukken I*, 2005-2006, 28 746, C, blz. 20.
342. Raaijmakers, M.J.G.C. (2003b), *supra* noot 18, blz. 246-253 en *Kamerstukken I*, 2005-2006, 28 746, D, blz. 3-5.
343. *Kamerstukken I*, 2006-2007, 28 746, E, blz. 5-6.

6.8.3.20 Het opgeven van beperkte aansprakelijkheid en de omzetting van een OVBA in een BV

In de vorige paar paragrafen heb ik aandacht besteed aan de mogelijkheden tot omzetting van bestaande vennootschappen in een OVBA. Deze acties zouden ook in omgekeerde richting plaats moeten kunnen vinden. Dat betekent dat de OVBA haar beperkte aansprakelijkheid zou moeten kunnen opgeven, al dan niet met het tegelijkertijd opgeven van rechtspersoonlijkheid, en daarnaast zou een OVBA zich in een BV moeten kunnen omzetten. Allereerst bespreek ik het opgeven van de beperkte aansprakelijkheid met behoud van de rechtspersoonlijkheid. Dit betekent dat de OVBA een OVR wordt en dat het bestaan van de rechtspersoon hierdoor niet zou worden beëindigd. Door het opgeven van de beperkte aansprakelijkheid zullen de vennoten hoofdelijk aansprakelijk worden voor de schulden van de vennootschap. Dit zou een overeenkomst vereisen tussen de vennoten of een besluit genomen met het aantal stemmen vereist voor wijziging van de vennootschapsovereenkomst, in ieder geval met ten minste tweederde van de uitgebrachte stemmen. Het verliezen van de aansprakelijkheidsbeperking kan voor sommige vennoten aanleiding zijn om uit de vennootschap te willen treden. De hiervoor in paragraaf 6.8.3.15 besproken uittreedregels zouden dan ook nu moeten gelden: (1) primair geldt hetgeen de vennoten hebben afgesproken in de vennootschapsovereenkomst, (2) bij afwezigheid van zulke afspraken: uittreding volgens artikel 7:818 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13, of (3) wanneer de vennoten van mening zijn dat zij door een dergelijke uittreding te weinig gecompenseerd worden, via artikel 7:820 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13. Vennoten zijn na het opgeven van de beperkte aansprakelijkheid alleen verbonden voor de verbintenissen die na het opgeven zijn ontstaan. Vennoten die voor het opgeven van de beperkte aansprakelijkheid, aansprakelijk waren voor een eigen wanprestatie of onrechtmatige daad, voor die van een ondergeschikte of voor het niet ingrijpen, blijven hiervoor ook na het opgeven van de beperkte aansprakelijkheid aansprakelijk (zie paragraaf 6.8.5 voor de aansprakelijkheidsregelingen bij de OVBA). Door het opgeven van de beperkte aansprakelijkheid zullen de specifiek voor de OVBA geldende uitkeringsregels en de verzekeringsplicht niet meer gelden (zie hiervoor de paragrafen 6.8.6.21 - 6.8.6.27 en 6.8.6.30). Dat zou, in lijn met het voorgaande, aanleiding kunnen geven om een verzetrecht voor schuldeisers op te nemen. Daarnaast moet uit de overeenkomst worden geschrapt dat de vennootschap beperkte aansprakelijkheid heeft en dient deze wijziging opgenomen te worden in een notariële akte die in de Nederlandse taal is opgemaakt. Een volmacht tot medewerking moet schriftelijk zijn verleend. De OVR dient daarnaast de wijziging in het aansprakelijkheidsregime door te geven aan de Kamer van Koophandel.

Indien de OVBA tegelijk met het opgeven van de beperkte aansprakelijkheid haar rechtspersoonlijkheid opgeeft (de OVBA wordt een OV), zouden naast de

hiervoor genoemde regels ook nog de regels van artikel 7:833 Wetsvoorstel titel 7.13 moeten gelden die te maken hebben met de inbreng van de goederen in de goederenrechtelijke gemeenschap en het overgaan van de verplichtingen van de rechtspersoon op de vennoten. Voor het omzetten van een OVBA in een BV geldt hetzelfde als voor de omzetting van een OVR in een BV (artikel 7:834 Wetsvoorstel Titel 7.13 en zie hiervoor paragraaf 6.8.3.14) met enkele kleine aanpassingen.

6.8.3.21 Uitwerking in de wetgeving van het opgeven van beperkte aansprakelijkheid en de omzetting van een OVBA in een BV

Voor de omzetting van de OVBA in een BV kan in lid 1 van artikel 8:734 Wetsvoorstel Titel 7.13 opgenomen worden dat een openbare vennootschap die rechtspersoon is *en een openbare vennootschap met beperkte aansprakelijkheid* zich met in achtneming van de overige leden van artikel 7:834 Wetsvoorstel Titel 7.13 kunnen omzetten in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. In lid 5 moet opgenomen worden dat het daarin bepaalde niet alleen voor de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid geldt maar ook voor de openbare vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Daarnaast dient er een aansprakelijkheidsovergangsregeling te zijn voor vennoten van de OVBA die aansprakelijk gesteld kunnen worden voor eigen wanprestaties of onrechtmatige daden (of die van ondergeschikten) voor verplichtingen die ten tijde van de omzetting bestaan. Dit is in principe dezelfde regel als opgenomen in lid 7 voor de vennoten van de OVR van artikel 7:834 lid 7 Wetsvoorstel Titel 7.13. Voor het opgeven van beperkte aansprakelijkheid moet een nieuw artikel worden opgenomen met bepalingen die regels bevatten zoals die zijn besproken in de vorige paragraaf. Voor de OVBA die ook haar rechtspersoonlijkheid wil opzeggen, kan verwezen worden naar artikel 7:833 Wetsvoorstel Titel 7.13.

6.8.3.22 Reorganisaties

In het Wetsvoorstel Titel 7.13 zijn geen fusie- of splitsingsmogelijkheden opgenomen. Deze regelingen kunnen voor de OVBA gewenst zijn, bijvoorbeeld als een deel van de vennoten van een OV of OVR zich wel wil omzetten in een OVBA, maar een ander deel niet. Dit zou kunnen betekenen dat, bij genoeg stemmen voor het verkrijgen van beperkte aansprakelijkheid, de tegenstemmende vennoten worden gedwongen om uit te treden. Zij zouden vervolgens met elkaar een nieuwe vennootschap kunnen oprichten, maar kunnen daarbij de naam van het bedrijf en bijvoorbeeld de *goodwill* verliezen. Door splitsing zouden de tegenstemmende vennoten hun deel van de vennootschap afgesplitst kunnen voortzetten als OV of OVR. De andere vennoten zouden vervolgens voor hun deel beperkte aansprakelijkheid kunnen verwerven.

Raaijmakers is een groot voorstander van de toepassing van de reorganisatiemogelijkheden uit Boek 2 BW op de personenvennootschappen.[344] Volgens de minister heeft de visie van Raaijmakers in de literatuur weinig steun gekregen en heeft de praktijk ook geen behoefte aan de verwezenlijking van zijn voorstellen.[345] Deze reactie lijkt mij iets te stelling omdat Raaijmakers wel steun in de literatuur heeft ontvangen en zijn standpunt verschillende malen is aangehaald.[346] Naar aanleiding van diverse vragen uit de Eerste Kamer over dit onderwerp heeft de minister toegezegd te onderzoeken of een wettelijke regeling voor de juridische fusie en splitsing voor personenvennootschappen toch niet wenselijk en mogelijk is.[347] Mochten de reorganisatiemogelijkheden alsnog worden toegevoegd aan het Wetsvoorstel dan zouden dergelijke regelingen ook van toepassing moeten zijn op de OVBA.

6.8.4 Vennootschapstructuur

Participatie in de OVBA zou niet alleen mogelijk moeten zijn met een geldelijke inbreng maar ook door inbreng van arbeid. Ook in de OVBA dienen de partijen vrij te zijn om naar eigen wens de vennootschap contractueel te structureren. Aangezien de nieuwe rechtsvorm onderdeel zou worden van het (voorgestelde) personenvennootschapsrecht zal de vennootschapsovereenkomst het uitgangspunt zijn. Partijen kunnen, wanneer zij zelf niet hebben voorzien in de regelingen over het bestuur en de vertegenwoordiging, op de regelingen van Wetsvoorstel Titel 7.13 terugvallen. De beperkte aansprakelijkheid van de OVBA doorkruist deze regelingen niet. Ook bij de OVBA dient als uitgangspunt te gelden dat de vennoten op gelijke voet samenwerken en dat iedere vennoot een besturende vennoot is. Verder zouden de vennoten van de OVBA ook uit hoofde van artikel 7:800 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 onderling de plicht tegenover elkaar moeten hebben zich te gedragen zoals een goed vennoot

---

344. Pitlo/Raaijmakers (2006), 'Ondernemingsrecht', Deventer: Kluwer, blz. 162, M.J.G.C. Raaijmakers (2003b), *supra* noot 18, blz. 246-253 en M.J.G.C. Raaijmakers (2009), *supra* noot 285, blz. 70-81. Raaijmakers verwijst naar de fusie en splitsingsregelingen in RUPA 1997, artikel 9.
345. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 61.
346. Raaijmakers heeft in de literatuur onder andere steun gevonden bij: Chr. M. Stokkermans (2008), *supra* noot 327, blz. 2-6, M.W. Galjaart (2006), 'Het wetsvoorstel personenvennootschappen: quo vadit?', V&O 2006-6, blz. 106-108, H. Koster (2006), 'Boekbespreking', Ondernemingsrecht 2006/17, blz. 638-640 en A.J.S.M. Tervoort (2003d), 'De nieuwe wettelijke regeling inzake personenvennootschappen', Njb 2003-8, blz. 362-370. Verschillende auteurs hebben verwezen naar het standpunt van Raaijmakers maar hebben het vraagstuk zelf laten rusten. Zie onder andere: H.J. de Kluiver (2003), 'Titel 7.13: een 'missing link' gelegd. Het wetsvoorstel personenvennootschappen in hoofdlijnen en kernpunten', WPNR/6524, blz. 205-213 en A.L. Mohr et al. (2003a), *supra* noot 211, blz. 108.
347. *Kamerstukken I*, 2006-2007, 28 746, E, blz. 13.

betaamt. Dit dient dan wel dwingend recht te zijn.[348] Uit deze regel vloeit vervolgens voort dat de rechten en verplichtingen van de vennoten jegens elkaar niet alleen bepaald worden door de inhoud van de overeenkomst als zodanig, maar mede door de redelijkheid en de billijkheid.[349] De beperkte aansprakelijkheid zou een belangrijke contextuele factor zijn waarmee een rechter rekening moet houden bij het bepalen van de reikwijdte van deze plicht.[350] Daarnaast betekent dit dat besturende vennoten gehouden zijn tot een behoorlijke vervulling van hun taak op grond van artikel 7:809 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13.

Een gelijke winst en verliesdeling, bij afwezigheid van een bepaling hierover in de vennootschapsovereenkomst, kan bij de OVBA gehandhaafd blijven. Besturende vennoten lopen ten opzichte van niet-besturende vennoten wel meer risico op aansprakelijkheid omdat zij eerder aangesproken kunnen worden voor eigen daden en omissies (zie voor de aansprakelijkheidsregelingen bij de OVBA paragraaf 6.8.5). Dit extra risico kunnen de vennoten onderling compenseren door het aanpassen van de winst en verliesdeling aan de mate van risico die elke vennoot zou lopen. Binnen de OVBA zouden belangenconflicten kunnen ontstaan rondom de uitkering van winst. Vennoten die meer risico lopen om aansprakelijk gesteld te worden, zullen naar alle waarschijnlijkheid het vermogen binnen de vennootschap willen houden, zodat zij zich daar eventueel op kunnen verhalen. Vennoten die minder risico's lopen, zullen juist een prikkel hebben om het vermogen uit te keren, zodat derden zich daar niet meer op kunnen verhalen. Van belang is derhalve wie bevoegd is om over de uitkeringen te beslissen. Hierbij kan aansluiting gevonden worden bij de regeling die voor de OV of OVR geldt. De beslissingen over de uitkering van de winstdelen, kunnen bij de OV of OVR genomen worden door alle vennoten tezamen of indien anders is overeengekomen door enkele vennoten bij besluit.[351] Het is dus geen specifieke aangelegenheid van de besturende vennoten. De onderlinge afspraken over de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de vennoten van de OVBA zullen voor derden kenbaar zijn omdat deze regelingen in het handelsregister vermeld moeten worden. Wanneer een OVBA dit achterwege heeft gelaten zou ook hier de sanctie van artikel 7:811 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 moeten gelden. Aangezien de OVBA ook expliciet moet vermelden wie de vennoten van de OVBA zijn, kan een derde zelf nagaan of de vennoot met wie hij zaken doet een echte en geen pseudo-vennoot is.

348. Vgl: *Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 746, nr. 5, blz. 10.
349. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 8.
350. Vgl: Bromberg, A.R. en L.E. Ribstein (2009), *supra* noot 290, § 4.05.
351. Artikel 7:816 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13.

6.8.5 Aansprakelijkheid

Uit hoofdstuk 3, 4 en 5 is gebleken dat de aansprakelijkheid en de waarborgen voor schuldeisers van een rechtsvorm, waarin de beperkte aansprakelijkheid wordt gecombineerd met inrichtingsvrijheid van de structuur, op verschillende wijzen vormgegeven kunnen worden. Voor de invulling van de aansprakelijkheid van de OVBA rijst naast de vraag naar de plaats van de beperking van de aansprakelijkheid in Wetsvoorstel Titel 7.13, een aantal andere vragen. Allereerst de vraag naar de reikwijdte van de beperking van de aansprakelijkheid: tegen welke vorderingen zouden de vennoten beschermd moeten worden. Vervolgens de vraag hoe er moet worden omgegaan met de interne aansprakelijkheid van vennoten aan wie de schade niet kan worden toegerekend. Hierbij komt de vraag naar de prioritisering van betalingen van verplichtingen van de vennootschap en de aansprakelijkheid bij toe- en uittreden. Ten slotte rijst de vraag naar de invulling van eventuele waarborgen voor schuldeisers.

In de VS zijn er tussen de staten verschillen in de reikwijdte van de beperking van aansprakelijkheid. Er zijn regelingen die een zogenoemd *partial shield* verschaffen en anderzijds regelingen die een *full shield* verschaffen.[352] Bij een *partial shield*-bescherming wordt aan de vennoten alleen bescherming geboden tegen vorderingen op grond van onrechtmatige daad die door een medevennoot is begaan. Onder de *full shield*-bescherming strekt de bescherming zich uit over zowel de vorderingen uit wanprestatie als uit onrechtmatige daad. Hierbij is de directe aansprakelijkheid (vorderingen van derden) aan beperkingen onderworpen èn is ook de indirecte aansprakelijkheid (aandeel in verlies) gelimiteerd. Naast deze tweedeling bestaan er verschillen in de bescherming van een vennoot wanneer het gaat om fouten van personen, die onder de supervisie en controle van deze vennoot staan, of wanneer de vennoot had kunnen ingrijpen bijvoorbeeld om de tekortkoming in de nakoming of de onrechtmatige daad te voorkomen. Onder beide aansprakelijkheidsregelingen blijft de vennoot die de schade heeft veroorzaakt, wel zelf persoonlijk aansprakelijk. Een *partial shield* levert een ongewenste situatie op omdat de onvrijwillige schuldeisers, zoals de slachtoffers van een onrechtmatige daad, in tegenstelling tot de vrijwillige schuldeisers niet de beperking van de aansprakelijkheid van de vennoten kunnen wegcontracteren.[353] Daarnaast veroorzaakt een *partial shield* moeilijkheden bij de betaling van de verplichtingen van de vennootschap aangezien er zowel beschermde als onbeschermde verplichtingen door kunnen ontstaan. Hierdoor zullen de vennoten, met verschillende aansprakelijkheden,

352. De *liability shields* zijn uitgebreid aan de orde gekomen in de hoofdstuk 4.
353. Zie: hoofdstuk 3, paragraaf 3.6.5 voor het onderscheid tussen vrijwillige en onvrijwillige schuldeisers.

andere prioriteiten hebben voor de voldoening van de verplichtingen. Dit probleem is in paragraaf 4.7.6.2.3 besproken.

In Engeland is de beperking van de aansprakelijkheid niet expliciet in de LLP-wetgeving geregeld, maar volgt die uit het gegeven dat de vennootschap rechtspersoonlijkheid heeft. Door deze rechtspersoonlijkheid en het feit dat de deelnemers onder de LLP-wetgeving worden aangemerkt als vertegenwoordigers van de vennootschap, kunnen de deelnemers niet direct aansprakelijk gesteld worden voor de niet nakoming van een contractuele verbintenis van de vennootschap, tenzij de overeenkomst waaruit de aansprakelijkheid voortvloeit uitdrukkelijk met de vennoot persoonlijk is gesloten. De deelnemers kunnen wel aansprakelijk worden gesteld uit hoofde van onrechtmatige daad. Of de deelnemer ook daadwerkelijk een schadevergoeding zal moeten betalen zal door de rechter moeten worden beslist. Het scheppen van verwachtingen bij de derde over de aansprakelijkheid van de deelnemer en het gerechtvaardigd vertrouwen van de derde hierop, kunnen een rol spelen bij de vaststelling van aansprakelijkheid. De *Regulations 2001* en de conceptversie van de *Regulations 2009*, die een aanvulling vormen op de kern van de LLP-regeling, bevatten enige bepalingen op grond waarvan alle, of enkele, deelnemers aansprakelijk zijn. Dit zijn voornamelijk aansprakelijkheden voor het niet voldoen aan administratieve vereisten. De bescherming die de Britse LLP de vennoten in het kader van de externe aansprakelijkheid biedt, blijft moeilijk te voorspellen, doordat de aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad in de wetgeving welbewust vaag is gelaten, zodat de rechterlijke instanties hierover kunnen beslissen. Het onrechtmatige-daadsrecht zou zich voor de LLP's als voor de kapitaalvennootschappen op een natuurlijke en gelijke wijze moeten ontwikkelen. Interne aansprakelijkheid kan ontstaan bij insolventie, maar is niet het uitgangspunt. Een deelnemer zal alleen gehouden zijn bij te dragen aan de verliezen bij liquidatie indien de deelnemers dit zijn overeengekomen of indien zij hebben gehandeld in strijd met de diverse *fraudulent trading rules* of de *wrongful trading rule*. In de *LLP Act 2000* is een bepaling opgenomen die aangeeft dat de plicht tot bijdrage kan ontstaan onder deze *Act*, maar deze bepaling specificeert niet welke *Regulations* daarbij horen en wanneer de plicht ontstaat.[354]

6.8.5.1 Externe aansprakelijkheid van de vennoten van de OVBA

Bij de OVBA zou de bescherming van de vennoten tegen aansprakelijkstellingen als gevolg van de gedragingen van medevennoten of vertegenwoordigers

354. LLP Act 2000, Section 1(4); *'The members of a limited liability partnership have such liability to contribute to its assets in the event of its being wound up as is provided for by virtue of this Act'.*

van de vennootschap zich moeten uitstrekken over zowel de vorderingen op grond van onrechtmatige daad als de vorderingen op grond van wanprestatie. Zoals hiervoor al is opgemerkt, is het beperken van de uitsluiting van aansprakelijkheid tot de aansprakelijkheid die ontstaat door een onrechtmatige daad niet te rechtvaardigen in het licht van het ontbreken van onderhandelingsmacht bij onvrijwillige schuldeisers. De onvrijwillige schuldeisers kunnen door de beperkte aansprakelijkheid geconfronteerd worden met onvoldoende verhaal. Zij kunnen hiervoor geen compensatie afdwingen, zoals de contractuele wederpartijen van de vennootschap dat wel kunnen bij de vaststelling van de contractuele voorwaarden. In hoofdstuk 3 is aan de orde geweest op welke wijze de vennootschap en haar contractuele wederpartijen de contractuele relatie onderling kunnen vormgeven. Ook bij contractuele verbintenissen zou de situatie kunnen ontstaan dat medevennoten de gedragingen van andere vennoten niet kunnen controleren, maar daarvoor wel in privé aansprakelijk zijn. Dit argument – het geen controle kunnen uitoefenen op de gedragingen van andere vennoten – dat over het algemeen gebruikt wordt voor de rechtvaardiging van de beperking van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is daardoor ook van toepassing bij aansprakelijkheid uit wanprestatie. De vennoot die zelf de schade veroorzaakt, zal echter persoonlijk aansprakelijk moeten blijven. Dit zorgt ervoor dat de vennoot voldoende zorgvuldig te werk gaat, omdat hij anders de plicht tot het betalen van een schadevergoeding zou riskeren. Deze aansprakelijkheid zou ook moeten gelden voor de vennoot die directe controle en supervisie heeft over de persoon die de schade veroorzaakt, of die had kunnen ingrijpen om de schade veroorzaakt door medevennoten te voorkomen. Het gevaar dat vennoten allemaal zelfstandig zullen gaan opereren zonder zich te bemoeien met de aangelegenheden van de andere vennoten zal allereerst worden beperkt doordat de vennootschap zelf ook aansprakelijk blijft voor de handelingen van de vennoten die zijn verricht in de normale uitvoering van de vennootschapsactiviteiten. Niet alleen zullen de 'onschuldige' vennoten hun inbreng verliezen, zij kunnen ook hun investering in menselijk kapitaal kwijtraken. Daarnaast zullen het risico van reputatieschade, eventuele intern geldende controlemechanismen en vrijwaringmogelijkheden voor vennoten belast met toezichthoudende taken, waarborgen dat vennoten elkaar en hun ondergeschikten in de gaten te houden (zie hoofdstuk 3 voor de bespreking hiervan). De vennoten die de meer riskante activiteiten uitvoeren kunnen hiervoor gecompenseerd worden.

6.8.5.2 Uitwerking in de wetgeving van de externe aansprakelijkheid van de vennoten van de OVBA

De beperking van de aansprakelijkheid van een vennoot voor de gedragingen van medevennoten, waarbij de vennoot zelf niet betrokken was, sluit aan bij artikel 7:813 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 (zie paragraaf 6.5.4). De vennoot aan

wie de schadeveroorzakende gedraging niet is toe te rekenen, is niet aansprakelijk. Bij artikel 7:813 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 gaat het alleen om de tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst van opdracht. Dus alleen om contractuele verbintenissen, en alleen om een specifieke overeenkomst, namelijk de overeenkomst van opdracht. Bij de OVBA zou de beperking gelden voor alle soorten verbintenissen: onrechtmatige daad, wanprestatie en dan niet alleen bij overeenkomsten van opdracht. Ook zou het niet zozeer een disculpatie zijn maar een niet-aansprakelijkheid op basis van de hoedanigheid van het zijn van vennoot. Deze aansprakelijkheidsbescherming dient zoveel mogelijk expliciet in de wet te worden opgenomen en niet zoals in het Verenigd Koninkrijk uit de rechtspersoonlijkheid te worden afgeleid. Deze rechtspersoonlijkheid zou los moeten staan van de aansprakelijkheid van de deelnemers, zoals dit nu is vormgegeven in het Wetsvoorstel Titel 7.13 bij de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid. Hoewel deze vennootschap rechtspersoonlijkheid heeft, zijn de vennoten hoofdelijk aansprakelijk.

Mohr heeft over een mogelijke personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid gesteld dat de uitwerking daarvan, hem niet heel ingewikkeld voorkomt. Het zou volgens hem beperkt kunnen worden tot het uitsluiten van de aansprakelijkheid van medevennoten tegenover derden/niet contractspartijen, de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. De mate van contractuele (mede)aansprakelijkheid behoeft volgens Mohr geen afzonderlijke wettelijke regeling omdat deze volgens hem in de hand kan worden gehouden langs de weg van jegens de wederpartij te bedingen (al dan niet) 'algemene' (dienstverlenings)voorwaarden.[355] In paragrafen 6.5.11-6.5.15 heb ik de beperking van aansprakelijkheid door de contractuele aansprakelijkheidsbedingen en de verschillende wijzen waarop deze exoneraties aan de kant kunnen worden gezet, besproken. Dit leidt tot een onzekere situatie voor zowel degene die de aansprakelijkheidsbeperking heeft afgedwongen, als voor de tegenpartij voor wie het wellicht niet helemaal duidelijk is dat hij een beperking van de aansprakelijkheid is overeengekomen. Een verankering in de wetgeving van de beperking van de aansprakelijkheid uit wanprestatie voor de vennoten van de OVBA lijkt mij derhalve gewenst. Doordat de OVBA alleen zou mogen opereren als zij voor partijen waarmee zij zaken doet duidelijk kenbaar maakt dat zij een OVBA is, zou het voor de tegenpartij ook helder zijn dat de aansprakelijkheid van de vennoten is beperkt.

De externe aansprakelijkheid van de vennoten van de OVBA zou opgenomen kunnen worden in een extra lid van artikel 7:813 Wetsvoorstel Titel 7.13; artikel 7:813 lid 4 Wetsvoorstel OVBA. In dit lid moet worden bepaald dat de vennoten van de OVBA niet hoofdelijk verbonden zijn voor de verbintenissen

355. Mohr, A.L. (1998), *supra* noot 122, blz. 17.

van de vennootschap of voortvloeiend uit een tekortkoming in de nakoming van een contractuele verbintenis of volgend uit de wet op grond van de status van vennoot. Een vennoot blijft aansprakelijk voor de daden die hem kunnen worden toegerekend. Dit zijn de daden die aan zijn schuld zijn te wijten of waarvan krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen de gevolgen voor zijn rekening komen. Hiertoe behoren zijn eigen daden maar ook die van een persoon die onder zijn directe supervisie en toezicht staat. Dit betekent tevens dat indien een vennoot had moeten ingrijpen op het moment dat een andere vennoot een onrechtmatige daad of wanprestatie pleegt, deze daad ook aan hem moet kunnen worden toegerekend en hij daarvoor aansprakelijk kan zijn. Dit sluit aan bij de disculpatieregeling van artikel 7:813 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13. Ook daar kan een vennoot geen beroep doen op de disculpatiegrond indien de vennoot had moeten ingrijpen.[356] Voor de omstandigheden waarin een vennoot zou moeten ingrijpen, zijn geen harde criteria te geven. Zij moeten zich uitkristalliseren in de rechtspraak. Dit geldt niet alleen voor de OVBA, maar ook voor de zich verdisculperende vennoten van een OV of OVR bij een overeenkomst van opdracht zoals deze nu is opgenomen in het Wetsvoorstel Titel 7.13. De mogelijkheid dat vennoten onderling een andere aansprakelijkheidsregeling kunnen overeenkomen behoeft niet, zoals in Delaware[357] en New York,[358] expliciet in de wetgeving opgenomen te worden. Dit volgt uit het feit dat Titel 7.13 van overwegend regelend recht is, en dergelijke afspraken de belangen van de betrokkenen bij de vennootschap niet zullen schaden zolang het om een uitbreiding van de aansprakelijkheid gaat. Vennoten kunnen eventuele afwijkingen en de mogelijkheid tot wijziging van de aansprakelijkheidsafspraken, in de vennootschapsovereenkomst opnemen. Hiermee dienen dan wel alle vennoten in te stemmen.

In de LLP-regeling van New York kan de aansprakelijkheid van een vennoot worden uitgebreid of gewijzigd indien een meerderheid van de vennoten hiertoe beslist, tenzij de vennootschapsovereenkomst iets anders bepaalt. Dit zou bijvoorbeeld aan de orde kunnen zijn bij een grote *partnership* met vele vennoten, waarbij unanimiteit bezwarend kan werken. Ik zou dit echter niet als uitgangspunt willen opnemen. Het vereiste van de meerderheid, zou dan gelden indien de vennoten hierover zelf niets overeenkomen. Sommige vennoten kunnen echter voor een verrassing komen te staan als de meerderheid van de vennoten beslist tot een uitbreiding van hun aansprakelijkheid, zonder dat daar bijvoorbeeld compensatie tegenover staat. Uitgangspunt zou juist moeten zijn dat in beginsel alle vennoten moeten instemmen met een wijziging of uitbreiding van de aansprakelijkheid, tenzij de vennoten een andere regeling

356. *Kamerstukken I*, 2005-2006, 28 746, C, blz. 14.
357. Del. Code Ann. Tit. 6 § 15-306(e).
358. N.Y. Partnership Law § 26(c)(i).

zijn overeengekomen. De vennoten hebben dan zelf ingestemd met de mogelijkheid van verdergaande aansprakelijkheid. Bovendien zouden de vennoten van een OVBA niet de aansprakelijkheid voor de eigen gedragingen of voor die van de ondergeschikten moeten kunnen uitsluiten, zonder de instemming van de partij die hierbij betrokken is. Zij kunnen met de tegenpartij een afwijkende aansprakelijkheid overeenkomen. Dit sluit aan bij de huidige regeling waarin de vennoten onderling ook niet hun hoofdelijke aansprakelijkheid in de vennootschapsovereenkomst kunnen beperken. Hiervoor is geen expliciete bepaling in het Wetsvoorstel Titel 7.13 opgenomen, zodat dit ook achterwege gelaten zou kunnen worden voor de OVBA. Uitzondering op de beperking van de aansprakelijkheid van de vennoten van de OVBA, zou de aansprakelijkheid voor de verbintenissen ontstaan door het handelen van de vereffenaars moeten zijn. Uit hoofde van artikel 7:829 Wetsvoorstel Titel 7.13 zou artikel 7:813 Wetsvoorstel Titel 7.13 gelden voor de verbintenissen die zijn ontstaan door het handelen van de vereffenaars. Bij de in het kader van de introductie van de OVBA eventuele toevoeging van het nieuwe lid 4 aan artikel 7:813 Wetsvoorstel Titel 7.13 zou dit betekenen dat de aansprakelijkheid ook voor deze verbintenissen beperkt zou zijn. Een aanvulling van artikel 7:829 Wetsvoorstel Titel 7.13 waarin wordt bepaald dat de vennoten van de OVBA hoofdelijk verbonden zijn voor de verbintenissen van de vennootschap ontstaan door het handelen van de vereffenaars, moet worden toegevoegd.

De vennootschap blijft zelf aansprakelijk voor de daden van de vennoten. Een derde heeft daardoor zowel een vorderingsrecht jegens de schuldige vennoot als jegens de vennootschap. In het Wetsvoorstel Titel 7.13 is geen onderscheid gemaakt in wie de schuldeiser als eerste dient aan te spreken. Dit betekent dat de vennootschap gehouden kan zijn de volledige schade te vergoeden, waardoor de vennoten in ieder geval aansprakelijk blijven voor het in de vennootschap geïnvesteerde bedrag of een deel daarvan. Daarnaast kan de handelende vennoot ook door de derde aangesproken worden. De vennootschap zal een vrijwaringsplicht hebben, ten aanzien van de vennoot die schade heeft veroorzaakt indien de schade is ontstaan in de uitvoering van de normale werkzaamheden voor de vennootschap en er geen sprake is van opzet of grove schuld. Doordat de aansprakelijk gestelde vennoot het door hem betaalde kan verhalen op de vennootschap of doordat de rechtstreekse vordering van de derde op de vennootschap groter is dan de activa, zouden er verliezen kunnen ontstaan. Onder het Wetsvoorstel Titel 7.13 zou dit kunnen betekenen dat de ‘onschuldige’ vennoten door de plicht tot het doen van bijdragen in het verlies, alsnog in hun privé-vermogen kunnen worden geraakt.

In de Amerikaanse staten wordt voor de vennoten van een LLP de mogelijkheid van interne aansprakelijkheid (tussentijds of bij liquidatie) via bijdragen in het verlies veroorzaakt door de daden van medevennoten, over het algemeen

uitgesloten.[359] In het Wetsvoorstel Titel 7.13 is de (mogelijke) plicht tot het doen van betalingen aan de vennootschap om de verliezen aan te zuiveren (interne aansprakelijkheid) opgenomen in twee artikelen. Ten eerste in artikel 7:816 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 dat een *tussentijdse* plicht tot aanzuivering regelt. Deze plicht is niet dwingend. Het is dus aan de vennoten zelf overgelaten onderling af te spreken dat enkele of alle vennoten moeten bijdragen op een afgesproken moment of bijvoorbeeld wanneer een bepaalde situatie zich voordoet. De redelijkheid en de billijkheid kunnen ertoe leiden dat wanneer de vennoten hierover geen afspraak hebben gemaakt, er toch een aanzuiveringsplicht bestaat. De tweede suppletieplicht is opgenomen in artikel 7:830 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13. Hier gaat het om de plicht tot het doen van bijdragen *bij ontbinding en vereffening*. Zoals uit paragraaf 6.5.9 is gebleken kunnen de vennoten niet zelf regelen of een dergelijke plicht wel of niet bestaat. De vereffenaar kan vorderen dat de vennoten hun aandeel in het verlies moeten storten in de liquidatiekas.

Aangezien heel artikel 7:813 Wetsvoorstel Titel 7.13 gaat over de *externe* aansprakelijkheid van vennoten en deze niet verward zou moeten worden met de regelingen over de *interne* aansprakelijkheid zou de beperking daarvan in een apart artikel moeten worden opgenomen (en dus niet in artikel 7:813 lid 4 Wetsvoorstel OVBA dat de externe aansprakelijkheid van de vennoten van de OVBA regelt). Dit zou bijvoorbeeld artikel 7:813a Wetsvoorstel OVBA kunnen zijn. In dit extra artikel moet bepaald worden dat vennoten niet indirect aansprakelijk gehouden kunnen worden door de plicht tot het doen van bijdragen aan het verlies dat is ontstaan door verbintenissen van de vennootschap waarvoor de OVBA-vennoten onder artikel 7:813 lid 4 Wetsvoorstel OVBA *niet* aansprakelijk zijn. Dit roept vragen op over de prioritisering van de betaling van schuldeisers op het moment van ontbinding en vereffening. Er zullen verbintenissen zijn waarvoor bepaalde vennoten wel en andere vennoten niet intern aansprakelijk zijn. Welke van deze verbintenissen moeten dan als eerste worden voldaan, indien de activa niet voldoende zijn om alle verbintenissen te betalen? Onder RUPA 1997 wordt dit probleem niet in de wetgeving geregeld en wordt de oplossing in handen van de rechter gelegd die moet bepalen op welke wijze de betalingen moeten plaatsvinden en de vennoten moeten bijdragen.[360] De vennoten van de OVBA zouden zelf afspraken kunnen maken over de volgorde van betaling in de vennootschapsovereenkomst. Indien de vennoten dit niet hebben gedaan zouden eerst de verplichtingen moeten worden betaald waarvoor geen van de vennoten aansprakelijk zijn.

359. Dit is bijvoorbeeld RUPA 1997, § 306(c). De plichten tot bijdrage aan de verliezen zijn neergelegd in RUPA 1997 § 401(b) en § 807(b).
360. Bromberg, A.R. en L.E. Ribstein (2009), *supra* noot 290, § 3.09(f).

Een bijkomende vraag is op welke wijze de bijdragen van de vennoten in het verlies onder de schuldeisers moeten worden verdeeld: onder alle schuldeisers of doorgesluisd naar de schuldeisers met de vordering waarvoor de vennoten intern aansprakelijk waren? Indien dit laatste zou gelden, en daarnaast alle vennootschapsverplichtingen proportioneel betaald zouden worden, dan zouden de schuldeisers, die een vordering hebben waarvoor geen enkele vennoot intern aansprakelijk is, uiteindelijk een slechtere positie hebben dan de schuldeisers die naast hun proportionele deel ook nog door de bijdragen in het verlies door de aansprakelijke vennoten, een vergoeding krijgen. De *National Bankruptcy Review Commission* heeft ten aanzien van Amerikaanse personenvennootschappen gesteld dat de bijdragen die vennoten bij insolventie aan de vennootschap hebben betaald, moeten worden uitbetaald aan de schuldeisers die de vorderingen hebben, waarvoor de betreffende vennoten persoonlijk aansprakelijk zijn,[361] en dat deze uitbetaling geen invloed heeft op de wijze van uitbetaling van het vennootschapsvermogen aan alle schuldeisers.[362] Dit blijft een moeilijke kwestie omdat bepaalde schuldeisers er slechter uit zullen komen dan andere. Om dit effect te beperken zou bepaald kunnen worden dat allereerst de verplichtingen van de vennootschap voldaan moeten worden waarvoor geen enkele vennoot intern aansprakelijk is en indien er nog vermogen over is daarna in proportionele delen, de verplichtingen waarvoor ook enkele vennoten intern aansprakelijk zijn. Indien de schuldeisers dan niet volledig zijn voldaan zouden zij zich ook nog altijd kunnen verhalen op de verzekering die afgesloten dient te worden (zie paragraaf 6.8.6.30).

6.8.5.3 Aansprakelijkheid: toetreden en opvolgen

Eenzelfde probleem met de verschillende aansprakelijkheden van vennoten bij ontbinding en vereffening ontstaat door een later toegetreden vennoot. Toetredende of opvolgende vennoten zullen de aansprakelijkheidsbescherming van artikel 7:813 lid 4 en 7:813a Wetsvoorstel OVBA genieten, nadat zij zijn toegetreden. Een toetredende of opvolgende vennoot zal niet extern aansprakelijk zijn voor de verbintenissen die zijn ontstaan voor zijn toetreding of opvolging. Te rechtvaardigen is dat dit ook geldt voor duurovereenkomsten die voor de toetreding of opvolging zijn aangegaan, maar opeisbaar worden na deze toetreding of opvolging. De vennootschap en de tegenpartij zijn bij het aangaan van de duurovereenkomst voorwaarden overeengekomen tegen de

361. National Bankruptcy Review Commission (1997), 'Bankruptcy: The Next Twenty Years', recommendation 2.3.9, blz. 396: *'(...) [T]he trustee should apply any recovery obtained from a general partner or the estate of a general partner only to the payment of deficiencies on claims for which such general partner is personally liable as a general partner under applicable non-bankruptcy law'.*
362. National Bankruptcy Review Commission (1997), *supra* noot 361, blz. 398.

achtergrond van de toenmalige situatie, en niet de situatie waarin er een nieuwe vennoot is. Een eventuele tussentijdse wijziging van deze overeenkomsten aan de veranderde omstandigheden en waar ook de toegetreden vennoot mee instemt, kan tot de opties behoren. In Wetsvoorstel Titel 7.13 heeft een toetredende of opvolgende vennoot van een OV uit hoofde van artikel 7:806 lid 2 geen invloed op het verhaalsrecht van de zaakscrediteuren op de vennootschappelijke gemeenschap. De OVBA zou rechtspersoonlijkheid hebben waardoor er al een afgescheiden vermogen bestaat. Dit vermogen zou ook na toetreding of opvolging van nieuwe vennoten aangesproken kunnen worden door de zaakscrediteuren voor de voldoening van hun vorderingen. Indien dit vermogen niet voldoende is en de vennootschap wordt ontbonden en vereffend, dan zouden de later toegetreden vennoten niet gehouden kunnen worden om bij te dragen voor de betaling van die vorderingen. Hierdoor kan door latere toetreding of opvolging een verschil in de aansprakelijkheden van de diverse vennoten ontstaan.

6.8.5.4 Externe aansprakelijkheid van de vennoten van de OVBA na uittreding en omzetting

Partiële ontbinding door uittreding en ook omzetting zullen niet leiden tot een tenietgaan van aansprakelijkheden van vennoten van de OVBA, die zijn ontstaan voordat de ontbinding en omzetting hebben plaatsgevonden. Een uitgetreden vennoot van een OVBA of zijn erfgenamen blijven aansprakelijk voor de verbintenissen die aan hem zijn toe te rekenen en die ten tijde van het uittreden bestaan. De rechtsvordering tegen een uitgetreden vennoot zal verjaren na verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag volgend op die van de inschrijving van het uittreden in het Handelsregister. Bij het uittreden van vennoten uit een OV of OVR wordt in het Wetsvoorstel Titel 7.13 voorgesteld dat indien de verbintenis eerst opeisbaar is na die inschrijving, de verjaringstermijn aanvangt op het tijdstip dat de verbintenis opeisbaar wordt. Langlopende verplichtingen kunnen er dan toe leiden dat de uitgetreden vennoot of zijn erfgenamen voor een onaangename verassing komen te staan lang nadat de vennoot afscheid heeft genomen. Indien de minister deze regeling voor de OV/OVR niet aanpast, zal de regeling ook moeten gelden voor de OVBA aangezien er op dit punt geen reden is voor een verschil hierin tussen de OV/OVR en de OVBA. Wenselijk zou zijn dat de minister dit tweede aanvangsmoment van de verjaringstermijn achterwege laat. De aansprakelijkheidsbescherming van de OVBA-vorm, zou voor de uitgetreden vennoten ook moeten blijven bestaan voor verbintenissen die zijn aangegaan ten tijde dat de vennootschap nog een OVBA was. Voor de aansprakelijkheid van de vennoten na de omzetting van een OVBA in een OV, OVR of BV verwijs ik naar de paragrafen 6.8.3.15-6.8.3.17.

6.8.5.5 Interne aansprakelijkheid bij uittreding van vennoten van de OVBA

Bij het uittreden van een vennoot uit een OV of OVR dient de uittredende vennoot, indien de waarde van de economische deelgerechtigdheid in het vermogen van de vennootschap negatief is, een bedrag gelijk aan deze negatieve waarde aan de vennootschap te betalen. Na deze afrekening heeft de uitgetreden vennoot in beginsel geen aansprakelijkheid meer jegens de andere vennoten, tenzij de vennoten een andersluidende afspraak hebben gemaakt. De overblijvende vennoten kunnen bijvoorbeeld met de uittredende vennoot afspreken dat bepaalde toekomstige schulden, ontstaan door het handelen van de uitgetreden vennoot, na de uittreding toch nog voor zijn rekening blijven.

De economische deelgerechtigdheid reflecteert de obligatoire aanspraak in geld van een vennoot op de vennootschap.[363] De grootte van deze aanspraak wordt bepaald in de vennootschapsovereenkomst[364] of, indien een bepaling daarover ontbreekt, aan de hand van enerzijds de inbreng van de uittredende vennoot en anderzijds de grond waarop hij deelt in de winsten en verliezen.[365] Bij het bepalen van de economische deelgerechtigdheid dienen de vennootschapsschulden verdisconteerd te worden. Daar staat dan in beginsel tegenover dat de draagplicht van deze schulden volledig gaat rusten op de overblijvende vennoten c.q. de vennootschap.[366] Bij het uittreden van een OVBA-vennoot kan deze vennoot intern aansprakelijk zijn voor bepaalde verbintenissen waarvoor de overblijvende vennoten niet aansprakelijk zijn. Deze aansprakelijkheden moeten verrekend worden bij de bepaling van de economische deelgerechtigdheid van de uittredende OVBA-vennoot. Dit is te vergelijken met de situatie bij een OV of OVR waarin verschillen tussen vennoten in het dragen van de verliezen afgesproken zijn. In die zin zou er geen verandering of aanvulling van bepalingen in Wetsvoorstel 7.13 voor de OVBA noodzakelijk zijn en zou artikel 7:821 lid 4 jo. lid 2 en 3 Wetsvoorstel Titel 7.13 ook op de OVBA van toepassing kunnen zijn.

6.8.6 Crediteurenbescherming

Bij de ontwikkeling van de LLC en de LLP in de Verenigde Staten is, zoals in hoofdstuk 4 is beschreven, weinig rekening gehouden met de gevolgen van de beperking van aansprakelijkheid voor de crediteuren. In de literatuur heeft daarentegen een uitvoerige discussie plaatsgevonden over de wenselijkheid van

363. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 13-14.
364. Artikel 7:821 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13.
365. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 36.
366. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 36.

deze beperking. Daarin is de beperking van aansprakelijkheid bij kleinere vennootschappen enerzijds bepleit maar anderzijds ook tegengesproken.[367] Het belangrijkste argument tegen de beperking van aansprakelijkheid is het gevaar dat voornamelijk de belangen van de *non-adjusting* schuldeisers niet voldoende worden beschermd. Uit het WODC-onderzoek naar LLP's en LLC's in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk, is naar voren gekomen dat de onderzoekers *niet* hebben kunnen constateren dat een ruime vrijheid van inrichting bij deze rechtsvormen tot misbruik van die vrijheid en benadeling van crediteuren leidt, doordat deze vrijheid niet onbegrensd is.[368] In de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk zijn voor de LLP's verschillende regelingen getroffen waardoor er een soort garantievermogen in stand blijft en ongeoorloofde kapitaalsvermindering wordt tegengegaan. Schuldeisers zullen bij (het voorkomen van) schade, veroorzaakt door vennoten van een LLP, moeten kunnen terugvallen op specifieke bescherming op grond van de overeenkomst, de wet en standaarden, beroepsregels en verzekering. Hetzelfde kan voor de OVBA gelden. Ook bij de OVBA zouden de belangen van de schuldeisers gewaarborgd moeten zijn, maar dit mag niet ten koste gaan van het ondernemerschap en enige vrijheid bij het uitvoeren van beroeps- of bedrijfsactiviteiten. De vennoten van de OVBA moeten geen *chilling*-effect ondervinden dat kan ontstaan door de gekozen waarborgen.[369] De vennoten zouden uit vrees voor aansprakelijkheidstelling of omdat zij de situatie niet hebben gered of erger hebben gemaakt, aangezet kunnen worden de vennootschap eerder dan nodig failliet te laten gaan. In hoofdstuk 3 heb ik uitgebreid aandacht besteed aan de schuldeisersbescherming bij de Amerikaanse en de Engelse LLP. De vormgeving van de bescherming bij deze rechtsvormen geeft een handreiking voor de invulling van de schuldeisersbescherming bij de OVBA. In de volgende paragrafen bespreek ik een mogelijke invulling van de bescherming door de overeenkomst, de wet en standaarden, beroepsregels en verzekering bij de OVBA.

6.8.6.1 OVBA en bescherming door de overeenkomst

Bij de beperking van de aansprakelijkheid van de vennoten is voor de bescherming van de schuldeisersbelangen allereerst het beginsel van de *creditor self help* van belang. Dit houdt in dat de schuldeiser zichzelf kan beschermen tegen het risico van onvoldoende verhaal door de beperkte aansprakelijkheid, onder andere door de inrichting van zijn contractuele relatie met de vennootschap. Door de beperkte aansprakelijkheid worden de schuldeisers geacht over hun positie te onderhandelen. *Adjusting* schuldeisers kunnen hiervoor onder

367. Zie: hoofdstuk 3 voor een uitgebreide bespreking van deze discussie.
368. Blanco Fernández, J.M. en M. van Olffen (2007), *supra* noot 58, blz. 98.
369. Zie voor de uitleg van dit *chilling*-effect: paragraaf 3.11.6.

andere zakelijke zekerheden zoals het eigendomsvoorbehoud, pandrechten en hypotheekrechten bedingen. Deze schuldeisers zullen aandringen op een adequate kapitalisatie en stellen eisen aan de informatie die de vennootschap dient te verschaffen. Ook kunnen zij onderling een uitbreiding van aansprakelijkheid overeenkomen en schuldeisers kunnen door gemaakte prijsafspraken een gedeelte van het risico compenseren. Door diversificatie kunnen zij het risico dat zij lopen door mogelijk ondernemingsfalen en de voor hen daaruit voortvloeiende schade, verder verlagen. De *non-adjusting* schuldeisers kunnen profiteren van de inspanningen van de *adjusting* schuldeisers, door mee te liften op de afspraken die ervoor zorgen dat een bepaald garantievermogen bij de vennootschap aanwezig is. Sommige *non-adjusting* schuldeisers kunnen daarnaast gebruik maken van kredietmanagementinstrumenten. Opportunistisch gedrag zal verder minder lonend zijn voor vennoten van de OVBA door onder andere mogelijk reputatieverlies, het risico dat investeringen in menselijk kapitaal verloren gaan en het risico dat lange termijn relaties onder druk komen te staan. Voor een nadere bespreking van deze aspecten van het mechanisme van *creditor self help* verwijs ik naar hoofdstuk 3.

De omstandigheden en mogelijkheden voor contractuele invulling van de relaties zouden bij de OVBA niet wezenlijk verschillen van die bij de Amerikaanse of Engelse LLP. Ook bij de OVBA zouden zowel de *adjusting* schuldeisers, als de *non-adjusting* schuldeisers bescherming kunnen genieten door het mechanisme van *creditor self help*. Doordat de bescherming die dit mechanisme biedt een aangelegenheid is tussen de contractspartijen onderling is het niet nodig om hiervoor speciale artikelen in het Wetsvoorstel Titel 7.13 op te nemen.

6.8.6.2 OVBA en bescherming door de wet en standaarden

De bescherming van de schuldeisers door *creditor self help* zou aangevuld kunnen door de wet en de regels die ontstaan in de rechtspraak over doorbraak van aansprakelijkheid. Bij wettelijke regels valt te denken aan regels over de aansprakelijkheid van vennoten voor eigen daden, voor die van personen die onder hun supervisie en toezicht staan, en voor het niet ingrijpen als een medevennoot een onrechtmatige daad of wanprestatie pleegt. Daarnaast kunnen er specifieke regels en standaarden zijn die bescherming bieden aan schuldeisers tegen benadeling door wijzigingen in het vermogen van de vennootschap. Benadeling kan zich allereerst voordoen indien door verliezen het saldo van de bezittingen en verplichtingen (het eigen vermogen) verslechtert.[370] Daarnaast kan het actief verminderen door vermogensonttrekkingen. Beschermingsmethoden zoals regels over *wrongful trading* en *fraudulent trading*, ongeoorloofde

370. Vgl: Eeghen, L.J. van (2002), 'De aansprakelijkheid van bestuurders na feitelijke insolventie', TVI 2002-4, blz. 197-205.

vermogensonttrekkingen, minimumkapitaal, publicatieverplichtingen en doorbraak van aansprakelijkheid, kunnen de schuldeisers hiertegen beschermen en de kans op verhaal vergroten.

De aansprakelijkheid voor eigen daden, voor het niet ingrijpen wanneer dit door de omstandigheden van het geval redelijkerwijs wel van de vennoot verwacht had mogen worden en de aansprakelijkheid voor de daden van personen die onder zijn supervisie staan, heb ik besproken bij de invulling van de aansprakelijkheidsbepaling in het Wetsvoorstel Titel 7.13. De andere genoemde beschermingsmethoden zijn in hoofdstuk 3 uiteen gezet. Daar heb ik aandacht besteed aan de wijze waarop deze beschermingsregels van toepassing zijn op kapitaalvennootschappen en op de Amerikaanse en de Engelse LLP. Niet alle in hoofdstuk 3 besproken waarborgen zullen geschikt en gewenst zijn voor de bescherming van de OVBA-schuldeisers. In de hierna volgende paragrafen bespreek ik welke beschermingsmethoden toegepast zouden kunnen worden op de OVBA en op welke wijze die vormgegeven kunnen worden. Ik haal daarbij kort de in hoofdstuk 3 uitgebreid besproken situaties in de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk en Nederland aan.

6.8.6.3 Regels over ongeoorloofde vermogensonttrekkingen/uitkeringen

Ongeoorloofde vermogensonttrekkingen of uitkeringen kunnen via wettelijke regels en rechterlijke uitspraken aan banden worden gelegd. De wettelijke bepalingen die voorwaarden stellen aan de uitkeringen of vermogensonttrekkingen kunnen opgenomen zijn in het vennootschapsrecht, in specifieke regelingen over frauduleuze transacties en in de insolventiewetgeving. De rechtsregels die in de rechtspraak zijn ontwikkeld verschillen per land. In de volgende paragrafen geef ik kort aan hoe de verschillende landen invulling hebben gegeven aan de aansprakelijkheid voor ongeoorloofde uitkeringen. Na deze bespreking neem ik de situatie van de OVBA in ogenschouw en geef ik, met in achtneming van de inhoud van deze bespreking, aan of en hoe de uitkeringen aan vennoten bij de OVBA aan banden gelegd kunnen worden.

6.8.6.4 Uitkeringsregels in de Verenigde Staten

In de Verenigde Staten is bij de LLP veelal het uitgangspunt dat uitkeringen niet mogen plaatsvinden, tenzij de vennoten dit zijn overeengekomen of hiertoe een besluit hebben genomen.[371] Het staat derhalve ter discretie van de vennoten zelf of, en voor welk bedrag, zij uitkeringen willen verrichten. Hierdoor kunnen

371. Vergelijk RUPA 1997, § 402. Het begrip *distribution* in RUPA 1997: *'"Distribution" means a transfer of money or other property from a partnership to a partner in the partner's capacity as a partner or to the partner's transferee'* (RUPA 1997, § 101(3)).

de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers verslechteren. In verschillende staten wordt de uitkeringsbevoegdheid daarom beperkt. Sommige LLP-regelingen zoeken hiervoor aansluiting bij de regels die gelden voor kapitaalvennootschappen, andere bevatten specifieke artikelen over uitkeringen voor de LLP, en weer andere LLP-regelingen stellen geen voorwaarden aan de uitkeringen. De aparte *fraudulent transfer* regelingen en de specifieke uitkeringsbepalingen in de LLP-regelingen kunnen een of meer criteria bevatten die bepalen wanneer de uitkering ongeoorloofd is. Dit kan bijvoorbeeld een balanstest zijn, maar ook het vereiste dat de vennootschap na de uitkering nog aan haar opeisbare schulden moet kunnen voldoen. De Californië-regeling staat alleen uitkeringen toe indien de vennootschap kan voldoen aan al haar verplichtingen die opeisbaar zijn en de schulden niet groter zijn dan de activa.[372] De North Dakota-regeling past de uitkeringsbeperkingen die voor kapitaalvennootschappen gelden ook toe op de LLP's. De Colorado- en Oregon-regelingen staan uitkeringen alleen toe indien de activa de passiva overtreffen. De Arizona-regeling verbiedt uitkeringen in strijd met de *fraudulent transfer* wetgeving. De Delaware-regeling, tot slot, acht de vennoten aansprakelijk die wisten dat zij een uitkering ontvingen terwijl dit in strijd was met de beperking. Daarnaast bevatten sommige bepalingen een termijn waarbinnen de benadeelde schuldeiser een vordering moet hebben ingesteld jegens de vennoot die de uitkering heeft ontvangen en wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de uitkering ongeoorloofd was. Deze vordering is gericht op vergoeding van het tekort dat door de uitkering is ontstaan of op terugbetaling van het bedrag van de uitkering. Verder worden er uitzonderingen gemaakt op de uitkeringsrestricties indien de uitkering is verricht ter redelijke compensatie van diensten verleend door de vennoot (aan wie de uitkering is gedaan), of die zijn verricht voor pensioenplannen of vergelijkbare doeleinden.

6.8.6.5 Uitkeringsregels in het Verenigd Koninkrijk

In het Verenigd Koninkrijk is een speciale bepaling geïntroduceerd waardoor bij faillissement een verplichting voor de vennoten kan bestaan om de uit de vennootschap ontvangen uitkeringen in een periode van twee jaar voor het faillissement, terug te betalen (*adjustment of withdrawals*).[373] Vereiste voor aansprakelijkheid is dat de vennoten op het moment van de onttrekking wisten of redelijke gronden hadden om te behoren te weten dat de LLP niet in staat was om aan haar opeisbare verplichtingen te voldoen, of door de onttrekking niet meer in staat zou zijn om aan haar opeisbare verplichtingen te voldoen (zie

372. Vgl: Bromberg, A.R. en L.E. Ribstein (2009), *supra* noot 290, § 4.04(d). De uitkeringsbepalingen zijn respectievelijk: N.D. Cent Code § 45-22-10, Colo. Rev. Stat. § 7-64-1004, Or. Rev. Stat. § 67.615, Ariz. Rev. Stat. § 29-1026(F), Del. Code Ann. tit. 6, § 15-309, Cal. Corp. Code § 16957.
373. Section 214a Insolvency Act 1986. Zie: hoofdstuk 3, paragraaf 3.14.5.

paragraaf 3.14.5 voor de uiteenzetting van de criteria voor de objectieve wetenschap en daarnaast de verdere invulling van het uitkeringsverbod).

6.8.6.6 Uitkeringsregels in Nederland

Voor de Nederlandse kapitaalvennootschappen gelden zowel wettelijke uitkeringsregels om ongeoorloofde uitkeringen tegen te gaan, als de regels die zich hebben ontwikkeld in de jurisprudentie over de oneigenlijke doorbraak van aansprakelijkheid. Uit de arresten Reinders en Nimox vloeit voort dat zelfs als voldaan is aan de wettelijke kapitaalbeschermingseisen, een besluit tot dividenduitkering onrechtmatig kan zijn tegenover schuldeisers van de vennootschap, of kan leiden tot kennelijk onbehoorlijk bestuur, omdat de schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld.[374] Indien een bestuurder meewerkt aan een uitkering van dividend of reserves terwijl geen redelijk denkend bestuurder zou hebben mee gewerkt aan een dergelijke transactie die de solvabiliteit en de liquiditeit zodanig vermindert dat de vennootschap daardoor in feite failliet gaat, kan hij daarvoor aansprakelijk zijn.[375] Aansprakelijkheid ontstaat dan uit hoofde van de derde misbruikwet (artikel 2:138 en 2:248 BW).[376] De vraag rijst welk nut de wettelijke uitkeringsregels dan nog hebben, indien toch aansprakelijkheid ontstaat ook al hebben de bestuurders zich aan de wettelijke regels gehouden. De onrechtmatige-daadsprocedure aangevuld met bepalingen uit de Faillissementswet zouden dan eventueel voldoende kunnen zijn.[377] Wellicht dat de hele kwestie van deze uitkeringszaken niet aan de orde zou zijn geweest als voor het beoordelen van de geoorloofdheid van de uitkering een uitkeringstest zou zijn gebruikt, in plaats van de balanstest die het criterium is van de huidige wettelijke uitkeringsregels. De ongeoorloofde uitkeringen zouden dan misschien in zijn geheel niet hebben plaatsgevonden waardoor het in dat geval niet nodig zou zijn geweest voor de rechter om alsnog achteraf, aansprakelijkheid op te leggen. De uitkeringstest wordt in de volgende paragraaf besproken.

---

374. HR 6 februari 2004, *JOR* 2004, 67 (Reinders Didam Beheer/Gunning q.q) en HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (Nimox/Van den End q.q.).
375. Vgl: HR 8 juni 2001, *JOR* 2001/171 (Panmo).
376. De derde misbruikwet voorziet in bepaalde gevallen in de persoonlijke aansprakelijkheid van (feitelijk) bestuurders ingeval de vennootschap failliet is. Van misbruik zal men vooral spreken wanneer de vennootschap wordt gebruikt voor ongeoorloofde doeleinden of met opzet om ten nadele van de crediteuren persoonlijk voordeel te verwerven.
377. Bier, B. (2006), 'Het verleden, heden en de toekomst van de kapitaalbescherming', Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht', 'De vereenvoudigde BV', Deventer: Kluwer, blz. 242-243. Deze faillissementsartikelen zouden pauliana-achtige constructies kunnen zijn. Bier stelt in haar preadvies dat in het wetsvoorstel flex-BV wel uitkeringsregels opgenomen dienen te worden omdat dit ertoe leidt dat de gebruikers van de BV makkelijk de regels over uitkeringen kunnen terugvinden.

6.8.6.7 Uitkeringen in het Wetsvoorstel flex-BV

In het Wetsvoorstel flex-BV is een uitkeringstest opgenomen. In het voorontwerp van de flex-BV was eerst een andere uitkeringsbepaling opgenomen, waarin de enkele balanstest was vervangen door een combinatie van een balanstest en een liquiditeitstest. Dit hield in dat men moest toetsen of het eigen vermogen, verminderd met de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden gehouden niet negatief was of door de uitkeringen negatief wordt (vereenvoudigde balanstest), en of de vennootschap na het doen van de uitkeringen nog kan voortgaan met het betalen van haar lopende verplichtingen (liquiditeitstest in enge zin).[378] De uitkeringstest in het Wetsvoorstel flex-BV is ruimer dan die uit het voorontwerp, omdat niet uitsluitend gekeken wordt naar de liquiditeit maar naar de algehele financiële situatie van de vennootschap op het moment van de uitkering. Om te beoordelen of de vennootschap in staat is om aan haar opeisbare schulden te blijven voldoen, dienen afhankelijk van de specifieke omstandigheden binnen de vennootschap de liquiditeit (verhouding vlottende activa en kortlopende schulden), de solvabiliteit (verhouding eigen vermogen en vreemd vermogen) en de rentabiliteit (rendement op het geïnvesteerde vermogen) in het oordeel te worden betrokken.[379] Een vastomlijnd toetsingskader is hiervoor, volgens de minister, niet te geven. Daarom werd (in de initiële opzet) voor de normering aangesloten bij de bestaande normen voor behoorlijke taakvervulling door het bestuur.[380] Uit hoofde van de uitkeringsbepaling zouden zowel de bestuurders die instemmen en meewerken aan de uitvoering van een uitkeringsbesluit van de algemene vergadering, als de aandeelhouders die te kwader trouw de ongeoorloofde uitkering hebben ontvangen, aansprakelijk zijn. Het bestuur kreeg daardoor oorspronkelijk een belangrijke formele rol toebedeeld bij het bepalen of een uitkering geoorloofd is. Bestuurders zouden tegenover de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk zijn indien zij overgaan tot uitkeringen aan aandeelhouders terwijl zij wisten of behoorden te weten dat de vennootschap na uitkering niet voort zou kunnen gaan met het betalen van haar opeisbare schulden.[381] De aansprakelijkheid zou gelden voor het bedrag van de uitkeringen met de wettelijke rente vanaf de uitkering. Niet aansprakelijk zou zijn de bestuurder die kan bewijzen dat het niet aan hem te wijten was dat de vennootschap de uitkering deed en dat hij niet nalatig was geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Het vermoeden van wetenschap bij bestuurders als de vennootschap

378. Artikel 2:216 lid 2 Wetsontwerp en memorie van toelichting bij Ambtelijk Voorontwerp wijziging Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid derde tranche: kapitaal/schuldeisersbescherming, blz. 6.
379. *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 3, blz. 29-30.
380. *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 3, blz. 30.
381. Artikel 2:216 lid 3 Wetsvoorstel flex-BV.

binnen een jaar na de uitkering failliet gaat, zoals opgenomen in het wetsontwerp, was geschrapt. De bewijslastverdeling zou aan de hand van de omstandigheden van het geval door de rechter worden bepaald.[382] Daarnaast kon de bestuurder nog steeds aansprakelijk gesteld worden op grond van onbehoorlijk bestuur.[383] Aandeelhouders zouden gehouden zijn de uitgekeerde bedragen terug te betalen, indien de vennootschap binnen een jaar na de uitkeringen in staat van faillissement wordt verklaard.[384]

Met de tweede nota van wijziging is goedkeuringsbevoegdheid van het bestuur uit de uitkeringsbepaling gehaald, omdat deze bevoegdheid de beslissingsvrijheid van de aandeelhouders over het doen van uitkeringen, zou doorkruisen. Daarmee werd ook de aan de goedkeuring gekoppelde bestuurdersaansprakelijkheid uit het artikel gehaald. Deze aansprakelijkheid van de bestuurder zou vorm krijgen in het kader van de algemene regeling over behoorlijke taakvervulling van de bestuurders in artikel 2:9 en 2:248 BW (waar de initiële opzet dus bij aansloot).[385] Indien de algemene vergadering een besluit tot uitkering zou willen nemen en de bestuurders wisten of behoorden te weten dat de vennootschap daardoor niet kan voortgaan met het betalen van de opeisbare schulden, zouden de bestuurders in het kader van hun raadgevende stem de algemene vergadering hebben moeten waarschuwen. Zouden zij dit niet gedaan hebben, dan riskeerden zij dus aansprakelijkheid uit hoofde van 2:9 BW of 2:248 BW bij faillissement. Door een nader gewijzigd amendement is de uitkeringsregeling (bijna volledig) weer teruggedraaid naar de regeling zoals deze luidde voor de tweede nota van wijziging.[386] Wijziging ten opzichte van artikel 2:216 zoals opgenomen in het initiële Wetsvoorstel flex-BV,[387] is dat het vermoeden van wetenschap bij de aandeelhouder dat sprake is van een ongeoorloofde uitkering indien de uitkering plaatsvindt binnen een jaar voor de faillietverklaring uit het artikel gehaald is. Daarnaast kan de aandeelhouder zowel bij feitelijke insolventie, als bij faillissement aansprakelijk zijn. De aandeelhouder heeft een vergoedingsplicht indien hij een uitkering ontvangt, terwijl hij weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Deze aandeelhouder is voor ten hoogste het bedrag of de waarde van de uitkering

382. *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 3, blz. 33.
383. Artikel 2:9 BW.
384. Artikel 2:216 lid 3 Wetsvoorstel flex-BV.
385. Op grond van deze artikelen dienen de bestuurders hun taak te vervullen op een wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris die taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen (HR 8 april 2005, *JOR* 2005/119 (Laurus)).
386. *Kamerstukken II*, 2009-2010, 31 058, nr. 15.
387. *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 2, blz. 14.

gehouden tot terugbetaling.[388] Een aandeelhouder te goeder trouw heeft deze vergoedingsplicht niet. Ook de terugbetalingsplicht van de aansprakelijke bestuurder is gewijzigd in een vergoedingsplicht van het tekort dat door de uitkering is ontstaan. Verder wordt er gesproken over de goedkeuring van bestuurders en niet meer over instemming.

6.8.6.8 Uitkeringsregels en de OVBA

Bij de OV en OVR kunnen schuldeisers zich door de hoofdelijke aansprakelijkheid verhalen op het vermogen van vennoten, mochten er ongeoorloofde vermogensonttrekkingen plaatsvinden. Bij de OVBA zou deze mogelijkheid door de beperkte aansprakelijkheid voor schuldeisers wegvallen. Het beperkte aansprakelijkheidsregime zal ertoe kunnen leiden dat vennoten eerder uitkeringen doen die gezien de financiële situatie van de vennootschap in een benadeling van de schuldeisers kunnen resulteren. De OVBA-schuldeisers zouden hiertegen beschermd moeten worden door voldoende waarborgen te creëren. Voor deze waarborgen kan bijvoorbeeld aangesloten worden bij al bestaande aansprakelijkheidsregels in Titel 7.13, in de faillissementswet en de aansprakelijkheidsregels die voortvloeien uit de rechtspraak over ongeoorloofde vermogensonttrekkingen bij Nederlandse kapitaalvennootschappen. Ook zou gedacht kunnen worden aan de introductie van een specifieke uitkeringsregel voor de OVBA. De hiervoor besproken uitkerings- en aansprakelijkheidsregels die gelden voor kapitaalvennootschappen in Nederland, en die gelden voor LLP's in het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten, kunnen van betekenis zijn voor de invulling van de waarborgen voor de OVBA-schuldeisers, en daarmee voor de eventuele keuze om een specifieke uitkeringsregel voor de OVBA te introduceren.

6.8.6.9 Bestaande waarborgen voor vermogensonttrekkingen bij de OVBA

Om te bepalen op welke waarborgen (die al zouden bestaan in het juridische kader waarbinnen de OVBA zou gaan functioneren) de OVBA-schuldeisers een beroep zouden kunnen doen, zal allereerst vastgesteld moeten worden wie bij de OVBA kan besluiten tot het doen van ongeoorloofde vermogensonttrekkingen. De regels rondom winstuitkeringen komen eerst aan bod, waarna ik aandacht besteed aan transacties die net als winstuitkeringen een benadeling van schuldeisers kunnen opleveren.

388. *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 058, nr. 3, blz. 3. De aansprakelijkheid van aandeelhouders is met de tweede nota van wijziging opgenomen in lid 2 in plaats van in lid 3 van artikel 2:216 Wetsvoorstel flex-BV.

6.8.6.10 Winstuitkeringen

De vaststelling van de winstdelen van de vennoten, zou bij de OVBA geschieden door alle vennoten tezamen of indien anders is overeengekomen door enkele vennoten of een of meer derden bij besluit.[389] Door de vaststelling van de winstdelen is daadwerkelijke uitkering van deze winstdelen echter nog niet in alle gevallen een gegeven. Hiervoor zijn verschillende situaties te onderscheiden.

Situatie 1
De eerste situatie is die waarin er geen afspraken over de uitkering van deze vastgestelde winstdelen in de vennootschapsovereenkomst zijn opgenomen. In dit geval heeft iedere vennoot recht op uitkering van zijn volledige (vastgestelde) winstdeel na de vaststelling van de balans en de staat van baten en lasten.[390] Dit betekent dat geen specifiek uitkeringsbesluit is vereist en een vennoot in beginsel op een door hem gekozen moment zijn gehele winstdeel kan opeisen. Effectuering van een dergelijke vordering zou gezien de financiële situatie van de vennootschap niet geoorloofd kunnen zijn, omdat de vennootschap door de uitbetaling bijvoorbeeld niet meer kan voldoen aan haar opeisbare schulden.

Situatie 2
In de tweede situatie zijn in de vennootschapsovereenkomst bepalingen opgenomen dat uitkering van winst pas kan plaatsvinden nadat hiertoe is besloten door de vennoten of besturende derden. Hierbij zou als voorwaarde kunnen gelden dat, indien wordt uitgekeerd, bij besluit wordt vastgesteld welk percentage van het winstdeel wordt uitgekeerd. Vennoten zouden ook kunnen besluiten in het geheel geen uitkering te doen. Artikel 7:816 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13 laat in het midden wie bevoegd zijn tot het nemen van een dergelijk besluit. Het artikel bepaalt: *'Slechts bij of krachtens de overeenkomst kan anders worden bepaald'*. De vennoten hebben hier dus de vrijheid om deze bevoegdheden toe te wijzen. In de vennootschapsovereenkomst zou daardoor opgenomen kunnen worden dat het uitkeringsbesluit door alle vennoten tezamen genomen moeten worden, door enkele (besturende of niet-besturende) vennoten of bijvoorbeeld door derden die met het besturen van de vennootschap zijn belast. Het uitkeringsbesluit is dus geen specifieke aangelegenheid van de besturende vennoten. Ook in deze situatie kan gelet op de financiële toestand van de vennootschap een (bepaalde omvang van de) uitkering niet geoorloofd zijn.

389. Artikel 7:815 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13.
390. Artikel 7:816 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13.

Situatie 3
Een derde situatie doet zich voor als in de vennootschapsovereenkomst wordt opgenomen dat uitkering na vaststelling van de staat van baten en lasten plaatsvindt en welke omvang deze uitkering heeft. Er wordt dan geen apart uitkeringsbesluit genomen. Dat besluit is als het ware in de overeenkomst opgenomen en derhalve zijn alle vennoten hier verantwoordelijk voor. Ook in dit geval kan de situatie van de vennootschap ertoe leiden dat de uitkering gelet op de solvabiliteit en liquiditeit eigenlijk niet had mogen plaatsvinden.

De vraag rijst wat er met een niet-uitgekeerd winstdeel gebeurt. De memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel Titel 7.13 stelt hierover het volgende: *'Indien het aandeel in de winst niet of niet volledig wordt uitgekeerd, wordt door bijboeking van het niet uitgekeerde gedeelte op de kapitaalrekening van de betreffende vennoot diens inbreng verhoogd'*.[391] Inbreng in de vennootschap impliceert dat het ingebrachte dienstbaar wordt gemaakt aan het streven naar het vennootschappelijk doel en kan in beginsel gedurende het bestaan van de vennootschap niet worden teruggevorderd. Hetgeen is ingebracht vormt duurzaam risicodragend kapitaal en schuldeisers nemen een exclusieve verhaalspositie ten aanzien van het ingebrachte in.[392] In de juridische literatuur is gesteld dat het niet vanzelfsprekend is dat, zoals de memorie van toelichting stelt, het niet-uitgekeerde winstdeel op de kapitaalrekening wordt bijgeschreven.[393] Zo hangt het volgens Mohr hangt af van de vennootschapsovereenkomst of niet-uitgekeerde winst als inbreng zal worden gekwalificeerd. Indien dit niet het geval is, zal er een schuld aan de vennoot ontstaan. Vennoten zouden er ook voor kunnen kiezen het niet-uitgekeerde winstdeel te storten op een op hun naam door de vennootschap aangehouden rekening-courant. Het betreft dan een schuld van de vennootschap aan de vennoten. Over het saldo van de rekening-courant kan de vennoot doorgaans vrijelijk beschikken, tenzij anders is afgesproken.[394] In de praktijk zal de afspraak doorgaans zijn dat het niet uitgekeerde winstdeel geblokkeerd is. Deze mogelijkheid is belangrijk voor de bescherming van de schuldeisers en komt terug in paragraaf 6.8.6.25.

---

391. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 25.
392. Mohr, A.L. et al. (2003a), *supra* noot 211, blz. 163.
393. Tervoort, A.J.S.M. (2003e) 'Administratie; winst en verlies', in: J.M. Gerretsen (red.) (2003), *supra* noot 123, blz. 108, A.S.J.M. Tervoort (2007), 'Recensie: Prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, Pitlo, Het Nederlandse burgerlijk recht, Deel 2, Ondernemingsrecht (Pitlo/ Raaijmakers, Ondernemingsrecht), Deventer: Kluwer 2006', NTBR 2007-3, blz. 130-135, A.L. Mohr, et al. (2003a), *supra* noot 211, blz. 163, J.B. Wezeman (2007), 'Tussen contract en instituut: de personenvennootschap nieuwe stijl privaatrechtelijk belicht', MBB 2007/11, blz. 356-365.
394. Wezeman, J.B. (2007), *supra* noot 393, blz. 356-365.

6.8.6.11 Aansprakelijkheid bij OVBA-winstuikeringen

De vraag rijst wie binnen een OVBA in de in paragraaf 6.8.6.10 genoemde situaties aansprakelijk gesteld zouden kunnen worden: de vennoot of de derde die tot de uitkering heeft besloten, de vennoten die de vennootschapsovereenkomst hebben gesloten waarin de uitkering is geregeld, of de vennoot die de uitkering heeft ontvangen c.q. de vennoot die de uitkering van zijn (gehele) winstdeel heeft gevorderd? Zouden zowel degenen die tot uitkering beslissen, als degenen die de uitkering ontvangen, aansprakelijk gesteld moeten kunnen worden? En op welke grond zouden deze aansprakelijkstellingen gebaseerd moeten worden? Voor de beantwoording van deze vragen is allereerst van belang om te bepalen of de uitkeringsbesluiten die worden genomen door besturende vennoten of derden die met het bestuur van de vennootschap zijn belast, onder de categorie bestuurstaken vallen. De bestuurstaken zijn de handelingen die gelet op het doel van de vennootschap tot de normale werkzaamheden behoren, de alledaagse handelingen. Of bepaalde handelingen onder het bestuur horen hangt daardoor af van de doelstellingen van de vennootschap en de voor de vennootschap normale gang van zaken. Uitkeringsbesluiten zullen doorgaans niet tot de alledaagse handelingen behoren. In de vennootschapsovereenkomst kunnen de vennoten echter zelf opnemen welke handelingen (in ieder geval wel of niet) onder de bestuurshandelingen begrepen worden. Dit geldt ook voor de uitkeringsbesluiten. De besturende vennoten of derden die met bestuur zijn belast, zouden dan op grond van hun hoedanigheid van bestuurder aansprakelijk zijn voor ongeoorloofde uitkeringen. Deze aansprakelijkheid bespreek ik in meer detail in de volgende paragraaf voor de besturende vennoten en in paragraaf 6.8.6.15 voor de derden die met het bestuur zijn belast. In paragraaf 6.8.6.13 ga ik nader in op de aansprakelijkheid van de niet-besturende vennoot en de vennoot die het aan hem toekomende deel opeist in de situatie dat in de vennootschapsovereenkomst geen afspraken over de uitkering zijn gemaakt. De aansprakelijkheid van de vennoten die een vennootschapsovereenkomst hebben gesloten met daarin een specifieke uitkeringsbepaling, zodat geen uitkeringsbesluit meer nodig is, komt aan bod in paragraaf 6.8.6.14. Ook de aansprakelijkheid van de vennoten die een uitkering hebben ontvangen, zonder dat zij deze hebben opgeëist bespreek ik in paragraaf 6.8.6.14.

6.8.6.12 Aansprakelijkheid op grond van artikel 7:809 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13 (besturende vennoten)

Bij de OVBA zou het doen van uitkeringen door de afspraken van de vennoten onderling, als bestuurstaak te kwalificeren kunnen zijn. Besturende vennoten kunnen dan voor deze uitkeringen aansprakelijk zijn op grond van hun hoedanigheid als bestuurder. Bij de BV kunnen bestuurders die verantwoordelijk zijn voor vermogensonttrekkingen die gezien de financiële situatie van de

vennootschap niet hadden mogen plaatsvinden, onder omstandigheden aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:9 BW, artikel 2:248 BW (als de vennootschap failliet is) en artikel 6:162 BW. Artikel 2:9 en 2:248 BW bevatten een aansprakelijkheidsgrond voor onbehoorlijk bestuur. De vraag die opkomt, is welke bepaling(en) in Titel 7.13 voor besturende vennoten van de OVBA zou(den) gelden die vergelijkbaar zijn met de regels voor de BV die deel uitmaken van boek 2 BW. Titel 7.13 bevat geen equivalent van artikel 2:248 BW. Wel is een zusterbepaling van 2:9 BW opgenomen. Volgens de minister van Justitie is er geen reden waarom een dergelijke regel niet zou gelden voor de besturende vennoten van alle vennootschappen. De regel is vervat in artikel 7:809 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13 en bevat een collectieve verantwoordelijkheid voor een behoorlijke taakvervulling.[395] Dit artikel zou ook van toepassing zijn op de OVBA. In de parlementaire geschiedenis van Titel 7.13 is terug te vinden dat de rechtspraak over artikel 2:9 BW in beginsel rechtstreeks betekenis heeft voor de uitleg van artikel 7:809 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13.[396]

De criteria die voortvloeien uit deze uitspraken zouden daarmee ook regels creëren voor de taakvervulling door besturende vennoten van de OVBA. Dit betekent dat een besturende vennoot van de OVBA zijn taak dient te vervullen op een wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris die taak in de gegeven omstandigheden behoort te vervullen.[397] In het Reinders-arrest achtte het Hof een bestuurder aansprakelijk voor een winstuitkering omdat geen redelijk denkend bestuurder onder de vastgestelde omstandigheden haar eigen solvabiliteit en liquiditeit met het uitzonderlijk hoge bedrag zou hebben verminderd.[398] Deze aansprakelijkheid was gebaseerd op artikel 2:248 BW maar sluit aan bij het criterium van een redelijk denkend bestuurder dat ook in het kader van artikel 2:9 BW is vastgesteld. Om aansprakelijk te zijn op grond van artikel 2:9 BW moet aan de besturende vennoot een ernstige verwijt gemaakt

395. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 16.
396. *Kamerstukken I*, 2006-2007, 28 746, E, blz. 21.
397. HR 8 april 2005, *JOR* 2005, 119 (Laurus). In de parlementaire geschiedenis van de flex-BV is door de minister gesteld dat dit zou kunnen inhouden dat de bestuurder, die de boekhouding van de vennootschap op orde heeft en op basis van de beschikbare informatie tot een redelijk en onderbouwd oordeel is gekomen over de financiële positie van de vennootschap en de geoorloofdheid van de uitkeringen, en zich rekenschap heeft gegeven van de belangen van de schuldeisers van de vennootschap, wordt geacht in dit opzicht zijn taak te vervullen op de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris, die taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen. De bestuurder zal dan niet aansprakelijk worden gehouden voor de uitkering die is gedaan, nadat de bestuurder zijn oordeel over de uitkering op voornoemde wijze heeft gevormd. Hierbij zal vooral aandacht moeten worden besteed aan de vraag of er twijfel bestaat over de continuïteit van de vennootschap en zo nee, hoeveel ruimte de liquiditeitspositie van de vennootschap biedt voor uitkeringen: *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 058, nr. 6, blz. 30.
398. HR 6 februari 2004, *JOR* 2004, 67 (Reinders Didam Beheer/Gunning q.q).

kunnen worden. Of dit in een bepaald geval aan de orde is, dient te worden beoordeeld aan de omstandigheden van het geval.[399] Uit de rechtspraak is nog niet duidelijk of het doen van ongeoorloofde uitkeringen onder omstandigheden leidt tot een ernstig verwijt. Buijn is van mening dat het, weliswaar afhankelijk van en wellicht gerelativeerd door de omstandigheden, in de lijn van de systematiek ligt dat indien een handeling van het bestuur ertoe leidt dat de vennootschap niet meer kan voortgaan haar opeisbare schulden te voldoen, dit voor het bestuur als een onmiskenbare tekortkoming die hem ernstig is te wijten, dient te gelden.[400] Het is echter niet met zekerheid te zeggen dat een winstuitkering zal worden aangemerkt als ernstig verwijt, en daarmee, gelet op de analoge toepassing van de BV-rechtspraak op de personenvennootschappen uit Titel 7.13, aansprakelijkheid van de besturende vennoten van de OVBA voor winstuitkeringen op grond van artikel 7:809 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13 zal ontstaan.

Artikel 7:809 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13 bevat een collectieve verantwoordelijkheid van de besturende vennoten. Niet overgenomen uit artikel 2:9 BW is de disculpatiegrond van bestuurders aan wie de tekortkomingen in de taakvervulling niet is te wijten of die niet nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Als in de vennootschapsovereenkomst is opgenomen dat winstuitkering een bestuurstaak is maar dat slechts enkele besturende vennoten bevoegd zijn tot het nemen van het besluit, is niet duidelijk of alle besturende vennoten onder het Wetsvoorstel Titel 7.13 voor dit besluit aansprakelijk zouden zijn. Dus ook degene die niet tot het nemen van het besluit beslist hebben. Niet duidelijk is welke redenen ten grondslag liggen aan het weglaten van deze disculpatiegrond. Voor besturende vennoten die niet (mede) het uitkeringsbesluit hebben genomen, zou dit tot een zwaardere aansprakelijkheid kunnen leiden dan die van de bestuurders van een BV. Volgens de parlementaire geschiedenis van Titel 7.13 verplicht artikel 7:809 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13 besturende vennoten tot behoorlijke taakvervulling jegens de medevennoten *en* de vennootschap.[401] Dit zou betekenen dat zowel de vennootschap als de medevennoten een vorderingsrecht hebben als besturende vennoten hun taak niet naar behoren uitvoeren. Ook dit sluit niet aan bij artikel 2:9 BW, waarop alleen de vennootschap een vorderingsrecht kan gronden voor de aansprakelijkstelling van de bestuurders. Raaijmakers is dan ook van mening dat de behoorlijke taakvervulling door besturende vennoten een gehoudenheid is jegens de vennootschap en *niet* jegens de medevennoten.[402] De

399. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 (Staleman/Van de Ven).
400. Buijn, F.K. (2007), 'Onzekere winstuitkeringen', Ondernemingsrecht 2007/9, blz. 356-360.
401. *Kamerstukken II*, 2005-2006, 28 746, C, blz. 13.
402. Raaijmakers stelt het volgende: *'De OV kan dus vertegenwoordigd worden door de besturende vennoten van haar vennootschappelijk georganiseerde onderneming. Die zijn jegens de OV, niet jegens de vennoten, gehouden tot een 'behoorlijke taakvervulling' (artikel 7:809 lid 3 BW)'*. Zie: M.J.G.C. Raaijmakers (2009), *supra* noot 285, blz. 70-81.

plicht jegens medevennoten (om geen ongeoorloofde uitkeringen te doen) zou in plaats van op artikel 7:809 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13, op artikel 7:800 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 gebaseerd kunnen worden.

6.8.6.13 Aansprakelijkheid op grond van artikel 7:800 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 (besturende, niet-besturende en opeisende vennoten)

De plicht uit artikel 7:800 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 houdt in dat vennoten zich tegenover elkaar behoren te gedragen zoals een goed vennoot betaamt. Uit deze regel vloeit voort dat de rechten en verplichtingen van de vennoten jegens elkaar niet alleen worden bepaald door de inhoud van de overeenkomst als zodanig, maar mede door de redelijkheid en de billijkheid.[403] De plicht zou zowel op besturende als op niet-besturende vennoten van de OVBA rusten. Uit het voorgaande blijkt dat ook niet-besturende vennoten kunnen besluiten tot het doen van uitkeringen van winst en zij zouden dan ook net als besturende vennoten op grond van dit artikel aansprakelijk kunnen zijn. Artikel 7:800 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 zou voor de OVBA-vennoten dwingend recht zijn.[404] Ook in de eerste situatie (er is geen sprake van een apart uitkeringsbesluit) zou artikel 7:800 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 een rol kunnen spelen en zou er onder bijzondere omstandigheden aansprakelijkheid van vennoten kunnen ontstaan door ongeoorloofde uitkeringen.[405] Het gaat dan om de aansprakelijkheid van de ontvanger. De vennoot die in de eerste situatie een (integrale) uitkering vordert na de vaststelling van de staat van baten en lasten, zou in strijd met de redelijkheid en billijkheid kunnen handelen, bijvoorbeeld wanneer een interne financiering noodzakelijk is.[406]

6.8.6.14 Aansprakelijkheid van vennoten voor de uitkeringsbepaling uit de vennootschapsovereenkomst en de ontvangers van de uitkering zonder dat deze opgeëist is

In de derde situatie (de vennootschapsovereenkomst bepaalt dat er wordt uitgekeerd en daarnaast de omvang van de uitkering) is geen specifiek uitkeringsbesluit voor de uitkering van de winst nodig. Desalniettemin kan de uitkering ongeoorloofd zijn. Kunnen de vennoten die gezamenlijk de overeenkomst hebben gesloten op grond van een artikel uit Titel 7.13 aansprakelijk worden gesteld voor het opnemen van een bepaling in de vennootschapsovereenkomst die aanleiding is voor deze ongeoorloofde uitkering? Alle vennoten zouden verantwoordelijk zijn, waardoor aansprakelijkheid op grond van artikel 7:800 lid 2 Wetsvoorstel

403. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 8.
404. *Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 746, nr. 5, blz. 10.
405. Vgl: Mohr, A.L. et al. (2003a), *supra* noot 211, blz. 104.
406. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 25.

Titel 7.13 weinig nut zou hebben omdat het een interne onderlinge aansprakelijkheid is. Ook 7:809 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13 biedt hier geen uitkomst. Een ander artikel uit de personenvennootschapwetgeving zou niet in aanmerking komen. Ook de ontvangers van een uitkering zonder dat de uitkering gevorderd is, zouden niet aangesproken kunnen worden uit hoofde van Titel 7.13 zoals deze nu is vormgegeven.

6.8.6.15 Aansprakelijkheid van derden die bevoegd zijn besluiten tot uitkering te nemen

Het nemen van het besluit tot uitkering kan naast aan de besturende en niet-besturende vennoten ook toevertrouwd zijn aan een derde. De vraag rijst dan op welke rechtsgrond de aansprakelijkheid van deze derde gebaseerd zou kunnen worden? Deze grond hangt af van de kwalificatie van deze derde en de kwalificatie van de handeling (het nemen van het uitkeringsbesluit). De derde zou gekwalificeerd kunnen worden als een derde die met het bestuur van de vennootschap is belast in de zin van artikel 7:809 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13. Bij het besturen hebben deze derden dezelfde bevoegdheden en verplichtingen als die welke ingevolge Titel 7.13 voor besturende vennoten gelden.[407] Hiertoe behoort onder andere de verplichting tot behoorlijke taakvervulling van artikel 7:809 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13.[408] Valt het besluit om een uitkering te doen onder deze bestuurstaken van een derde, dan is deze derde net als de besturende vennoten gebonden aan deze plicht. Is het besluit een van het bestuur losstaande handeling die wordt uitgevoerd nadat de derde hiertoe een specifieke (in de vennootschapsovereenkomst opgenomen) bevoegdheid heeft ontvangen, dan zou de derde niet op grond van artikel 7:809 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13 of een ander artikel uit deze wetgeving aansprakelijk gesteld kunnen worden.

6.8.6.16 Vorderingsrechten op grond van artikel 7:800 lid 2 en 7:809 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13

De aansprakelijkheid van vennoten uit hoofde van artikel 7:800 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 is een aansprakelijkheid jegens de medevennoten, en niet jegens de vennootschap of de schuldeisers van de vennootschap. Dit betekent dat een vennoot een medevennoot kan aanspreken bijvoorbeeld als ongeoorloofde uitkeringen worden gedaan die voornamelijk ten voordele van deze

---

407. Artikel 7:809 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13. De mogelijkheid dat het bestuur ook *uitsluitend* aan een derde kan worden overgelaten is pas bij de nota van wijziging opgenomen in het wetsvoorstel. De mogelijkheid om het bestuur gedeeltelijk aan een derde over te laten werd al geboden door artikel 7:809 lid 1 in het oorspronkelijke wetsvoorstel. Het eerste lid is aangepast en er is een nieuwe tweede lid toegevoegd aan het artikel. Zie: *Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 746, nr. 6, blz. 2.
408. Artikel 7:809 lid 3 en 4 Wetsvoorstel Titel 7.13.

medevennoot zijn. Doordat bij de OVBA belangenconflicten tussen de vennoten kunnen ontstaan, omdat aansprakelijke vennoten juist willen dat er zoveel mogelijk vennootschapsvermogen aanwezig is (zodat schuldeisers zich daarop zouden kunnen verhalen), terwijl de niet-aansprakelijke vennoten juist gebaat zijn door uitkering van dit vermogen, zou de aansprakelijkheid van de vennoten onderling van pas kunnen komen. Bij deze onderlinge actie kan de beperkte aansprakelijkheid een belangrijke contextuele factor zijn waarmee een rechter rekening moet houden bij het bepalen van de reikwijdte van de plicht uit artikel 7:800 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13.[409] Schuldeisers worden door deze onderlinge actie echter niet beschermd, daarvoor is een vorderingsrecht van henzelf of van de vennootschap c.q. de curator (bij faillissement) nodig. Als het gaat om de besturende vennoten die het nemen van uitkeringsbesluiten tot hun (bestuurs)takenpakket zouden kunnen rekenen, zou de vennootschap of de curator wel een vorderingsbevoegdheid hebben, namelijk op grond van artikel 7:809 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13. De schuldeisers worden dan indirect beschermd. Uit de vorige paragraaf bleek dat Titel 7.13 weinig mogelijkheden biedt om de vennoten in situatie drie aan te spreken. Hetzelfde geldt voor de ontvangers van de uitkeringen. De tweedeling tussen uitkeringen die wel of niet tot de bestuurstaak horen, de daarbij behorende (voor schuldeisers) ontbrekende vorderingsmogelijkheden, en de missende mogelijkheid van aansprakelijkheid van de vennoten in situatie drie, maakt het lastig om de bescherming van de schuldeisers voor ongeoorloofde uitkeringen enkel te baseren op al bestaande artikelen in Titel 7.13. De vennootschap en de curator hebben een beperkt vorderingsrecht, de schuldeisers hebben geen directe vorderingsbevoegdheid en er bestaat een situatie waarin de vennoten vrijuit zouden gaan. Welke andere mogelijkheden zouden er verder naast die van Titel 7.13, voor de curator openstaan? En zouden de individuele schuldeisers buiten Titel 7.13 zelf acties kunnen ondernemen?

6.8.6.17 Acties van individuele schuldeisers

De individuele schuldeisers zijn aangewezen op artikel 6:162 BW (zowel in als buiten faillissement) en artikel 3:45 BW (buiten faillissement). De rechtspraak over ongeoorloofde uitkeringen bij de BV, waarbij de vorderingen zijn gegrond op onrechtmatige daad, zou kunnen doorwerken bij de OVBA, zodat de OVBA-schuldeisers via deze weg bescherming kunnen ontvangen. Voor de vennoot die zijn winstdeel heeft opgeëist, betekent dit bijvoorbeeld dat hij, om geen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatig daad te riskeren, bij het opeisen van zijn deel gelet op de financiële situatie van de vennootschap (aansluitend bij het criterium dat de Hoge Raad in Nimox-arrest hanteerde. Zie hiervoor paragraaf 3.11.10) ernstig rekening moet houden met de benadeling in

409. Vgl: Bromberg, A.R. en L.E. Ribstein (2009), *supra* noot 290, § 4.05.

verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers. Op grond van artikel 3:45 BW zouden bepaalde ongeoorloofde (onverplichte) uitkeringen door een rechterlijke uitspraak of een buitengerechtelijke verklaring vernietigd kunnen worden. Dit artikel kan worden ingeroepen door individuele schuldeisers. De vernietiging heeft alleen gelding ten opzichte van de schuldeiser die haar inroept en gaat niet verder dan nodig is ter opheffing van de door de schuldeiser ondervonden benadeling. De vereisten van dit artikel komen in hoofdlijnen overeen met de eisen van de faillissementspauliana.[410] Deze bespreek in de volgende paragraaf.

6.8.6.18 Acties van de curator buiten Titel 7.13

6.8.6.18.1 Artikel 42 Faillissementswet

In faillissement kan de curator met een actio pauliana op grond van artikel 42 Faillissementswet ten behoeve van de boedel elke rechtshandeling die de schuldenaar voor de faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan de partijen bij dit verrichten wisten of behoorden te weten dat daarvan de benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, door een buitengerechtelijke verklaring kunnen vernietigen. De bevoegdheid van de curator dient ertoe de boedel te herstellen in de toestand zoals die oorspronkelijk voor verhaal van de schuldeisers aanwezig was.[411] Het rechtsgevolg van de vernietiging is dat hetgeen uit het vermogen van de latere gefailleerde is gegaan overeenkomstig de artikelen 6:203 BW en volgende (onverschuldigde betaling) aan de curator moet worden teruggegeven. De vernietiging richt zich derhalve niet op de vergoeding van schade maar op het ongedaan maken van de transactie. Voor een succesvol beroep op artikel 42 Fw moet sprake zijn van (1) een onverplichte (eenzijdige of meerzijdige) rechtshandeling die (2) heeft plaatsgevonden voor de faillietverklaring en die (3) een benadeling van de schuldeisers tot gevolg heeft, waarbij er (4) sprake was van objectieve wetenschap van benadeling bij de partijen die de transactie aan zijn gegaan.[412] In de rechtspraak wordt onder een onverplichte rechtshandeling verstaan een handeling die verricht wordt zonder dat daartoe een rechtsplicht bestaat.[413] Bij de uitkering

410. Een verschil met artikel 42 Fw is dat zowel de benadeelde schuldeiser van wie de vordering *voor* de benadelende rechtshandeling is ontstaan als de benadeelde schuldeiser van wie de vordering *na* de benadelende rechtshandeling is ontstaan een beroep kunnen doen op artikel 3:45 BW. De rechtsgevolgen van artikel 42 Fw kunnen alleen ten gunstige komen van de schuldeisers die op het moment van de faillietverklaring een vordering hadden.
411. Wessels, B. (2007), 'Insolventierecht: Gevolgen van faillietverklaring (2)', Deventer: Kluwer, blz. 20.
412. In het arrest Intercomm/UPC is dit door de Hoge Raad uit gelegd als: *'[I]ndien met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien dat de schuldeisers benadeeld zouden worden'*. HR 26 augustus 2003, *NJ* 2004, 549 (Intercomm/UPC).
413. HR 8 januari 1937, *NJ* 1937, 431 en HR 10 december 1976, *NJ* 1977, 617 (Eneca/BACM). Een verplichting tot het verrichten van een rechtshandeling vloeit voort uit een overeenkomst of uit de wet (artikel 6:1 BW).

van winst door de OVBA zou onderscheid gemaakt moeten worden tussen de situatie waarin voordat uitkering plaatsvindt geen specifiek uitkeringsbesluit genomen hoeft te worden genomen (de vennoten kunnen op grond van artikel 7:816 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13 hun winstdeel na de vaststelling van de staat van baten en lasten vorderen of in de vennootschapsovereenkomst is opgenomen dat uitkering plaatsvindt nadat de staat van baten en lasten is vastgesteld) en de situatie waarin dit wel vereist is omdat dit in de vennootschapsovereenkomst is opgenomen (artikel 7:816 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13). De vraag komt op of er in deze situaties sprake is van een onverplichte handeling.

Bij de BV wordt wel het onderscheid gemaakt tussen het nemen van het uitkeringsbesluit door de vergadering van aandeelhouders en de betaalbaarstelling van de uitkering door het bestuur. In juridische literatuur wordt verschillend gedacht over of het besluit tot uitkering van de vergadering van aandeelhouders een onverplichte rechtshandeling is. Wessels is van mening dat, omdat het besluit een rechtshandeling van vennootschapsrechtelijke aard is, het besluit daardoor buiten het bereik van de bevoegdheid van de curator valt. De curator staat volgens hem niet met lege handen, want hij kan volstaan met de enkele vernietiging van de op dat besluit gebaseerde rechtshandeling: de rechtshandeling van uitkering.[414] Ook Lennarts is van mening dat de betaalbaarstelling een onverplichte rechtshandeling is. Het aan de betaalbaarstelling voorafgaande aandeelhoudersbesluit schept geen verplichting tot uitkering omdat de uitkering pas opeisbaar wordt door het bestuursbesluit tot betaalbaarstelling.[415] In de eerste situatie bij de OVBA (er is geen sprake van een apart uitkeringsbesluit) zou de OVBA de verplichting hebben het winstdeel uit te keren aan de vennoot die dit vordert, waardoor er *geen* sprake is van een onverplichte rechtshandeling. Ook indien de gehoudenheid tot uitkering is opgenomen in de vennootschapsovereenkomst is het *geen* onverplichte rechtshandeling. De curator kan voor de vernietiging van deze handelingen geen beroep doen op artikel 42 Fw. In de tweede situatie (geen uitkeringsbesluit en iedere vennoot kan zijn winstdeel opeisen) bestaat niet de verplichting als bedoeld in de eerste en de derde situatie (geen uitkeringsbesluit nodig omdat in de vennootschapsovereenkomst is opgenomen wanneer uitkering plaatsvindt en de omvang daarvan). Er is eenzelfde soort situatie als bij de betaalbaarstelling door het bestuur van de BV. Vervolgens is van belang of in de tweede situatie sprake is van een rechtshandeling om niet of anders dan om niet. De curator hoeft bij rechtshandelingen om niet geen wetenschap van benadeling bij de ontvanger te bewijzen, bij rechtshandelingen anders dan om niet wel. Bij een uitkering die is verricht binnen een jaar voor de faillietverklaring wordt

414. Wessels, B. (2007), *supra* noot 411, blz. 42.
415. Lennarts, M.L. (2006b), 'De Twilight Zone: het schermergebied tussen vennootschaps- en insolventierecht', Deventer: Kluwer, blz. 13.

vermoed dat er wetenschap was bij de schuldenaar.[416] Ik ben van mening dat het bij de OVBA gaat om een prestatie om niet, aangezien de ontvanger niet gehouden is tot het verrichten van een tegenprestatie. De curator zou dus bij de OVBA voor uitkeringen in situatie twee, die hebben plaatsgevonden binnen een jaar voor faillietverklaring, met de actio pauliana naar alle waarschijnlijkheid een grote kans van slagen hebben met het terugvorderen van de uitkering.

6.8.6.18.2 Artikel 47 Faillissementswet

Naast artikel 42 Fw kan de curator een beroep doen op artikel 47 Fw. Dit artikel ziet op de situatie waarin de schuldenaar een al bestaande opeisbare vordering voldoet hetgeen leidt tot een benadeling van de andere schuldeisers. Vereist is dat de ontvanger op het moment van de voldoening van de opeisbare schuld weet dat het faillissement al is aangevraagd of dat sprake is van samenspanning tussen de partijen, dat wil zeggen dat partijen met de voldoening van de opeisbare schuld het oogmerk hadden de ontvanger te bevoordelen boven de andere schuldeisers.[417] De faillissementsaanvraag moet wel tot het faillissement hebben geleid. In tegenstelling tot het rechtsgevolg van een succesvol beroep op artikel 42 Fw, is bij artikel 47 niet een ongedaanmaking van de volledige transactie het gevolg, maar dient de ontvanger de betaling te restitueren. Deze rechtsgrond zou de curator kunnen inzetten tegen de betaling van het winstdeel aan de OVBA-vennoot die dit uit hoofde van artikel 7:816 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13 heeft opgeëist, terwijl hij weet dat het faillissement is aangevraagd. Hetzelfde zou kunnen gelden voor de uitkering die de vennoten hebben ontvangen omdat de vennootschapsovereenkomst de uitkering zo heeft bepaald.

6.8.6.18.3 Onrechtmatige daad

Naast de acties op grond van de Faillissementswet zou de curator zowel tegen de vennoten en de derden die hebben beslist tot uitkering (besturend en niet-besturend) als jegens de vennoten die hun winstdeel hebben opgeëist of hebben ontvangen, een actie uit onrechtmatige daad kunnen starten. Zie voor de bespreking hiervan paragraaf 6.8.6.17 over de acties van de schuldeisers.

6.8.6.19 Transacties met dezelfde financiële consequenties als winstuitkeringen

Ook andere vermogensonttrekkende transacties dan winstuitkeringen kunnen de *paritas creditorum* doorbreken. Dit zijn bijvoorbeeld transacties waarbij niet de winst wordt uitgekeerd maar uitkering van reserves plaatsvindt waardoor het

416. Artikel 45 Fw.
417. De Hoge Raad oordeelde in het arrest Van Dooren/ABN Amro I dat de situatie waarin de ontvanger wist of behoorde te begrijpen dat het faillissement onvermijdelijk was en spoedig zou worden aangevraagd niet onder artikel 47 Fw valt. HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 578 (Van Dooren/ABN Amro I).

eigen vermogen afneemt of transacties waarbij niet conform de reële of werkelijke waarde activa worden overgedragen. Een ander voorbeeld is de transactie die in het zicht van het faillissement met een bevoordelingsbedoeling wordt gedaan, zoals het voldoen van een opeisbare schuld van de vennoot waarbij de vennoot bewust wordt begunstigd boven andere schuldeisers. Deze transacties zouden net als ongeoorloofde winstuitkeringen kunnen leiden tot aansprakelijkheid. Afhankelijk van de kwalificatie van de transactie als alledaagse- of als niet-alledaagse handeling in het specifieke geval, kunnen de transacties (bevoegd) aangegaan worden door besturende vennoten, aangewezen besturende derden of niet-besturende vennoten. Voor de uitwerking van deze aansprakelijkheid binnen de bestaande regels geldt hetzelfde als wat ik in de vorige paragrafen besproken heb in het kader van de aansprakelijkheid voor winstuitkeringen uit hoofde van Titel 7.13. Daarnaast kunnen deze transacties, indien het gaat om een onverplichte rechtshandeling, in een faillissementssituatie door de curator worden vernietigd op grond van het in de vorige paragraaf besproken artikel 42 Fw. Bij een geslaagde vernietiging kan de vermogensonttrekking als onverschuldigde betaling worden teruggevorderd. Ook zou de curator een beroep kunnen doen op artikel 47 Fw als de transactie een verplichte rechtshandeling is. Restitutie van de ontvangen gelden door de schuldeisers kan dan het gevolg zijn. Buiten faillissement kan de transactie ook vernietigd worden door een individuele schuldeiser op grond van artikel 3:45 BW. Vorderingen op grond van onrechtmatige daad zouden ook bij deze transacties door zowel de curator als de individuele schuldeisers ingesteld kunnen worden.

6.8.6.20 Voldoende waarborgen of een specifieke OVBA-uitkeringsregel vereist?

Het juridisch kader waarbinnen de OVBA zou komen te functioneren, biedt verschillende waarborgen waar de schuldeisers van een OVBA bij ongeoorloofde vermogensonttrekkingen op kunnen terugvallen. De schuldeisers kunnen onder bepaalde omstandigheden indirect beschermd worden via de vorderingen van de vennootschap en de curator op grond van de artikel 7:809 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13, de artikelen 42 en 47 van de Faillissementswet, artikel 6:162 BW en de in het kader van deze artikelen uit de rechtspraak voortvloeiende regels (die ook op de OVBA van toepassing zouden zijn), en direct via de eigen onrechtmatige-daadvordering en artikel 3:45 BW. In faillissement zouden de individuele (benadeelde) schuldeisers een onrechtmatige-daadvordering kunnen instellen naast die van de curator (voor de gezamenlijke schuldeisers).[418] Het belang

418. HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 95 (Lunderstädt/De Kok q.q.) en HR 21 december 2001, *JOR* 2002, 38 (Sobi/Hurks II). Zie verder: HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (Nimox/Van den End q.q.), HR 23 december 1996, *NJ* 1996, 629 (Notaris M./Gerritse q.q. c.s.), HR 23 december 1996, *NJ* 1996, 628 (Notaris E./Gerritse q.q. c.s.).

van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement kan met zich brengen dat eerst op de vordering van de curator wordt beslist en daarna op die van de individuele schuldeiser.[419] Dit zal door analoge toepassing ook kunnen gelden als de vordering van de curator in plaats van op onrechtmatige daad op grond van artikel 7:809 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13 of de artikelen 42 en 47 Fw wordt ingesteld, en deze vorderingen hetzelfde feitencomplex beslaan.

De curator heeft de keuze uit de vordering op grond van de faillissements-pauliana en die op grond van onrechtmatige daad, aangezien zowel de onrechtmatige daad als de actio pauliana het herstel van de verhaalsbenadeling beogen en beide gegrond kunnen worden op hetzelfde feitencomplex.[420] Als niet aan de eisen van de artikelen 42 en 47 Fw is voldaan kunnen bijzondere omstandigheden ertoe leiden dat wel sprake is van een onrechtmatige daad.[421] Het doen van een selectieve betaling waardoor benadeling van de schuldeisers ontstaat en het uitoefenen van een controlerende invloed op de vennootschap waarbij er ernstig rekening gehouden had moeten worden met de benadeling van de andere schuldeisers, kunnen dergelijke omstandigheden zijn.[422] Ondanks dat er dus verschillende mogelijkheden bestaan om de schade vergoed te krijgen of de boedel te herstellen, zullen de acties onder omstandigheden op verschillende gronden moeten worden ingesteld en is niet geheel duidelijk aan de hand van welke maatstaven de ongeoorloofdheid van de vermogensonttrekking had moeten worden beoordeeld. De vraag rijst daarom of naast de hiervoor genoemde waarborgen een specifieke uitkeringsregel voor de OVBA gewenst is, zoals de uitkeringsregels die voor de Engelse en de Amerikaanse LLP geïntroduceerd zijn. Codificatie van een specifieke uitkeringsregel voor de OVBA zou meer duidelijkheid kunnen scheppen over de aansprakelijkheidsmogelijkheden bij vermogens-onttrekkingen en de daarvoor gehanteerde maatstaven. Deze optie bespreek ik in de volgende paragrafen.

6.8.6.21 Specifieke uitkeringsregel voor de OVBA

Voor de vormgeving van de OVBA-uitkeringsbepaling is noodzakelijk te bepalen voor wat voor soort transacties de regel zou moeten gelden. Alleen winstuitkeringen of ook andere schuldeisers benadelende transacties? Daarnaast dient vastgesteld te worden wie aansprakelijk moet zijn. Zouden de vennoot en de met het bestuur belaste derde die tot de uitkering hebben besloten en deze

419. HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 95 (Lunderstädt/De Kok q.q.).
420. HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514 (Erba I).
421. HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 578 (Van Dooren/ABN Amro I).
422. HR 12 juni 1998, *NJ* 1998, 727 (Coral/Stalt) en HR 9 mei 1986, *NJ* 1986, 792 (Keulen/BLG).

vervolgens hebben uitgevoerd aansprakelijk moeten zijn? Zou deze aansprakelijkheid ook moeten gelden voor de vennoten die de uitkering (met of zonder uitkeringsbesluit) hebben ontvangen? Is daarnaast de vennoot die zijn winstdeel opeist ook aansprakelijk? Vervolgens komt de vraag op, welke norm gehanteerd zou moeten worden. Welke maatstaven moeten gebruikt worden bij de vaststelling of een uitkering geoorloofd is? Indien gekozen wordt voor het criterium dat de vennootschap niet meer kan of zou kunnen voldoen aan haar opeisbare schulden komt ook de vraag op naar de voorzienbaarheid dat de vennootschap niet meer zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Wanneer weet of behoorde een vennoot te weten dat de vennootschap in die toestand verkeert? En als deze aansprakelijkheid zou bestaan, is dit dan bijvoorbeeld een gehoudenheid tot terugbetaling gelijk aan de waarde van de uitkering, of dient het bijvoorbeeld een vergoedingsplicht te zijn van het tekort dat is ontstaan door de uitkering? Moet er verder een verjaringstermijn geïntroduceerd worden voor het instellen van de vordering, en zo ja welke termijn moet dit moeten, en dient er een uitzondering gemaakt te worden voor redelijke compensaties? En ten slotte welke plaats zou een eventuele uitkeringsregel voor de OVBA binnen het recht moeten krijgen? Zou een dergelijke bepaling opgenomen moeten worden in Wetsvoorstel Titel 7.13, of wellicht in de faillissementswet? Allemaal vragen die ik in de volgende paragrafen bespreek en waarbij de rechtspraak over de aansprakelijkheid voor kapitaalsvermindering van bestuurders van een Nederlandse kapitaalvennootschap, de specifieke uitkeringsregel die geldt voor de Engelse LLP, de uitkeringsregels die de Amerikaanse LLP beheersen en de regel die voor de flex-BV is ontworpen, van dienst kunnen zijn.

6.8.6.22 Wat valt er onder het begrip uitkeringen?

Voor het vormgeven van een specifieke OVBA-uitkeringsregel is het allereerst belangrijk dat bepaald wordt voor welk soort transacties een restrictie zou moeten worden opgelegd. In de Verenigde Staten worden transacties met dezelfde economische consequenties als winstuitkeringen over het algemeen onder de frauduleuze transacties geplaatst, indien de transactie heeft plaatsgevonden met de intentie om de schuldeisers te benadelen. Voor de vaststelling van de handelingen die worden aangemerkt als frauduleuze transacties, wordt gekeken naar de inhoud ervan in plaats van naar het etiket dat aan die transactie wordt gehangen (*substance over form*).[423] De Amerikaanse *fraudulent transfer* regelingen verbieden over het algemeen (1) transacties beneden de werkelijke of redelijke waarde, (2) transacties die ervoor zorgen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen kan voldoen op het moment dat deze opeisbaar zijn en

423. Baird, G. (2006), 'Legal Approaches to Restricting Distributions to Shareholders: The Role of Fraudulent Transfer Law', EBOR 2006-7, blz. 199-215.

(3) transacties die plaatsvinden op het moment dat de vennootschap insolvent is. In de LLP-regelgeving van Californië is 'uitkering' gedefinieerd als: *'[T]he transfer of money or property by a registered limited liability partnership to its partners without consideration'*.[424] In het Verenigd Koninkrijk is in de LLP-uitkeringsbepaling opgenomen dat onder *'withdrawals of property'* wordt verstaan: *'[W]hether in form of a share of profits, salary, repayment of or payment of interest on a loan to the limited liability partnership or any other withdrawal of property'*. Een selectieve betaling of een transactie beneden de werkelijke waarde kan daardoor ook onder de regel vallen. Voor de aansprakelijkheid is wel vereist dat de persoon die de vermogensonttrekking heeft bewerkstelligd: *'[K]new or ought to have concluded that after each withdrawal (...) there was no reasonable prospect that the limited liability partnership would avoid going into insolvent liquidation'*.

Indien bij de OVBA alleen winstuitkeringen aan restricties zouden zijn onderworpen, kunnen de vennoten op andere wijzen het kapitaal van de vennootschap doen verminderen. Deze kapitaalsvermindering kan op verschillende wijze worden opgevangen. Voor de transacties die kunnen worden gekwalificeerd als bestuurshandelingen kan de aansprakelijkheid gegrond worden op artikel 7:809 lid 3 Wetsvoorstel Titel 7.13. De schade die ontstaat door transacties die geen bestuurshandelingen zijn, kan via de onrechtmatige daad gevorderd worden. Onverplichte vermogensonttrekkingen kunnen op grond van artikel 3:45 BW buiten faillissement aangepakt worden. Verplichte transacties die leiden tot benadeling van schuldeisers kunnen niet via 3:45 BW worden tegengegaan, maar via een actie uit onrechtmatige daad. In faillissement kunnen beide zowel aangepakt worden met de artikelen 42 en 47 Fw als via een onrechtmatige-daadvordering. Het zou wenselijk kunnen zijn dat er voor de bepaling van de aansprakelijkheidsgrond geen afhankelijkheid bestaat van hoe de vennootschapsovereenkomst een bepaalde transactie kwalificeert (wel of niet een bestuurshandeling). Om dit te bereiken zou in een specifieke uitkerings- of (in andere woorden) vermogensonttrekkingsregel een ruim uitkeringsbegrip gehanteerd kunnen worden. Een wettelijke beschrijving van de transacties die onder dit begrip vallen, kan er echter voor zorgen dat niet genoemde transacties buiten het begrip vallen. Lennarts en Schutte-Veenstra verwijzen in het kader van transacties door een BV die tot een kapitaalvermindering leiden, voor de invulling van een dergelijk ruim uitkeringsbegrip naar de vereisten die zijn genoemd door Dijstelbloem om fiscaalrechtelijk een vermogensonttrekking te kwalificeren als een (dividend)uitkering: (1) heeft de vennootschap haar aandeelhouders zodanig, dat wil zeggen in de kwaliteit van aandeelhouder, willen bevoordelen (kwaliteitsvereiste) en (2) waren zowel de vennootschap als de aandeelhouder zich van deze bevoordeling bewust of

424. Cal. Corp. Code § 16957(c).

hadden zij zich hiervan bewust behoren te zijn (bewustheidsvereiste).[425] Deze vereisten kunnen de rechter worden meegenomen in diens beslissing over het karakter van dergelijke transacties. Voor de OVBA zou het in het verlengde van dit uitgebreidere uitkeringsbegrip bij de BV, gaan om andere transacties *met vennoten* die resulteren in een kapitaalsvermindering. De restricties die in de uitkeringsbepaling worden opgenomen, zouden niet alleen moeten gelden voor winstuitkeringen, maar ook voor transacties met vennoten die dezelfde economische consequenties tot gevolg hebben, en die schuldeisers benadelen. Voor het gemak spreek ik hierna alleen over uitkeringen in brede zin, waarmee ik ook doel op de voornoemde transacties, of ik spreek over winstuitkeringen indien ik specifiek wil verwijzen naar de uitkeringen van winst.

6.8.6.23 De maatstaven voor de bepaling of een uitkering geoorloofd is

De maatstaf aan de hand waarvan kan worden vastgesteld dat de uitkering ongeoorloofd is, is van groot belang. In het Verenigd Koninkrijk, in de verschillende Amerikaans staten en in Nederland bij de (flex)-BV worden verschillende maatstaven gehanteerd. In het Verenigd Koninkrijk worden de vennoten van een LLP aansprakelijk gehouden voor onttrekkingen aan het vermogen van de LLP die tot de situatie leiden dat de vennootschap niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen of die hebben plaatsgevonden terwijl de vennootschap niet voldoende vermogen had om haar schulden te betalen, de balanstest. Ook in de Verenigde Staten wordt veelal gebruikt gemaakt van een balanstest met verschillende waarderingsmethoden (de activa dienen na de uitkering ten minste gelijk te zijn aan de passiva) gecombineerd met een liquiditeitstoets. Het definiëren van wanneer aan de liquiditeitstoets wordt voldaan is niet zo gemakkelijk.[426] Veelal wordt aangenomen dat daaraan wordt voldaan wanneer redelijkerwijs te verwachten is dat de vennootschap na de uitkering bij voortzetting van haar activiteiten aan haar opeisbare schulden kan voldoen. Ook in het voorontwerp van het flex-BV-recht was een combinatie van toetsen opgenomen. Naar aanleiding van de consultatie is er voor gekozen om de combinatie te vervangen door een uitkeringstest. Deze test zou de algehele financiële situatie van de vennootschap op het moment van de uitkering beter in kaart kunnen brengen. Deze mogelijkheid om rekening te houden met de reëel bestaande economische toestand van de vennootschap, zou een voordeel van deze uitkeringsmaatstaf zijn.[427] Bepalend is of de vennootschap na de uitkering zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden

425. Lennarts, M.L. en J.N. Schutte-Veenstra (2004), Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht', Instituut voor ondernemingsrecht Groningen, blz. 113.
426. Bier, B. (2006), *supra* noot 377, blz. 244.
427. Commissie vennootschapsrecht (2007), 'Advies over het wetsvoorstel inzake de vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht', Ondernemingsrecht 2007/1, blz. 14-19.

waarbij zowel de rentabiliteit als de liquiditeit en de solvabiliteit in de beoordeling meegenomen moeten worden (zie hiervoor paragraaf 6.8.6.7).

Gelet op deze overwegingen zou ook bij de OVBA voor een uitkeringstest gekozen kunnen worden. Aansprakelijkheid voor ongeoorloofde vermogensonttrekkingen zou dan kunnen ontstaan in de situatie waarin er wetenschap bestaat dat de OVBA feitelijk insolvent zou worden door de vermogensonttrekking of al feitelijk insolvent was ten tijde van de vermogensonttrekking, en de vennootschap daarnaast geen verhaal meer biedt voor de schuldeisers. Hierbij zou ook rekening gehouden moeten worden met de uitkeringen die worden gedaan in het kader van de compensatie voor de werkzaamheden die vennoten hebben verricht of die in het kader van pensioenplannen of vergelijkbare doeleinden zijn gedaan. De vervolgvraag is dan welke opeisbare schulden leiden tot de feitelijke insolventie en wanneer het punt wordt bereikt dat de vennootschap niet meer aan haar opeisbare verplichtingen kan voldoen.[428]

6.8.6.24 Opeisbare schulden, het omslagpunt en voorzienbaarheid

De uitkeringstest ziet niet alleen op de schulden die ten tijde van de uitkering reeds opeisbaar zijn, maar ook op schulden waarvan men ten tijde van de uitkering redelijkerwijs behoort te voorzien dat deze de komende tijd opeisbaar zullen worden.[429] De lengte van de periode die de vennoten dan in hun oordeel zouden moeten betrekken, hangt van de omstandigheden af. Bij de flex-BV zou het gaan om een periode van ongeveer een jaar.[430] De OVBA-vennoot zou zich een oordeel moeten vormen over de vermogenspositie van de vennootschap om vast te stellen op welk moment de vennootschap niet meer in staat zal zijn haar opeisbare schulden te voldoen. Bij de flex-BV is in de memorie van toelichting aangegeven dat voor de uitkeringsbepaling van het Wetsvoorstel flex-BV het oordeel moet worden gevormd aan de hand van de solvabiliteit, de liquiditeit en de rentabiliteit. Aan de hand daarvan is echter een vastomlijnd toetsingskader voor de vaststelling van het omslagpunt niet te geven. Ook Bier en Van der Zanden stellen dat een (in alle omstandigheden geldende) algemene norm voor de vaststelling van het omslagpunt, niet te formuleren is. Voor deze vaststelling zou volgens hen aangesloten dienen te worden bij prognoses die door de vennootschap zelf worden gedaan. Deze begrotingen zouden gebruikt kunnen

428. De formulering ‘kunnen blijven voortgaan met betalen van de opeisbare schulden’ sluit aan bij de regeling voor surseance van betaling in artikel 214 Faillissementswet.
429. *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 3, blz. 71.
430. *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 3, blz. 30 en *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 058, nr. 6, blz. 10.

worden voor de bepaling of een uitkering geoorloofd is.[431] De realisatie van de begrotingen zijn door de onzekerheid over de kosten van ontwikkelingstrajecten en te verwachte verkopen of levering van diensten voortdurend aan verschillende wijzigingen onderhevig. Dit maakt het in veel gevallen lastig om een goed beeld van de financiële situatie van de vennootschap te vormen. Van belang is verder dat er niet veel tijd tussen het besluit tot uitkering en de daadwerkelijke uitkering mag liggen, omdat anders de financiële positie van de vennootschap reeds gewijzigd kan zijn.[432] De problemen rondom de bepaling van het omslagpunt zullen zich ook bij de OVBA kunnen voordoen, maar zijn lastig op te lossen. Dit is inherent aan de hiervoor beschreven uitkeringstest. Deze is echter te prefereren boven een balanstest omdat deze te weinig rekening houdt met de specifieke situatie bij de onderscheiden vennootschappen en uiteindelijk (zoals blijkt uit het Nimox- en het Reinders-arrest) alsnog tot aansprakelijkheid kan leiden. Uiteindelijk hangt het antwoord op de vraag wanneer het omslagpunt precies is, mede af van het oordeel van de rechter.[433]

6.8.6.25 Wie is aansprakelijk voor ongeoorloofde uitkeringen bij de OVBA

Zou er bij de OVBA een aansprakelijkheid kunnen ontstaan gelijkend op die van de bestuurders van de flex-BV? De situatie bij de OVBA is anders dan bij de flex-BV waarbij de aandeelhouders het uitkeringsbesluit nemen en de bestuurders dit besluit moeten goedkeuren zodat het besluit ook daadwerkelijk gevolgen heeft. Bij de OVBA zouden zowel besturende als niet-besturende vennoten het (ongeoorloofde) besluit tot uitkering kunnen nemen, en dit besluit behoeft niet altijd genomen te worden om wel tot uitkering over te kunnen gaan. In het hiernavolgende ga ik zowel in op de aansprakelijkheid van de 'beslissende' vennoten als van de 'ontvangende' vennoten, die in sommige situaties dezelfde personen kunnen zijn.

Aansprakelijkheid van de vennoot en de met het bestuur belaste derde die het uitkeringsbesluit nemen, of van de vennoten die een uitkering ontvangen zonder dat sprake is van een apart uitkeringsbesluit

In de Nederlandse rechtspraak over kapitaalvennootschappen is aangenomen dat de bestuurder van de vennootschap wordt geacht voldoende kennis te

431. Bier, B. en P.M. van der Zanden (2007), 'Besluitvorming van het bestuur rondom uitkeringen in de flexibele BV', Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2007-1, blz. 11-14.
432. Vgl: *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 058, nr. 6, blz. 42.
433. Bij de rechterlijke toetsing zal echter terughoudendheid moeten worden betracht. Vgl: *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 058, nr. 6, blz. 35. In het kader van de flex-BV is een project gestart voor de ontwikkeling van een *business reporting tool* die ondernemers zou moeten helpen bij de beoordeling van uitkeringen. Dit is het XBRL-project.

hebben van de financiële toestand van de vennootschap.[434] De bestuurder die de boekhouding van de vennootschap op orde heeft en op basis van de beschikbare informatie tot een redelijk en onderbouwd oordeel is gekomen over de financiële positie van de vennootschap en de geoorloofdheid van de uitkeringen,[435] en zich rekenschap heeft gegeven van de belangen van de schuldeisers van de vennootschap, wordt geacht in dit opzicht zijn taak te vervullen op de wijze waarop een *redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris,* die taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen. De bestuurder zal dan naar alle waarschijnlijkheid niet aansprakelijk worden gehouden voor de uitkering die onder die voorwaarden is gedaan. Een gelijksoortig criterium, maar dan gericht op de wetenschap van een *redelijke vennoot* van een LLP, is terug te vinden in de speciale Engelse LLP-uitkeringsbepaling. Dit is de *minimum objective test.* Deze test houdt in dat er getoetst wordt aan hetgeen een redelijke vennoot behoorde te weten in zijn of haar positie. Naast deze test bestaat er nog een tweede criterium om vast te stellen of er wetenschap bij de vennoot was, of dat er redelijke gronden waren op basis waarvan de vennoot wetenschap zou moeten hebben. Deze test is de *onerous subjective test*. De test houdt in dat gekeken wordt naar wat de desbetreffende vennoot had moeten weten, gegeven zijn of haar persoonlijke vaardigheden, ervaring en kennis. In de uitkeringsbepaling van het Wetsvoorstel flex-BV is een dergelijke test niet vervat. Alle bestuurders worden gelijk behandeld.

Voor de maatstaf van de OVBA-uitkeringsregel zou de objectieve maatstaf, die zowel bij de BV als bij de Engelse LLP is terug te vinden, gehanteerd kunnen worden. De test gericht op de persoonlijke kennis en ervaring van de specifieke vennoten ligt niet op één lijn met de collectieve verantwoordelijkheid die geldt voor besturende vennoten en komt niet overeen met het uitgangspunt van samenwerking op basis van gelijkheid. Een individuele verantwoordelijkheid van een vennoot gebaseerd op zijn specifieke kennis en ervaring kan ertoe leiden dat vennoten zich niet met het financiële beleid willen bemoeien omdat daardoor de kans op aansprakelijkheid bij uitkeringen wordt vergroot. Door bemoeienis met het financiële beleid zullen de vennoten beter geïnformeerd zijn over de financiële toestand van de vennootschap en kunnen daardoor de gevolgen van een uitkering beter inschatten. Een situatie waarin vennoten zich afzijdig houden van het financiële beleid moet voorkomen worden. De objectieve maatstaf zou gebruikt moeten worden voor zowel de besturende vennoten of de derde die met het bestuur is belast, als voor de niet-besturende vennoten die een besluit nemen tot uitkering. Een disculpatiegrond voor de vennoot die bewijst dat het niet

434. HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 148 (Veenbrink/Baarsma).
435. Hierbij zal vooral aandacht moeten worden besteed aan de vraag of er twijfel bestaat over de continuïteit van de vennootschap en zo nee, hoeveel ruimte de liquiditeitspositie van de vennootschap biedt voor uitkeringen: *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 058, nr. 6, blz. 30.

aan hem te wijten is dat de vennootschap de uitkering heeft gedaan zou in de OVBA-regel opgenomen moeten worden. In de situatie dat de vennoten in de vennootschapsovereenkomst een regeling hebben opgenomen dat uitkering van de vastgestelde winstdelen kan plaatsvinden na de vaststelling van de staat van baten en lasten en zonder dat eerst een daarop gericht besluit moet worden genomen, zouden de vennoten gezamenlijk aansprakelijk gehouden moeten worden als achteraf blijkt dat deze uitkering ongeoorloofd was. Zij hadden dit moeten voorzien en actie moeten ondernemen om de uitkering niet te laten plaatsvinden. Ook hier moet de mogelijkheid gecreëerd worden dat een vennoot beroep kan doen op de disculpatiegrond bijvoorbeeld als er een stemming heeft plaatsgevonden over de uitkering en de vennoot heeft tegengestemd. Daarnaast zou een beroep op de disculpatiegrond gedaan kunnen worden als zich een onvoorziene omstandigheid voordoet waarmee de vennoten ten tijde van de uitkering nog niet bekend waren.

Aansprakelijkheid van de ontvangers van een uitkering tengevolge van een uitkeringsbesluit en de aansprakelijkheid van de vennoot die het aan hem toekomende winstdeel heeft opgeëist

In de Engelse LLP-bepaling staat niets over de aansprakelijkheid van degene die de uitkering ontvangt. Dit komt wel terug in diverse Amerikaanse LLP-regelingen (zie paragraaf 3.14.4). In de Delaware regeling is bijvoorbeeld opgenomen dat de vennoot die een uitkering heeft ontvangen die in strijd met de restricties is verricht, gehouden is het bedrag van de uitkering terug te betalen indien de vennoot wist dat de uitkering ongeoorloofd was. De vennoot die dit niet wist, is niet aansprakelijk.[436] In de flex-BV zijn naast de bestuurders de aandeelhouders die wisten of behoorden te voorzien dat de vennootschap niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, gehouden het tekort dat door de uitkering ontstaat te vergoeden. De vraag rijst hoe de aansprakelijkheid van de vennoot die de ongeoorloofde uitkering heeft ontvangen tengevolge van een uitkeringsbesluit, zou moeten worden vormgegeven? Zou hier, net als bij de aansprakelijkheid van aandeelhouders van artikel 2:216 Wetsvoorstel flex-BV, sprake kunnen zijn van een vennoot te goeder trouw en te kwader trouw? Uit het bovenstaande vloeit voort dat bij (besluiten tot) uitkering alle vennoten van de OVBA op de hoogte zouden moeten zijn van de financiële situatie van de vennootschap. Ook indien zij niet zelf besluiten tot uitkering zouden zij, op het moment dat zij een uitkering ontvangen of hun deel van de winst op vorderen uit hoofde van artikel 7:816 lid 1 wetsvoorstel Titel 7.13, zich een oordeel moeten vormen over de financiële positie van de vennootschap en de geoorloofdheid van de uitkeringen, en zich rekenschap geven van de belangen van de schuldeisers van de

436. Del. Code Ann. tit. 6, § 15-309.

vennootschap. De aansprakelijkheid zou hier van af moeten hangen. Hetzelfde zou moeten gelden voor de vennoot die het hem toekomende winstdeel opeist. In het ambtelijk voorontwerp voor de flex-BV waren de bestuurders en aandeelhouders aansprakelijk voor het volle bedrag van de uitkering. Dit zou volgens sommigen te ver gaan.[437] Het zou meer voor de hand liggen om te bepalen dat de bestuurders slechts aansprakelijk zijn tot het gedeelte van de uitkering dat overeenkomt met de niet betaalde schuld die veroorzaakt is door de uitkering. Hetzelfde moet gelden voor de aansprakelijkheid van de vennoten van de OVBA, waarbij eerst de ontvangende vennoot gehouden moet zijn tot terugbetaling. Indien deze vordering niet slaagt, zou de vennoot of de vennoten die tot de uitkering hebben besloten aansprakelijk gesteld moeten worden. Zij hebben dan vervolgens een regresrecht op de ontvangende vennoten. Tot slot moet gewaarborgd worden dat niet uitgekeerde winstdelen willekeurig kunnen worden verzilverd. Indien een niet uitgekeerd winstdeel door de vennootschap in de boeken wordt gecrediteerd op een rekening-courant van de vennoot die niet geblokkeerd is, zou de vennoot er immers vrijelijk over kunnen beschikken. Als er geen restrictie opgelegd zou worden, dan kunnen de vennoten alsnog via de achterdeur hun winstdelen ten koste van de schuldeisers verkrijgen.

6.8.6.26 De plaats van de uitkeringsregel in het recht

In het Verenigd Koninkrijk is de bepaling over de *'adjustment of withdrawals'* opgenomen in de insolventiewetgeving. Hierdoor is alleen de curator bevoegd om een vordering op grond van deze bepaling in te stellen. De bepalingen die restricties leggen op de uitkeringen bij de Amerikaanse LLP's zijn opgenomen in de LLP-regelingen of door verwijzingen in de aparte wetgeving over frauduleuze transacties. Bij de flex-BV is de uitkeringsbepaling onderdeel van het BV-recht. De aansprakelijkheid voor ongeoorloofde uitkeringen is een aansprakelijkheid jegens de vennootschap. Volgens de minister noodzaakt het feit dat de regeling in het teken staat van bescherming van schuldeisers niet tot een andere benadering.[438] Dit betekent dat de procedure gevoerd moet worden door de vennootschap indien er sprake is van een feitelijke insolventie en door de curator indien

437. Bier, B. (2006), *supra* noot 377, blz. 252, F.K. Buijn (2007), *supra* noot 400, blz. 356-360, Reacties van AKD Prinsen van Wijmen, CMS Star Busmann en Loyens & Loeff (via www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/bv_recht) en Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (2007), 'Advies inzake Wetsvoorstel Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en Flexibilisering BV-recht, Kamerstukken 31 058)', d.d. 20 september 2007, blz. 3 onder punt 2.4.
438. Vgl: *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 058, nr. 6, blz. 51.

het gaat om een faillissementssituatie.[439] Over de keuze voor het opnemen van een uitkeringsbepaling in het vennootschapsrecht is in de parlementaire geschiedenis van de flex-BV het volgende gesteld: *'In het wetsvoorstel is gekozen voor een specifieke regeling van de aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders bij uitkeringen uit het vermogen van de vennootschap. Een specifieke regeling is nodig om crediteuren te beschermen tegen de beperkte aansprakelijkheid die de wet aan de bestuurders en aandeelhouders van bv's toekent. De voorgestelde regeling voor uitkeringen biedt crediteuren een ingang in het geval dat de vennootschap geen verhaal biedt vanwege een onverantwoorde uitkering aan aandeelhouders. Een zekere mate van samenloop met andere regels is onvermijdelijk'*.[440] De *'ingang'* die crediteuren volgens de minister, door de specifieke uitkeringsregeling in het BV-recht zouden krijgen, is mij niet helemaal duidelijk aangezien de schuldeisers uit hoofde van artikel 2:216 Wetsvoorstel flex-BV zelf niet vorderingsbevoegd zullen zijn. Wellicht dat de minister bedoelt dat zij via de vennootschap of de curator als gezamenlijke schuldeisers een mogelijkheid tot groter verhaal krijgen of dat door de vordering tot terugbetaling door de aandeelhouders het vermogen van de vennootschap weer toe zal nemen. Het opnemen van de OVBA-uitkeringsregel in de Faillissementswet, zoals bij de Engelse LLP, zou niet gewenst zijn omdat de uitkeringen ook bij feitelijke insolventie buiten faillissement zouden kunnen resulteren in een schuldeisersbenadeling. De uitkeringsregel zou een plaats moeten krijgen in de vennootschapswetgeving, in Titel 7.13. Een specifieke OVBA-uitkeringsregel die de uitkeringsrestricties wettelijk zou vastleggen is te prefereren boven de 'vage' regels volgend uit de rechtspraak. In de rechtspraak is bijvoorbeeld niet inhoudelijk beslist tot een uitkeringstest. Dit verschil zou onder andere een meerwaarde van de specifieke regeling ten opzichte van de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, de algemene bestuurdersaansprakelijkheid of de faillissementspauliana kunnen zijn.

---

439. Bij de eerste opzet van artikel 2:216 Wetsvoorstel flex-BV ontstond de vordering op de aandeelhouders alleen op het moment dat de vennootschap in staat van faillissement was verklaard (*Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 3, blz. 73). Het vorderingsrecht jegens de aandeelhouders kwam daarom eerst alleen aan de curator toe. Door het schrappen van het vermoeden dat de aandeelhouder niet te goeder trouw is als de vennootschap binnen een jaar na de uitkering failliet zou gaan, ontstaat de vordering op de aandeelhouders tot terugbetaling niet alleen bij faillissement, maar ook bij feitelijke insolventie.

440. *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 058, nr. 6, blz. 10. Samenloop gaat over mogelijk conflicterende regels, of keuzemogelijkheden bij in te stellen acties, die zich niet direct door de regels zelf laten oplossen. Cumulatie kan niet plaatsvinden indien deze logisch onaanvaardbaar zou zijn (zie: L.J. van Eeghen (2009), 'De samenloop van vorderingen onder de Beklamel-norm', TvI 2009-3, blz. 14-24).

6.8.6.27 Verjaringstermijn van de vordering op grond van de uitkeringsregel

Bij de flex-BV is het instellen van de vordering jegens de aansprakelijke bestuurders en aandeelhouders in de tijd begrensd door de algemene verjaringsregels in boek 3 BW.[441] Op grond van artikel 3:310 lid 1 BW verjaart de rechtsvordering tot vergoeding van schade door het verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met het bestaan van de schade als met de persoon die daarvoor aansprakelijk is, bekend is geworden, en in ieder geval twintig jaren nadat de vordering is ontstaan. De rechtsvordering uit onverschuldigde betaling verjaart uit hoofde van artikel 3:309 BW en sluit aan bij die van artikel 3:310 BW. De rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling (artikel 3:45 BW en 42 en 47 FW) verjaart drie jaar nadat de bevoegdheid om deze vernietigingsgrond in te roepen, aan degene aan wie deze bevoegdheid toekomt ten dienste is komen te staan (artikel 3:52 lid 1 BW). De vordering jegens de vennoten of de derde (die zou zijn belast met het bestuur en tot de ongeoorloofde uitkering zou hebben besloten op grond van de specifieke OVBA-uitkeringsregel), zou een rechtsvordering tot vergoeding van schade uit artikel 3:310 lid 1 BW moeten zijn.

Naast vermogensonttrekkingen zou bij de OVBA ook schuldeisersbenadeling kunnen ontstaan door *wrongful trading*, als de vennoten een verliesgevende onderneming te lang hebben voortgezet. In hoofdstuk 3 heb ik aandacht besteed aan dit leerstuk. In de volgende paragraaf bespreek ik de *wrongful trading* in het kader van de OVBA.

6.8.6.28 *Wrongful trading* en de OVBA

In het Verenigd Koninkrijk gelden, zoals besproken in paragraaf 3.14.5, naast de uitkeringsbepaling die specifiek is geïntroduceerd voor de LLP, ook de *wrongful trading rule* en *fraudulent trading rule* die van toepassing zijn op de kapitaalvennootschappen. Hierbij gaat het om de aansprakelijkheid van bestuurders voor het voortzetten van verliesgevende activiteiten ten koste van schuldeisers. Bij de *fraudulent trading rule* gaat het erom dat er sprake is van een intentie om de schuldeisers te benadelen, bij de *wrongful trading rule* gaat het om onachtzaam gedrag. De bestuurder heeft dan te lang geprobeerd het tij te keren, terwijl redelijkerwijs van hem verwacht zou mogen worden dat hij als redelijk denkend bestuurder had moeten inzien dat de schuldeisers hierdoor zouden worden benadeeld. De Europese Commissie heeft in haar *Action Plan* haar voornemen aangegeven om in alle lidstaten een *wrongful trading* regel in

441. *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 058, nr. 6, blz. 31.

te voeren voor kapitaalvennootschappen.[442] Een verdere uitwerking hiervan is in het plan niet gegeven. In de Nederlandse rechtspraak zijn bij kapitaalvennootschappen soortgelijke regels als de *wrongful trading rule* ontstaan bij vorderingen uit onrechtmatige daad. De eerste regel doet zich voor in een Beklamel-situatie. Een tweede regel geldt in een Oosterhof-situatie.[443] Ik verwijs hiervoor naar hoofdstuk 3.

De vraag rijst of codificatie van een Nederlandse *wrongful trading* regel voor de OVBA wenselijk zou zijn. Voor de beantwoording van deze vraag kan het voorontwerp van de Insolventiewet van belang zijn. In dit voorontwerp is een bepaling opgenomen die aansluit bij de Beklamel-norm (zie paragraaf 3.11.7.1). Deze bepaling zou eventueel ook voor de OVBA kunnen gelden. Artikel 8.1 van het Voorontwerp Insolventiewet is in eerste instantie alleen bedoeld voor nieuwe schuldeisers. Het frustreren van individuele bestaande verbintenissen zou volgens deze wet onder de onrechtmatige-daadvordering moeten vallen (de Oosterhof-situatie).[444] Wanneer er sprake is van een benadeling van de gezamenlijke schuldeisers (generieke schuldeisersbenadeling) dan heeft de bewindvoerder uit hoofde van artikelen 3.2.8 en 3.2.9 van de nieuwe Insolventiewet, een exclusief vorderingsrecht. De formulering van artikel 8.1 Voorontwerp Insolventiewet sluit niet aan bij dit vorderingsrecht van de curator. Ook is in de toelichting opgenomen dat een vermeerdering van het passief niet leidt tot een vorderingsrecht van de curator, terwijl dit wel kan leiden tot een benadeling van de gezamenlijke schuldeisers. Ook is de reden niet geheel duidelijk waarom deze bepaling niet in het vennootschapsrecht is opgenomen. Volgens Lennarts is het op zich verdedigbaar dat een aansprakelijkheidsregel die moet aanzetten tot tijdig ingrijpen en tot het treffen van reorganisatiemaatregelen in de Insolventiewet wordt opgenomen, maar is het de vraag of een dergelijke regeling daar wel thuishoort gelet op het feit dat het vorderingsrecht niet toekomt aan de curator maar aan de benadeelde (nieuwe) schuldeisers.[445] Huizink geeft aan dat artikel 8.1 van het Voorontwerp Insolventiewet letterlijk misplaatst is omdat het gaat om een aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen jegens individuele

442. European Commission (2003), 'Communication from the Commission to the Council and the European Parliament – Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union - 'A Plan to Move Forward", COM (2003) 284, blz. 19-20.
443. Dit is de situatie waarin de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelswijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Of de bestuurder dan een persoonlijk verwijt valt te maken is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.
444. Hierdoor is de disculpatiemogelijkheid die artikel 8.1 van de nieuwe Insolventiewet aan de bestuurder geeft, echter niet op eenzelfde wijze toepasbaar in een Oosterhof-situatie.
445. Lennarts, M.L. (2008), 'Titel 8 van het Voorontwerp Insolventiewet: bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement', Ondernemingsrecht 2008/13, blz. 460-467.

schuldeisers en de volledige afwikkeling van een aansprakelijkstelling geheel buiten de insolventieprocedure plaatsvindt. Er zou verder door het opnemen van de bepaling in het insolventierecht een onjuiste gedachte kunnen ontstaan dat er op dit punt een verschil bestaat in bestuurdersaansprakelijkheid in en buiten insolventie.[446] Artikel 8.1 van het Voorontwerp Insolventiewet is derhalve niet voldoende uitgekristalliseerd en beslaat ook niet de volledige vereisten die in de jurisprudentie zijn ontwikkeld.

Vooralsnog zie ik daarom geen aanleiding om voor de OVBA een op artikel 8.1 gelijkende bepaling te introduceren. Zonder specifieke *wrongful trading* regel zijn er voor de OVBA voldoende aangrijpingspunten om de belangen van de schuldeisers te waarborgen. Zowel de individuele schuldeiser als de curator zouden via de onrechtmatige daad een vordering op de vennoten kunnen instellen, waarbij zoals gezegd de omstandigheden er toe kunnen leiden dat eerst op de vordering van de curator beslist dient te worden. Tevens zal er dan geen onderscheid gemaakt hoeven te worden tussen handelingen die wel onder de *wrongful trading* regel vallen en handelingen die er niet onder vallen.[447] Wellicht dat als de nieuwe insolventiewet daadwerkelijk wordt geïntroduceerd hier opnieuw naar gekeken moet worden. Een systematische en samenhangende oplossing voor vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid zou de beoogde uitkomst moeten zijn.[448] Problemen van samenloop vormen daarbij een grote uitdaging voor de wetgever. De vraag blijft bestaan of de concretiseringen zoals de Beklamel-norm in de insolventiewet opgenomen zouden moeten worden of dat deze toch in het vennootschapsrecht thuis horen. Indien geen *wrongful trading* regel wordt opgenomen, zou voor de OVBA een op de Amerikaanse *piercing the corporate veil* lijkende Nederlandse doctrine kunnen ontwikkelen, waarbij net zoals in de Verenigde Staten verwezen kan worden naar de doorbraakaansprakelijkheid in *wrongful trading* situaties bij kapitaalvennootschappen, aangepast voor de OVBA. Hierbij zou de doorbraak van aansprakelijkheid alleen aangenomen moeten worden voor de vennoten die hebben bijgedragen aan de schade.

---

446. Huizink, J.B. (2008), 'Insolventie en bestuurdersaansprakelijkheid', in: J.A. van de Hel et al. (Ed.) (2008), 'Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd', Nijmegen: Ars Aequi Libri, blz. 203-204.
447. Vgl: Huizink, J.B. (2008), *supra* noot 447, in: J.A. van de Hel et al. (Ed.) (2008), *supra* noot 447, blz. 208. Huizink ziet het Beklamel-arrest bijvoorbeeld als een concretisering van de vereiste persoonlijk voldoende ernstige verwijtbaarheid. Hij stelt dan ook vervolgens de vraag of die norm wel gecodificeerd moet worden omdat de andere concretiseringen van de in artikel 6:162 BW vervatte aansprakelijkheidsmaatstaf ook niet in de wet zijn of worden opgenomen.
448. Vgl: Eeghen, L.J. van (2009), *supra* noot 440, blz. 14-24.

6.8.6.29 Minimumkapitaal en jaarrekening

In hoofdstuk 3 is het minimumkapitaal aan de orde geweest (zie paragraaf 3.8.2). Om de daar genoemde redenen zou het niet gewenst zijn om voor de OVBA een minimumkapitaal te introduceren. Zal de OVBA wel een jaarrekening moeten publiceren? Voor de Engelse LLP is de openbaarmaking van een jaarverslag verplicht. Daarbij is wel een onderscheid gemaakt tussen grote, middelgrote en kleine LLP's. De kleine LLP's zijn aan een verlicht regime onderworpen. De vraag is evenwel in hoeverre openbaarmaking effectief bescherming biedt. Immers potentiële schuldeisers kunnen weliswaar kennis nemen van de openbaargemaakte jaarrekeningen, maar dat wil nog niet zeggen dat de kennisneming als zodanig waarborgen biedt. Kritiekpunt is vaak dat de informatie gedateerd is, zodat toekomstige crediteuren geen goed zicht krijgen op de actuele financiële positie van de vennootschap.[449] Sommige schuldeisers zullen direct met de vennootschap contact hebben over vereiste (financiële) informatie, andere schuldeisers zullen genoegen nemen met een rating van de kredietwaardigheid, verschaft door bedrijven die daarin gespecialiseerd zijn. Kleinere schuldeisers zullen over het algemeen de middelen en de kennis niet hebben om de publicaties door te nemen en te begrijpen voordat zij overgaan tot het doen van zaken. Bij de totstandkoming van de Britse LLP-regeling is de effectiviteit van de openbaarmaking aan de kaak gesteld. Een grote groep commentatoren was tegen de invoering van de verplichting. Als alternatief werd een *annual health statement* (een soort liquiditeitsverklaring) voorgesteld.[450] Uiteindelijk ging men akkoord met de gedachte dat openbaarmaking een *fair price to pay for the benefits of limited liability* is.[451] Maar waarom zou men iets verplicht stellen als degene voor wie het bedoeld is, er weinig tot niets aan heeft? De redelijke prijs voor beperking van aansprakelijkheid wordt dan als het ware een verspilling zonder enig doel. Mede gelet op het feit dat bijvoorbeeld de huidige personenvennootschappen uit zichzelf al een jaarrekening opstellen, zal er voor de OVBA geen publicatieplicht in de wetgeving opgenomen moeten worden.

6.8.6.30 Aansprakelijkheidsverzekering en beroepsorganisaties

De begrenzing van de aansprakelijkheid draagt er toe bij dat het risico van aansprakelijkheid verzekerbaar blijft.[452] De schuldeisers zouden door de verplichting tot het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekering kunnen worden beschermd. Dit is vooral van belang voor de onvrijwillige schuldeisers.

---

449. Lennarts, M.L. en J.N. Schutte-Veenstra (2004), *supra* noot 22, blz. 14 en 114.
450. Trade and Industry Select Committee (1999), 'Fourth report: Draft Limited Liability Partnership Bill, HC 59 1998-99', onder punt 54.
451. Trade and Industry Select Committee (1999), *supra* noot 451, onder punt 54.
452. Kortmann, S.C.J.J. (1995), *supra* noot 178, blz. 14-20.

In sommige van de Amerikaanse LLP-regelingen is deze verplichting opgenomen. In de LLP-regelingen van andere staten en ook bij de Britse LLP is dit overgelaten aan de beroepsorganisaties. In Nederland wordt bijvoorbeeld een aansprakelijkheidsverzekering voorgeschreven door de Nederlandse Orde van Advocaten,[453] het NIVRA[454] en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie.[455] Doordat de Nederlandse LLP beschikbaar wordt gesteld aan ondernemingen die zowel bedrijfsmatige als beroepsmatige activiteiten uitvoeren zal regulering van de aansprakelijkheidsverzekeringen door beroepsorganisaties ertoe leiden dat bedrijfsmatige ondernemers buiten schot worden gelaten. Opname van de verplichting tot het afsluiten van een (minimale) aansprakelijkheidsverzekering in de wetgeving verdient daarom de voorkeur. Beroepsorganisaties zouden dat in hun eigen regulering aanvullende vereisten kunnen stellen. Wanneer niet wordt voldaan aan de verplichting zal de LLP haar aansprakelijkheidsbescherming moeten verliezen (ten minste) voor het bedrag dat gedekt zou moeten zijn door de verplichte verzekering. Hiervoor zou een apart artikel opgenomen moeten worden in het Wetsvoorstel Titel 7.13.

6.8.7 Fiscaliteit

De OV en de OVR worden door de belastingwetgever aangemerkt als fiscale transparante ondernemingsvormen.[456] De vraag rijst op welke wijze een OVBA zou moeten worden behandeld. Optimaal zou zijn als de OVBA zelf zou kunnen kiezen hoe de vennootschap fiscaal geclassificeerd zou worden. In hoofdstuk 4 is uiteen gezet dat de Verenigde Staten een dergelijk *check-the-box* systeem hanteert. Een keuzestelsel zoals dit Amerikaanse systeem bestaat helaas niet in Nederland en de introductie van een dergelijk systeem is in Nederland is niet op korte termijn te verwachten. Daarom zou de OVBA ofwel als zelfstandig lichaam belast worden of wel aangemerkt worden als een transparante vennootschap. In hoofdstuk 7 bespreek ik uitgebreid welke classificatie de OVBA binnen het bestaande Nederlandse fiscale regime zou kunnen krijgen.

6.9 Afsluiting; de Nederlandse OVBA

Een Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid zou in het Nederlandse vennootschapsrecht geïntroduceerd kunnen worden. Mijn

453. Verordening op de beroepsaansprakelijkheid 1991.
454. Nadere voorschriften inzake de continuïteit van de beroepsuitoefening door de openbaar-accountant.
455. Verordening Beroeps- en gedragsregels en Reglement beroepsaansprakelijkheid 2004.
456. Zie hiervoor: paragraaf 6.6.7.

voorstel voor een dergelijke rechtsvorm omvat de volgende invulling. De personenvennootschap met beperkte aansprakelijk krijgt als 'OVBA' een plek in de toekomstige Titel 7.13, waardoor het een subvorm van de openbare vennootschap wordt. De rechtsvorm is een op samenwerking gerichte rechtsvorm, waarin het persoonlijke kenmerk centraal staat. Door de integratie in het Wetsvoorstel Titel 7.13 kunnen OVBA-vennoten terugvallen op de regels die daarin zijn opgenomen. Voor de nieuwe rechtsvorm worden extra artikelen aan het Wetsvoorstel Titel 7.13 toegevoegd en modelovereenkomsten worden beschikbaar gesteld. De rechtsvorm kan gebruikt worden voor zowel het beroep als het bedrijf. De OVBA heeft rechtspersoonlijkheid. Zowel de oprichting van een OVBA als verkrijging van beperkte aansprakelijkheid door de OV en de OVR, is mogelijk. Afhankelijk van de keuze van de wetgever over het vereiste van een notariële akte voor de OVR, geschiedt dit (bij voorkeur) zonder of (eventueel) met een notariële akte. Mijns inziens dient het vereiste van de notariële akte voor de OVR geschrapt te worden, waardoor het ook niet meer voor de OVBA zou gelden. De notaris dient alleen de naam, de zetel en het doel van de vennootschap in de notariële akte op te nemen en is niet verplicht zich te bemoeien met de vennootschapsovereenkomst, behalve dat hij dient te checken dat in de overeenkomst is opgenomen dat de vennootschap een rechtspersoon is. Daarnaast is de notariële akte geen verzekering dat de inbreng daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Verder zou de notariële akte volgens de minister ertoe moeten dienen dat de deelnemers aan het rechtsverkeer geïdentificeerd kunnen worden. Om de OVBA voldoende identificeerbaar te maken kan geopteerd worden voor een systeem dat uit het handelsregister blijkt of de vennoten overeenstemming hebben over of de vennootschap wel of niet beperkte aansprakelijkheid heeft. Daarnaast bevat mijn voorstel een inschrijfverplichting voor de OVBA om al hetgeen de vennootschapsovereenkomst bevat ter bepaling van de rechten van derden in te schrijven in het handelsregister. Voor de OVBA betekent dit dat naast de afspraken over de vertegenwoordigingsbevoegdheid, ook de afspraken tussen de vennoten onderling over de aansprakelijkheidsregeling ingeschreven moeten worden en kenbaar dienen te zijn voor derden met wie de OVBA zaken doet. Daarnaast moet uit het register blijken dat het gaat om een OVBA, dat de OVBA de vereiste verzekering heeft afgesloten en wie de vennoten zijn. Deze vereisten bieden een voldoende identificatie van de OVBA en haar vertegenwoordigers. Een notariële akte voor de oprichting van een OVBA zou daarom niet noodzakelijk zijn. De formaliteiten en vereisten bij de OVBA dienen echter niet minder te zijn dan die bij de OVR, en bij de OVR is vooralsnog een notariële akte nodig. Dit betekent dat ook voor de OVBA het passeren van een notariële akte als vereiste voor de oprichting moet gelden.

De vennootschapstructuur van de OVBA sluit aan bij hetgeen al is opgenomen in het Wetsvoorstel Titel 7.13. Hiervoor zijn geen extra bepalingen nodig. Dat

geldt wel voor de aansprakelijkheidsregels. Er dient een beperking van de aansprakelijkheid opgenomen te worden voor zowel vorderingen uit onrechtmatige daad als voor die uit wanprestatie. Aansprakelijkheid van een vennoot blijft wel bestaan voor de daden die aan hem kunnen worden toegerekend. Dit zijn eigen daden, daden van de personen over wie hij controle en supervisie heeft en daden waarbij verwacht had mogen worden dat de vennoot zou hebben ingegrepen. Bovendien blijven de vennoten aansprakelijk voor de verbintenissen die de vereffenaar is aangegaan. Verder kunnen de vennoten niet intern aansprakelijk gehouden worden voor het verlies van de vennootschap, als dit verlies is ontstaan door verbintenissen van de vennootschap waarvoor de OVBA-vennoten *niet* extern aansprakelijk zijn. Voor de aansprakelijkheid bij omzetting en uittreding wordt aangesloten bij de regeling van het Wetsvoorstel Titel 7.13. Wijziging van de onderling afgesproken aansprakelijkheidsregels kan alleen plaatsvinden met toestemming van alle vennoten, tenzij de vennoten hier iets anders zijn overeengekomen. Crediteuren kunnen bij de OVBA bescherming vinden door het mechanisme van de *creditor self help*, de wet, de regels die zich in de rechtspraak over de BV rondom *wrongful trading* en vermogensonttrekkingen hebben ontwikkeld en de voor de OVBA gestelde verzekeringsplicht. De beschermingsregels die van toepassing zouden zijn op de OVBA kunnen door de mogelijk verschillende invullingen van de vennootschapsovereenkomsten leiden tot diverse vorderingsgronden en wel of geen aansprakelijkheid. Derhalve is voorgesteld om een specifieke aansprakelijkheidsregel te introduceren voor vermogensonttrekkende handelingen. Deze OVBA-uitkeringsregel houdt in dat vennoten of derden die belast zijn met het bestuur van de vennootschap aansprakelijk kunnen zijn voor uitkeringen indien de vennootschap door of ten tijde van de uitkering niet instaat is haar opeisbare verplichtingen te voldoen. De OVBA-vennoot moet zich een oordeel vormen over de vermogenspositie van de vennootschap om dit omslagpunt vast te stellen. Het oordeel moet worden gevormd aan de hand van de solvabiliteit, de liquiditeit en de rentabiliteit van de vennootschap. Het criterium voor de vaststelling van aansprakelijkheid is een objectieve maatstaf. Dit houdt in dat de vennoot die als een redelijk denkend en handelende vennoot op basis van de beschikbare informatie tot een redelijk en onderbouwd oordeel is gekomen over de geoorloofdheid van de uitkering en zich daarnaast rekenschap heeft geven van de belangen van schuldeisers, geen aansprakelijkheid riskeert voor de door hem verrichtte of ontvangen uitkeringen. Zowel de besturende vennoten en de derden die zijn belast met het bestuur als de niet-besturende vennoten kunnen aansprakelijk zijn. Aansprakelijkheid bestaat in de vergoeding van het tekort dat door de uitkering ontstaat. Eerst dient de ontvangende vennoot aangesproken te worden. Indien deze geen verhaal biedt, zal de vennoot die tot de uitkering heeft besloten aansprakelijk gesteld moeten worden. Bij een uitkeringsbepaling in de vennootschapsovereenkomst die bepaalt dat geen uitkeringsbesluit nodig is, zijn bij een ongeoorloofde uitkering alle vennoten

aansprakelijk. Een minimumkapitaal en openbaarmaking van een jaarverslag worden niet wenselijk geacht als extra waarborgen voor de schuldeisers, gelet op de geringe effectiviteit voor degenen waarvoor het bedoeld is.

Naast de oprichting van de OVBA en de verkrijging van beperkte aansprakelijkheid door de OV (in combinatie met de verkrijging van rechtspersoonlijkheid) en de OVR, kan in het voorstel ook een OVBA ontstaan door de omzetting van een BV omgezet in een OVBA. Deze acties kunnen ook in omgekeerde richting plaatsvinden. Dat betekent dat de OVBA haar beperkte aansprakelijkheid kan opgeven, al dan niet met het tegelijkertijd opgeven van rechtspersoonlijkheid, en daarnaast kan een OVBA zich in een BV omzetten. Voor de omzetting van een OVR in een OVBA is een daarop gerichte overeenkomst tussen de vennoten vereist. De belangen van de uittredende vennoten worden via de normale regelingen over uittreding beschermd en de vennoten blijven 5 jaar na de omzetting aansprakelijk voor de ten tijde van de verkrijging van de beperkte aansprakelijkheid bestaande verplichtingen. Voor de omzetting is een notariële akte benodigd, maar geen rechterlijke machtiging. Ten slotte dient inschrijving in het handelsregister plaats te vinden. Bij de omzetting van een BV in een OVBA is wel een rechterlijke machtiging verplicht en geldt een verzetrecht. Alhoewel de kans bestaat dat het verzetrecht in het Wetsvoorstel Titel 7.13 een dode letter wordt, kan van dit recht ook een preventieve werking uitgaan waardoor het uiteindelijk niet benut hoeft te worden. Ten slotte gelden alle regels die van toepassing zijn op de BV-OVR omzetting ook bij de BV-OVBA omzetting. Voor de omzetting van een OVBA in een OVR gelden de normale uitreedregels voor de vennoten die omwille van de omzetting besluiten uit het samenwerkingsverband te stappen. De aansprakelijkheid van de vennoten die bestaat voor de omzetting blijft bestaan na de omzetting. Ook geldt een verzetrecht omdat bij de OVR de OVBA-uitkeringsregel niet meer geldt en ook geen verzekeringsplicht meer bestaat. Een notariële akte is vereist. Op de omzetting van een OVBA in een OV zijn dezelfde eisen van toepassing als die van de OVBA-OVR omzetting. Door verlies van de rechtspersoonlijkheid gelden daarnaast de regels voor de inbreng van de goederen in de goederenrechtelijke gemeenschap en gaan de verplichtingen van de rechtspersoon over op de vennoten. Voor de omzetting van een OVBA in een BV gelden dezelfde regels van Wetsvoorstel Titel 7.13 als die gelden voor de omzetting van een OVR in een BV.

6.10 Conclusie

Nederland heeft van oudsher de reputatie van een land met een gunstig vestigings- en ondernemingsklimaat. Naast de belastingwetgeving en factoren als de werknemerspopulatie, speelt het ondernemingsrecht daarbij een belangrijke rol. Door

de toenemende globalisering en opkomende Europese jurisdictionele competitie staat het Nederlandse ondernemingsrecht onder druk. Om een concurrerende juridische infrastructuur te blijven aanbieden heeft de minister van Justitie een moderniseringstraject van zowel het BV-recht als het personenvennootschapsrecht ingezet. Uitgangspunt was tegemoetkoming aan de behoeften van kleine ondernemingen, met inachtneming van de belangen van derden. Het MKB, dat voor een groot gedeelte de rechtsvorm van de BV aanneemt om bescherming tegen aansprakelijkheid te hebben, ondervindt problemen door de dwingendrechtelijke aard van het BV-recht. De duale orgaanstructuur kan zorgen voor een suboptimale vennootschapstructuur, als geen sprake is van een scheiding tussen degenen die het eigenaarbelang bezitten en degenen die de vennootschap besturen. De BV heeft een institutioneel karakter ten opzichte van de op samenwerking gerichte personenvennootschappen. Daarnaast worden de vele formaliteiten als lastig ervaren. Beoefenaren van het vrije beroep worden onder het bestaande recht gedwongen bepaalde constructies te ontwikkelen om opgewassen te zijn tegen de toenemende aansprakelijkstellingen. Hierbij gaat de vrijheid om de interne organisatie naar eigen wens in te richten echter verloren en zijn zij gebonden aan de (bezwarende) verplichtingen van het kapitaalvennootschapsrecht. Naast de aansprakelijkheid speelt de belasting een rol bij de rechtsvormkeuze. De Nederlandse belastingwetgeving streeft naar een globaal gelijke belastingdruk voor rechtsvormen met en zonder rechtspersoonlijkheid. Onder omstandigheden kan de kwalificatie van fiscaal transparant lichaam gunstiger zijn dan de belastingheffing onder de vennootschapsbelasting. Dit is onder andere afhankelijk van de winst, de mate waarin deze wordt inhouden, dan wel wordt uitgedeeld, de ondernemersfaciliteiten en de vorm van de participanten (natuurlijk persoon of rechtspersoon).

De herziening van het vennootschapsrecht heeft vooralsnog niet geleid tot de ontwikkeling van een nieuwe rechtsvorm, maar heeft zich geconcentreerd op het wegnemen van knelpunten en lacunes in het bestaande vennootschapsrecht. De voorgestelde vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht is behoudend. Het BV-recht blijft dwingend recht en de duale orgaanstructuur blijft daarnaast behouden. Onder het nieuwe personenvennootschapsrecht wordt de aansprakelijkheid van vennoten zelfs vergroot. Om aan de wensen van het MKB en de beoefenaren van het vrije beroep tegemoet te komen en niet achter te lopen bij de rest van de Europese lidstaten, is het wenselijk dat de Nederlandse wetgever een nieuwe rechtsvorm in het ondernemingsrecht opneemt. Deze rechtsvorm zal op de Amerikaanse LLP met *full shield*-aansprakelijkheid moeten lijken. Dat betekent dat bescherming wordt geboden aan 'onschuldige' vennoten voor vorderingen op grond van onrechtmatige daad als op grond van wanprestatie. Hierbij blijft de vennoot die een (beroeps)fout maakt zelf aansprakelijk als ook de vennoten die deze (beroeps)fout hadden kunnen voorkomen. Vennoten blijven daarnaast aansprakelijk voor (beroeps)fouten verricht door personen die onder

hun supervisie staan. De nieuwe rechtsvorm zal als OVBA onderdeel moeten worden van het voorgestelde personenvennootschapsrecht, zodat regelend recht centraal staat maar de mogelijkheid van terugval op het personenvennootschapsrecht wordt geboden. Extra bepalingen voor de OVBA zullen aan het Wetsvoorstel Titel 7.13 toegevoegd moeten worden. De vennootschap zal rechtspersoonlijkheid verwerven en is gericht op samenwerking op voet van gelijkheid. De belangen van schuldeisers kunnen worden beschermd door het introduceren van een specifieke uitkeringsregel, en daarnaast door andere wettelijke regels, de rechtspraak die zich in het kader van *wrongful trading* heeft ontwikkeld en ten slotte het mechanisme van *creditor self help*. Vrijwillige schuldeisers kunnen zelf zorgen voor bescherming, door het afdwingen van garanties in de contractuele relatie. Het verplicht stellen van een aansprakelijkheidsverzekering kan er verder aan bijdragen dat er voldoende verhaal is voor onvrijwillige schuldeisers. Een minimumkapitaal en openbaarmaking van een jaarverslag worden niet wenselijk geacht, gelet op de geringe effectiviteit voor degenen waarvoor het bedoeld is.

Het herziene personenvennootschapsrecht met deze nieuwe rechtsvorm en daarnaast het nieuwe BV-recht zullen gezamenlijk zorgen dat in de behoeften van het MKB en het vrije beroep wordt voorzien. Het MKB dat een duale orgaanstructuur wenst kan kiezen voor de meer flexibele en vereenvoudigde BV. Het MKB dat meer vrijheid wenst in de inrichting van de interne organisatie, maar tegelijkertijd ook de bescherming van beperkte aansprakelijkheid wil genieten, kan kiezen voor de nieuwe rechtsvorm. Voor de beoefenaren van het vrije beroep zal door de OVBA een rechtsvorm ter beschikking staan die aansluit bij het karakter van de activiteiten terwijl zij tegelijkertijd verlost worden van de problemen die zij momenteel door de onbeperkte persoonlijke aansprakelijkheid ondervinden. De belangen van de schuldeisers zullen door de voorgestelde bescherming in voldoende mate worden behartigd.

Hoofdstuk 7. Fiscale classificatie van de OVBA

7.1 Inleiding

De Nederlandse fiscale wetgeving maakt een onderscheid tussen vennootschappen die zelfstandig belastingplichtig zijn en vennootschappen die als fiscaal transparante entiteit worden behandeld.[1] Aan dit onderscheid zijn veel consequenties verbonden, zoals onder andere het belastingtarief, gebruik van ondernemersfaciliteiten, verliesverrekening en fiscale behandeling van bedrijfsopvolging. Ondanks dat het verschil in belastingdruk tussen de te onderscheiden rechtsvormen minder groot is geworden, spelen sommige van deze consequenties in de praktijk een belangrijke rol bij de rechtsvormkeuze.[2] De (fiscale) aantrekkelijkheid van de Nederlandse openbare vennootschap met beperkte aansprakelijkheid hangt derhalve sterk af van de keuze die de fiscale wetgever zou kunnen maken over de classificatie van deze nieuwe rechtsvorm.

De kernvraag van dit hoofdstuk is daarom: *Hoe zou de Nederlandse OVBA fiscaal geclassificeerd kunnen worden?* Indeling van de OVBA in de categorie vennootschapsbelastingplichtigen of in de categorie transparante vennootschappen is ten eerste afhankelijk van de criteria die de wetgever voor indeling in een van deze twee categorieën heeft opgesteld. De overwegingen op basis waarvan de huidige fiscale onderverdeling tot stand is gekomen, zijn daarbij van belang. Om een antwoord te kunnen geven op de vraag in welke categorie de OVBA valt, besteed ik daarom allereerst aandacht aan de deelvraag: *Wat zijn de rechtsgrondslagen*[3] *van de vennootschapsbelasting en de criteria aan de hand waarvan wordt bepaald of een Nederlandse vennootschap onder de vennootschapsbelasting valt, dan wel dat de vennootschap tot de categorie transparante vennootschappen behoort*? Naast Nederlandse vennootschappen kunnen ook bepaalde buitenlandse entiteiten of de participanten daarvan, gehouden zijn om aan de Nederlandse overheid belasting te betalen. Deze

1. Zie hiervoor: paragraaf 6.6.
2. Vgl: Kempen, M.L.M. van (2000a), 'De fiscale behandeling van vennoten in personenvennootschappen in de Wet inkomstenbelasting 2001', TFO 2000/51, blz. 195-216.
3. Onder grondslagen zijn in dit verband te verstaan redenen die de huidige vennootschapsbelasting zouden rechtvaardigen. Vergelijk: J.A.G. van der Geld (2007), 'Hoofdzaken vennootschapsbelasting', Deventer: Kluwer, blz. 18.

buitenlandse entiteiten dienen derhalve ook ingedeeld te worden in een van de twee categorieën. De criteria aan de hand waarvan bijvoorbeeld de Britse LLP's en de LLP's uit de diverse Amerikaanse staten geclassificeerd worden, kunnen aanvullend inzicht geven in de mogelijke fiscale behandeling van de OVBA. De classificatie van buitenlandse rechtsvormen vloeit echter niet expliciet voort uit de Nederlandse belastingwetgeving en kan op verschillende manieren plaatsvinden. In het kader hiervan beantwoord ik de deelvraag: *Op welke wijze wordt de fiscale classificatie van buitenlandse rechtsvormen vastgesteld?* Voor de beantwoording van deze vraag bespreek ik ten eerste de classificatiemethode van buitenlandse rechtsvormen die door de staatssecretaris van Financiën is opgesteld. De rechter is niet gebonden aan de uitkomst van deze methode. Ik bespreek daarom ook een belangrijke uitspraak over de classificatie van buitenlandse rechtsvormen, zodat tevens de criteria die de Nederlandse rechter toepast, aan bod komen. Ten slotte kan de toekomstige fiscale behandeling van de openbare vennootschap (met rechtspersoonlijkheid) meer aangrijpingspunten geven voor de vaststelling van de mogelijke OVBA-classificatie. Ik pas de besproken vereisten en overwegingen, die ten grondslag liggen aan huidige wijze van classificatie van rechtsvormen, toe op de OVBA. Hierbij geef ik aan welke classificaties van de OVBA mogelijk zouden zijn. De invulling die ik in het vorige hoofdstuk aan de OVBA rechtsvorm heb gegeven, is daarbij leidinggevend. Ik sluit het hoofdstuk af met de classificatie van de OVBA die mijns inziens het meest gewenst is en in het verlengde daarvan de noodzakelijke wijziging van het Nederlandse belastingregime.

7.2 Zelfstandige belastingplichtigen

De vennootschapsbelasting is een directe belasting, die bij wege van aanslag wordt geheven naar de winst van lichamen.[4] Dit is de winst van een objectieve onderneming die niet aan ondernemers/natuurlijke personen kan worden toegerekend. Er is sprake van een dubbele heffing indien er uitkeringen worden gedaan aan de aandeelhouders. Eerst vennootschapsbelasting over de gehele winst en daarna inkomstenbelasting over het door de aandeelhouders ontvangen dividend. Voor het selecteren van de vennootschappen die onder de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 ('**Wet Vpb 1969**') vallen, gaat de fiscale wetgeving uit van het begrip 'lichaam'. Deze aanduiding heeft weinig materiële betekenis.[5] Een definitie van het begrip 'lichaam' is niet door de wetgever gegeven. Artikel 1 Wet Vpb 1969 wijst als subjectieve belastingplichtigen aan

4. Hofstra, H.J. en R.E.C.M. Niessen (2002), 'Inleiding tot het Nederlands belastingrecht', Deventer: Kluwer, blz. 208.
5. Goosen, H.P.J. (1991), 'Belastingplicht in de vennootschapsbelasting', FED Fiscale brochures, Deventer: FED, blz. 9.

de lichamen die in artikelen 2 en 3 Wet Vpb 1969 als binnenlandse en buitenlandse belastingplichtigen worden genoemd.[6] De lijst van vennootschappen bevat een limitatieve opsomming zodat er buiten deze lijst geen entiteiten zijn die vennootschapsbelasting verschuldigd zijn. De lijst bestaat voornamelijk uit expliciet benoemde rechtsvormen uit het Nederlands Burgerlijk Wetboek. Selectie vindt derhalve in overwegende mate plaats op de voor de onderneming gebezigde rechtsvorm.[7]

7.2.1 Binnenlandse belastingplichtigen

7.2.1.1 Rechtspersonen

De wetgever sluit voor indeling in de categorie vennootschapsbelastingplichtigen in de eerste plaats aan bij de privaatrechtelijke wetgeving. Indien een vennootschap in die laatste wetgeving wordt gekwalificeerd als rechtspersoon, is de vennootschap als 'lichaam' zelfstandig belastingplichtig.[8] Een definitie van het begrip 'rechtspersoon' is echter net als het begrip 'lichaam' niet in de wetgeving te vinden.[9] Evenmin vindt men een opsomming van elementen waaraan in elk geval moet zijn voldaan wil men van rechtspersoon in de zin van Boek 2 BW spreken. Ten slotte zijn ook de rechtsgevolgen van het rechtspersoon-zijn niet anders dan summier geregeld.[10] Kern van de in Boek 2 BW verankerde gedachtegang is dat de wetenschappelijke vraag wat een rechtspersoon is moet worden onderscheiden van de positiefrechtelijke vraag welke lichamen als rechtspersoon hebben te gelden.[11] Derhalve is de voorkeur gegeven om in de artikelen 1 t/m 3 van Boek 2 BW een opsomming van de vennootschappen te geven die als rechtspersoon hebben te gelden. De publiekrechtelijke rechtspersonen en de kerkgenootschappen en hun zelfstandige onderdelen zijn opgenomen in respectievelijk artikel 2:1 en artikel 2:2 BW. De privaatrechtelijke rechtspersonen staan in artikel 2:3 BW. Dit zijn verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen,

---

6. In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp van de Wet op de vennootschapsbelasting 1960 (*Kamerstukken II*, 1959-1960, 6 000, nr. 3, blz. 17) staat als toelichting: *'Het in dit artikel gebezigde woord "lichamen" dient hier als verzamelbegrip voor alle belastingplichtigen van de vennootschapsbelasting'*.
7. Vgl: Verburg, J. (2000), 'Vennootschapsbelasting', Deventer: Kluwer, blz. 10.
8. Vgl: Kempen, M.L.M. van (1999a), 'Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen', Deventer: Tjeenk Willink, blz. 31.
9. Evenmin is een omschrijving van het begrip 'rechtspersoonlijkheid' gegeven.
10. Schilfgaarde, P. van (1974a), 'De vennootschap volgens het ontwerp B.W.', Preadvies uitgebracht voor de Vereeniging 'Handelsrecht', Zwolle: Tjeenk Willink, blz. 17.
11. Vgl: Zeben, C.J. van, Parlementaire Geschiedenis Boek 2 blz. 14, P. van Schilfgaarde (1979), 'Rechtspersonen: Algemeen deel', Deventer: Kluwer, blz. 1 en 7 en *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 476, B, blz. 3.

besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en stichtingen. De bepaling is limitatief in de zin dat het niet ter vrije bepaling van (rechts)personen is om eigensoortige organisaties met rechtspersoonlijkheid in het leven te roepen. Andere lichamen hebben alleen rechtspersoonlijkheid wanneer deze buiten Boek 2 om door de wetgever wordt toegekend,[12] dan wel uit de voor hen geldende regeling rechtspersoonlijkheid kan worden geconcludeerd.[13] Dit wordt ook wel aangeduid met het gesloten stelsel van rechtspersonen.[14]

Stichtingen en verenigingen, die zoals gezegd rechtspersonen zijn, vallen echter slechts onder de vennootschapsbelasting indien en voorzover zij een onderneming drijven of geacht worden een onderneming te drijven.[15] Uitzondering op de subjectieve belastingplicht van rechtspersonen zijn verder het EESV en straks de OVR en de CVR. Deze vennootschappen classificeren ondanks het bezit van rechtspersoonlijkheid fiscaal als transparant. Buitenlandse rechtspersoonlijkheid bezittende entiteiten, die hun zetel in Nederland hebben, kunnen uit hoofde van artikel 2 lid 1 sub e Wet Vpb 1969 ook onder de vennootschapsbelasting vallen.[16] Indien zij een in aandelen verdeeld kapitaal hebben dan vallen de entiteiten onder artikel 2 lid 1 sub a Wet Vpb 1969 ("… andere vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal"). Voor de vraag of de entiteiten als rechtspersonen worden aangemerkt, moet worden gekeken naar het buitenlandse recht. Een materiële beoordeling van de buitenlandse regels dient derhalve plaats te vinden. Hoe de entiteit in het land van oprichting fiscaal geclassificeerd wordt, heeft geen betekenis voor de Nederlandse classificatie.[17]

7.2.1.2 Rechtspersoonachtigen

Naast de rechtspersonen zijn er ook 'rechtspersoonachtigen' die belastingplichtig zijn onder de Wet Vpb 1969. Onder andere open commanditaire vennootschappen,[18] andere vennootschappen waarvan het kapitaal geheel of

12. Voorbeelden hiervan zijn het EESV, de SE en onder het nieuwe personenvennootschapsrecht de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid.
13. Schilfgaarde, P. van (1979), *supra* noot 11, blz. 1.
14. *Kamerstukken II*, 1984-1985, 17 725, nr. 7, blz. 13: *'Of er behalve de categorieën genoemd in de artikelen 1-3 van Boek 2 BW nog andere soorten rechtspersonen bestaan is betwist. Bij de overgangswet is in elk geval het overgrote deel van de destijds bestaande "losse" rechtsvormen ondergebracht bij verenigingen of stichtingen overeenkomstig de regels van boek 2, en nieuwe soorten rechtspersonen zullen buiten de wettelijke regels om niet meer kunnen worden opgericht'.*
15. Artikel 2 lid 1 sub e jo. artikel 4 Wet Vpb 1969.
16. *Kamerstukken II*, 1962-1963, 6 000, nr. 9, blz. 8.
17. Hof 's Gravenhage 14 juli 1981, *BNB* 1982/264.
18. Artikel 2 lid 1 sub a Wet Vpb 1969.

ten dele in aandelen is verdeeld[19] en fondsen voor gemene rekening[20] worden als zelfstandig lichaam belast. De overeenkomst tussen deze lichamen is dat de participaties vrij verhandelbaar zijn.[21]

7.2.2 Buitenlandse belastingplichtigen

Andere vennootschapsbelastingplichtige zijn de in artikel 3 Wet Vpb 1969[22] genoemde vennootschappen die naar buitenlands recht zijn opgericht en hun vestigingsplaats hebben buiten Nederland,[23] maar die wel Nederlands inkomen genieten.[24] Het lijkt dat de wetgever bij de invoering van artikel 3 Wet Vpb 1969 heeft beoogd om voor de buitenlandse belastingplicht dezelfde tweedeling in de onderdelen a en b neer te leggen als geldt voor de binnenlandse belastingplicht, namelijk tussen rechtspersonen enerzijds en niet-rechtspersonen met vrij overdraagbare participaties anderzijds.[25] Dit zou betekenen dat naar buitenlands recht opgerichte personenvennootschappen met rechtspersoonlijkheid of zonder rechtspersoonlijkheid, maar met vrij overdraagbare participaties, vennootschapsbelastingplichtig zouden zijn. Dit is echter door de jurisprudentie[26] en een besluit van de staatssecretaris van Financiën[27] genuanceerd. De daarin opgenomen classificatiemethode dient ertoe te bepalen hoe de buitenlandse vennootschappen zou kunnen worden geclassificeerd: fiscaal transparant of als zelfstandig belastingplichtig lichaam.[28] Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat de classificatie in grofweg twee stappen wordt uitgevoerd.[29] De eerste stap is de vaststelling van de relevante juridische kenmerken van het buitenlandse

19. Artikel 2 lid 1 sub a Wet Vpb 1969.
20. Artikel 2 lid 1 sub f Wet Vpb 1969.
21. Bij het fonds voor gemene rekening wijkt deze overeenkomst iets af doordat in het geval vervreemding uitsluitend kan plaatsvinden aan het fonds zelf of aan bloed- of aanverwanten in de rechte lijn, de bewijzen niet als verhandelbaar worden aangemerkt.
22. Artikel 3 Wet Vpb 1969.
23. Het verschil tussen binnenlandse en buitenlandse belastingplichtigen is primair afhankelijk van de vestigingsplaats van het potentieel belastingplichtige lichaam.
24. Voor buitenlandse belastingplichtige is het heffingsobject beperkt tot het inkomen uit Nederlandse bron.
25. Stevens, A.J.A. (2008b), 'Enige internationaalrechtelijke, fiscale aspecten van het Wetsvoorstel titel 7.13 BW', TFO 2008/95, blz. 21-26.
26. Hof Amsterdam 4 januari 1995, nr. 93/1467, Infobulletin 1995/315 (Franse SNC) en HR 2 juni 2006, nr. 40919, BNB 2006/288 (US LLC).
27. Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M.
28. Deze vraag van classificatie is ook aan de orde bij een buitenlands samenwerkingsverband met vestigingsplaats in Nederland, echter dan speelt de vraag naar de binnenlandse belastingplicht. Zie: A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens (2008), 'Internationaal Belastingrecht', Deventer: Kluwer, blz. 144.
29. Graaf, A.C.G.A.C. de, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens (2008), *supra* noot 28, blz. 144.

samenwerkingsverband aan de hand van het buitenlandse civiele recht. Vervolgens wordt op basis van de gevonden juridische kenmerken een vergelijkbaar Nederlands samenwerkingsverband gezocht. De classificatie van dit overeenkomende Nederlandse verband zal dan vervolgens ook de classificatie van het buitenlandse verband worden. Classificatieproblemen ontstaan indien er geen Nederlandse equivalent is. In dat geval kan de classificatie aan de hand van de criteria van het besluit van de staatssecretaris van Financiën worden vastgesteld (deze criteria worden besproken in paragraaf 7.7). Codificatie van de methode heeft echter nog niet plaatsgevonden en de rechter is er niet aan gebonden. De methode kan evenwel inzicht geven in de tweedeling van vennootschappen die vennootschapsbelastingplichtig zijn en vennootschappen waarvan de winst direct wordt toegerekend aan de participanten, en daarnaast in hoe, tegen de achtergrond daarvan, de OVBA kan worden geclassificeerd.

7.3 De classificatie van de OVBA

De vennootschapsbelasting sluit dus voor de identificatie van belastingplichtige lichamen in eerste instantie aan bij de rechtspersoonlijkheid. Aangezien de OVBA rechtspersoonlijkheid zou bezitten, zou een letterlijke interpretatie van artikel 2 lid 1 sub e Wet Vpb 1969 ertoe hebben geleid dat de OVBA subjectief belastingplichtig zou zijn, indien en voor zover zij een onderneming drijft. Echter, ook artikel 7:804 Wetsvoorstel Titel 7.13 zou voor de OVBA gelden. Door artikel 7:804 Wetsvoorstel Titel 7.13 wordt, zover niet anders blijkt, in wettelijke bepalingen buiten Titel 7.13 met het begrip 'rechtspersonen' niet mede gedoeld op openbare vennootschappen met rechtspersoonlijkheid.[30] De grondslag voor deze bepaling is volgens de wetgever gelegen in het specifieke karakter van de rechtspersoonlijkheid van de openbare vennootschappen en het feit dat zonder deze bepaling de OVR fiscaal anders behandeld zou worden dan de OV. Dit werd ongewenst geacht. De beoogde effecten van de civielrechtelijke regeling mochten niet doorkruist worden door de fiscale regelgeving.[31] De rechtspersoonlijkheid van de nieuwe openbare vennootschap werd als minder 'hard' beschouwd dan die van de rechtspersonen uit Boek 2 BW.[32] De normatieve inhoud van het begrip rechtspersoon is in Titel 7.13 beperkt tot de gelijkstelling van de vennootschap, wat het vermogensrecht betreft, met de natuurlijke persoon (artikel 7:802 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13). De andere kenmerkende elementen van de categorie rechtspersonen, zoals met name

30. Zie ook: *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 065, nr. 3, blz. 1-2.
31. De rechtspersoonlijkheid heeft wel gevolgen voor de overdrachtsbelasting.
32. Vgl: Bellingwout, J.W. (2007), 'Invoering titel 7.13 BW: enkele internationale fiscale aspecten', WFR 2007/833, blz. 833-839.

neergelegd in de algemene bepalingen van Boek 2 BW, zijn buiten toepassing verklaard.[33] De minister motiveert dit door te stellen dat de algemene bepalingen, die zijn geschreven voor de in Boek 2 BW behandelde 'institutionele' rechtspersonen in het algemeen niet goed passen bij de in deze titel geregelde vennootschap met rechtspersoonlijkheid, *die in de eerste plaats door de overeenkomst wordt beheerst'*.[34] Het negeren van de rechtspersoonlijkheid via artikel 7:804 Wetsvoorstel Titel 7.13 leidt niet zonder meer tot fiscale transparantie.[35] De minister van Justitie heeft hier rekening mee gehouden door het opnemen van een nieuw artikel in de Wet IB 2001. Het voorgestelde artikel 3.7 Wet IB 2001 dient ertoe de fiscale transparantie uitdrukkelijk te regelen en zorgt voor een gelijkstelling van de OVR/CVR met de OV/CV.[36] In de vennootschapsbelastingwetgeving zal het nieuwe artikel 8 lid 3 Wet Vpb worden opgenomen dat artikel 3.7 Wet IB 2001 van overeenkomstige toepassing verklaart. Hierdoor worden ook bij de toepassing van de Wet Vpb 1969 bij een OVR en bij daarmee vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen, de bezittingen en de schulden alsmede de opbrengsten en de uitgaven toegerekend aan de vennoten.

Aangezien de OVBA een species van het genus openbare vennootschap zou zijn, en de rechtspersoonlijkheid, zoals uit het bovenstaande blijkt, niet in de weg staat aan de classificatie als een transparante entiteit, zou de OVBA op eenzelfde wijze behandeld kunnen worden. Een nadere beschouwing van de beweegredenen van de minister van Justitie om de OVR en de CVR niet onder de vennootschapsbelasting te laten vallen, lijken echter roet in het eten te gooien. De minister beargumenteerd zijn keuze voor transparantie van de OVR/CVR door te stellen dat de rechtspersoonlijkheid van openbare vennootschappen een wezenlijk ander karakter heeft dan die van de BV en de NV. Hij zegt hierover: *'Hèt belangrijke kenmerk van de personenvennootschap blijft evenwel onverminderd overeind: de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten. In dat opzicht is er een groot verschil met de rechtsvormen van de BV en de NV, die beide gekenmerkt worden door een beperkte aansprakelijkheid van de aandeelhouders'*.[37] Ook in de classificatiemethode voor buitenlandse entiteiten die ik

33. Blanco Fernández, J.M. (2003), 'De rechtsubjectiviteit van de openbare vennootschap', WPNR 03/6549, blz. 752-759.
34. *Kamerstukken II,* 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 10.
35. Vgl: *Kamerstukken II,* 2006-2007, 31 065, nr. 5, blz. 3.
36. *Kamerstukken II,* 2006-2007, 31 065, nr. 3, blz. 35-36 en vergelijk: J.W. Bellingwout (2007), *supra* noot 32, blz. 833-839.
37. *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 065, nr. 3, blz. 35 en *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 065, nr. 5, blz. 5. Ook in *Kamerstukken I*, 2006-2007, 28 746, E, blz. 15 staat: *'De personenvennootschap is met haar persoonlijke aansprakelijkheid en contractuele fundering iets heel anders dan de BV die kapitaalvennootschap blijft met beperkte aansprakelijkheid'.*

bespreek in paragraaf 7.7, heeft de rechtspersoonlijkheid als criterium aan kracht verloren en is de nadruk op de aansprakelijkheid komen te liggen. Deze motivering van de minister en de rol van de aansprakelijkheid in de classificatiemethode leveren een probleem op voor de rechtvaardiging van de classificatie van de OVBA als een transparante entiteit. In de OVBA zou de aansprakelijkheid van de vennoten juist wel beperkt zijn. De hoofdelijke aansprakelijkheid is echter niet het enige wezenskenmerk dat behouden blijft bij de OVR en de CVR. De minister benadrukt dat de OVR en de CVR ook het karakter van een samenwerkingsverband als wezenskenmerk behouden. Verder is, ondanks dat de rechtspersoonlijkheid er enerzijds toe zal leiden dat de vennootschap als rechtssubject wordt erkend, deze rechtspersoonlijkheid volgens de memorie van toelichting vooral geïntroduceerd om de goederenrechtelijke aspecten van de samenwerking te vereenvoudigen.[38] Deze laatste twee kenmerken, het karakter van een samenwerkingsverband en de rechtspersoonlijkheid die vooral gericht is op de goederenrechtelijke gevolgen, zouden in tegenstelling tot de onbeperkte aansprakelijkheid, wel bij de OVBA aanwezig zijn.

De vraag rijst wat de verhouding is tussen de kenmerken[39] die door de minister zijn aangehaald om de fiscale transparantie voor de OVR en de CVR te rechtvaardigen. Is de onbeperkte aansprakelijkheid van de vennoten van doorslaggevende betekenis, of is het karakter van een samenwerkingsverband in overwegende mate bepalend voor de fiscale classificatie? De uitspraken van de minister van Justitie bieden niet voldoende aangrijpingspunten om tot een goed onderbouwde beslissing te komen over de indeling van de OVBA in de categorie transparante entiteiten of niet-transparante entiteiten. De aspecten die bij de totstandkoming van de wet op de vennootschapsbelasting zijn aangedragen als rechtvaardiging van een subjectieve belastingplicht kunnen hierbij uitkomst bieden. De vragen die hierbij rijzen, zijn onder andere: Wat is de rechtsgrond van de vennootschapsbelasting? Waarom gebruikt de fiscale wetgever het criterium 'rechtspersoon' voor de subjectieve belastingplicht? Welke reden ligt ten grondslag aan de keuze van de wetgever om ook de in artikel 2 en 3 Wet Vpb 1969 genoemde rechtsvormen aan de groep vennootschapsbelastingplichtige entiteiten toe te voegen? Extra achtergrond bij de onderscheiden criteria, door de identificatie van de grondslagen van en redenen voor de vennootschapsbelasting, kan tezamen met de huidige wetgeving en rechtspraak ondersteuning bieden bij de vaststelling van de OVBA-classificatie.

38. *Kamerstukken II,* 2006-2007, 31 065, nr. 3, blz. 2.
39. De kenmerken zijn: (1) het karakter van de samenwerkingsovereenkomst blijft behouden, (2) rechtspersoonlijkheid is alleen gericht op goederenrechtelijke aspecten en (3) de hoofdelijke aansprakelijkheid van de participanten blijft onderdeel van de OVR.

7.4 De rechtsgronden van de Vpb

Belastingbeginselen zijn beginselen die ten grondslag liggen aan het huidige belastingrecht en het bestaan daarvan rechtvaardigen. Het zijn naar hun aard rechtsbeginselen voorzien van een economische lading.[40] Over welke grondslagen de vennootschapsbelasting legitimeren, bestaat nauwelijks eenstemmigheid. Sterker nog, de rechtsgronden zijn in de kamerstukken nauwelijks naar voren gebracht.[41] De vennootschapsbelasting was er nu eenmaal.[42] Daarbij kwam dat in het verleden was gebleken dat de vraag naar de rechtsgrond van de vennootschapsbelasting een bij uitstek controversiële was, zodat er aan de kant van de regering weinig animo bestond zich aan principiële beschouwingen te wagen.[43] Het is hierdoor twijfelachtig of er überhaupt een eenduidige rechtsgrond bestaat voor het huidige onderscheid tussen transparante maatschappen, VOF's en CV's enerzijds en zelfstandig belastingplichtige kapitaalvennootschappen anderzijds.[44] Wel heeft de wetgever te kennen gegeven dat uit de verschillende theorieën gedachten voortvloeien die samen een rechtvaardiging van de vennootschapsbelasting kunnen vormen. *'De opvatting dat uit de verschillende theorieën bouwstenen kunnen worden verkregen, die tezamen de heffing aanvaardbaar kunnen maken, kunnen de ondergetekenden dan ook onderschrijven'*.[45] De theorieën kunnen eveneens inzicht geven op basis van welke kenmerken door de fiscale wetgever een onderscheid wordt gemaakt tussen rechtsvormen voor de verschillende heffingen.[46] In de paragrafen 7.4.1-7.4.3 bespreek ik een aantal van deze theorieën.

7.4.1 Het buitenkansbeginsel

Het buitenkansbeginsel wordt ook wel het beginsel van bevoorrechte verkrijging genoemd. Het beginsel staat toe om ten laste van de aandeelhouders een speciale belastingdruk op de overwinst te leggen. Deze overwinst is het deel

---

40. Verdoner, L.A. (1999), 'Belastingbeginselen en internationaal belastingrecht', MBB 1999/11, blz. 383-388.
41. Vgl: Litjens, F.P.J. (1985), 'Het stelsel van aftrek primair rendement in de vennootschapsbelasting', WFR 1985/5668, blz. 109-118.
42. *Kamerstukken II*, 1962-1963, 6 000, nr. 9, blz. 1.
43. Verburg, J. (2000), *supra* noot 7, blz. 1.
44. Kempen, M.L.M. van (1999b), 'Verslag van de vergadering van de Vereeniging 'Handelsrecht' van 6 november 1998 over vraagpunten en adviezen over titel 13 van Boek 7 inzake de personenvennootschappen', Deventer: Tjeenk Willink, blz. 24.
45. *Kamerstukken II*, 1962-1963, 6 000, nr. 9, blz. 2.
46. In de parlementaire behandeling is ook wel betoogd: *'Dat de beoordeling van de vraag of men met gelijke belastingplichtigen te doen heeft, niet alleen gericht kan worden op de juridische facetten. Veeleer zal men aandacht moeten schenken aan de wezenselementen van de ondernemingsvorm en deze moeten interpreteren op de grondslagen welke men voor de belastingheffing aanlegt'*. Zie: *Kamerstukken II*, 1968-1969, 6 000, nr. 19, blz. 6.

van de ondernemerswinst, dat de som overtreft van de beloning voor ondernemersarbeid, de interest over het in de onderneming geïnvesteerde kapitaal en een risicopremie voor de kans op kapitaalverlies.[47] Sommigen zien het buitenkansbeginsel als een solide rechtsgrond voor de vennootschapsbelasting. De aandeelhouder van een NV of BV die overwinst maakt, bevindt zich namelijk in een bevoorrechte positie ten opzichte van de aandeelhouder van een NV of BV, die geen overwinst maakt. Ook heeft hij een bijzondere positie ten opzicht van een obligatiehouder. Anderen vinden echter dat het beginsel geen rechtvaardiging vormt voor een heffing zoals in het huidige vennootschapsbelastingstelsel.[48] Het argument dat (dubbele) belastingheffing rechtvaardig is omdat een aandeelhouder die overwinst ontvangt een bevoorrechte positie heeft, is voor de tweedeling tussen vennootschapsbelastingplichtigen en transparante vennootschappen niet relevant. Het wel of niet ontvangen van overwinst maakt geen onderscheid tussen (niet-transparante) kapitaalvennootschappen aan de ene kant en (transparante) personenvennootschappen aan de andere kant. Het buitenkansbeginsel maakt derhalve niet duidelijk op welke gronden die verdeling is gebaseerd.

7.4.2 De leer van het globale evenwicht

De leer van het globale evenwicht rechtvaardigt een aparte vennootschapsbelasting om een globaal evenwicht in belastingdruk te bewerkstelligen. De fiscale gevolgen van de rechtsvorm hebben zodoende geen invloed op de keuze voor een rechtsvorm. Het globale evenwicht houdt in dat de som van de vennootschapsbelasting en de contante waarde van de inkomstenbelasting over uitgekeerd dividend en nog niet uitgedeelde vennootschapswinst, ongeveer gelijk is aan de progressieve inkomstenbelasting die een ondernemer/natuurlijk persoon over zijn winst betaalt.[49] De dubbele druk op de dividenden speelt in deze theorie een belangrijke rol, aangezien hiermee de gelijke belastingdruk wordt beoogd. Zonder deze dubbele heffing kon namelijk de belastingheffing over de gereserveerde winst worden uitgesteld. De mogelijkheid tot het verschuiven van inkomen die daardoor ontstaat, leidt met name bij ondernemingswinsten tot uiterst onredelijke gevolgen.[50] De wetgever overwoog hieromtrent: *'Zo wordt door de hier aan het woord zijnde leden onder meer – en de ondergetekenden kunnen hen daarin volgen – de voorkoming van ongewenste verstoringen aan concurrentie-verhoudingen tussen particuliere ondernemingen en n.v.'s als argument van de onderhavige belasting aangevoerd'*.[51] De

47. Litjens, F.P.J. (1985), *supra* noot 41, blz. 109-118.
48. Litjens, F.P.J. (1985), *supra* noot 41, blz. 109-118.
49. Cnossen, S. (1979), 'Grondslagen en stelsels van vennootschapsbelasting in de EG', MBB 1979/7-8, blz. 281-299.
50. Vgl: Goosen, H.P.J. (1991), *supra* noot 5, blz. 12.
51. *Kamerstukken II*, 1962-1963, 6 000, nr. 9, blz. 2.

regering meende met de vennootschapsbelasting een dam op te werpen tegen het verschijnsel dat een massale emigratie naar de sector van de rechtspersonen zou worden geïnspireerd door overwegingen van fiscale aard.[52]

In de literatuur is geconcludeerd dat het fundament van de globale evenwichtsgedachte inhoudelijk te zwak is om als bestaansreden voor de vennootschapbelasting te fungeren.[53] De idee van het globale evenwicht raakt niet de kern van de verhouding vennootschapsbelasting-inkomstenbelasting omdat zij niet onafhankelijk van de maatstaf en het tarief is gedefinieerd.[54] Er is slechts een evenwichtspunt bij een bepaalde grootte van de winst. Dat evenwichtspunt kan slechts globaal berekend worden, maar dat is toch iets heel anders dan een globaal evenwicht.[55] De leer van het globale evenwicht verklaart ook niet waarom de winst van personenvennootschappen (met natuurlijke personenvennoten) in beginsel in het inkomstenbelastingregime wordt betrokken, terwijl voor kapitaalvennootschappen het vennootschapsbelastingregime toepasselijk is.[56] Deze leer geeft hierdoor niet een dieper inzicht in de achterliggende redenen van de tweedeling. De rechtvaardiging van de vennootschapsbelasting is binnen de evenwichtstheorie gelegen in de functie van de vennootschapsbelasting. Deze belasting dient de vlucht naar fiscaal aantrekkelijkere rechtsvormen te voorkomen. Dit argument is echter al gebaseerd op een scheiding van vennootschappen die transparant zijn, waarbij de winst als winst uit onderneming aan de vennoten zelf wordt toegerekend, en vennootschappen die niet transparant zijn en waarin dit dus niet het geval is.

7.4.3 Antropomorfe visie – draagkrachtbeginsel

In de antropomorfe visie is het argument ten gunste van een zelfstandige, niet met de inkomstenbelasting verrekenbare, vennootschapsbelasting gelegen in de verzelfstandiging van de entiteit, die een eigen leven leidt los van de personen van de aandeelhouders.[57] Aan deze zelfstandigheid kan het draagkrachtbeginsel worden

52. Vgl: Verburg, J. (2000), *supra* noot 7, blz. 27. Zie ook: *Kamerstukken II*, 1958-1959, 5 380, nr. 3, blz. 15. De wetgever overwoog: *'Meer gepreciseerd is de betekenis van deze belasting hierin gelegen, dat het fiscale regime voor de sectoren van de bedrijvige rechtspersonen en van de persoonlijke ondernemingen in haar geheel een zeker evenwicht bereikt, een toestand waarbij als meer algemeen verschijnsel wordt voorkomen dat, aangelokt door een overwegend gunstiger positie, belangrijke aantallen ondernemingen die, naar haar aard en omvang beoordeeld, bepaaldelijk niet in aanmerking zouden moeten komen om in de vorm van een naamloze vennootschap te worden georganiseerd, naar de sector van de rechtspersonen emigreren'. Kamerstukken II*, 1958-1959, 5 380, nr. 3, blz. 16.
53. Cnossen, S. (1979), *supra* noot 49, blz. 281-299.
54. Cnossen, S. (1979), *supra* noot 49, blz. 281-299.
55. Rensema, J. (1976), 'Fiscale winst en draagkracht van zelfstandigen', Deventer: Kluwer, blz. 15.
56. Kempen, M.L.M. van (1999a), *supra* noot 8, blz. 83.
57. Zie: Hofstra, H.J. en R.E.C.M. Niessen (2002), *supra* noot 4, blz. 117.

gekoppeld. Dit beginsel veronderstelt een meetbaarheid van ieders draagkracht, waarvan een gelijk percentage wordt weggenomen. Na deze ingreep houdt iedereen een eveneens gelijk percentage van zijn oorspronkelijke draagkracht over.[58] Aanhangers van deze visie zijn van mening dat vennootschappen een eigen draagkracht hebben. Deze visie is in de Tweede wereldoorlog van Duitse zijde geïntroduceerd en heeft ten grondslag gelegen aan het besluit Vpb 1942.[59] In de leidraad Vpb 1942 staat: *'De vennootschapsbelasting is voor de lichamen, wat de inkomstenbelasting voor de natuurlijke personen is'*.[60]

7.5 Zelfstandigheid en rechtspersonen bekeken vanuit de wetgever

Het belang van het zijn van een zelfstandige entiteit wordt in de parlementaire geschiedenis voornamelijk besproken vanuit het oogpunt van de NV.[61] Deze rechtsvorm heeft van oudsher een centrale plaats ingenomen in het belastingstelsel en heeft een prominente rol gespeeld bij het ontwerp van de vennootschapsbelasting. De wetgever concludeert dan ook dat de benaming 'vennootschapsbelasting' de voorkeur heeft als benaming voor de belasting om de volgende reden: *'Deze naam sluit het nauwst aan bij die van de rechtsvorm van het overgrote deel, zowel in aantal als in belangrijkheid, van de belastingplichtigen: de naamloze vennootschappen'*.[62] De zelfstandigheid van de NV naast haar aandeelhouders werd door de fiscale wetgever gekoppeld aan het bezit van rechtspersoonlijkheid. Zo stelt de wetgever: *'Bij alle n.v.'s vertonen zich kenmerken welke aspecten vormen van de scheiding tussen onderneming en aandeelhouders, een scheiding die haar neerslag vindt in het aanmerken van deze n.v. als afzonderlijke rechtspersoon'*.[63] Vervolgens heeft de fiscale wetgever aangegeven welke materiële kenmerken zijns inziens

58. Verdoner, L.A. (1999), *supra* noot 40, blz. 383-388.
59. Geld, J.A.G. van der (2007), *supra* noot 3, blz. 19.
60. Leidraad Vpb 1942, paragraaf 1, onderdeel 3.
61. *'Daarbij mag niet worden vergeten dat het bestaan van de n.v. uit tweeërlei fiscale gezichtshoek kan worden bezien. Enerzijds vertoont zich de n.v. als een afgezonderd, van de aandeelhouders gescheiden stuk bedrijvigheid. Het bestaan van de zo sterke zelfstandigheidaspecten vertonende n.v. leidt tot een situatie die zich wezenlijk onderscheidt van de particuliere onderneming. Anderzijds moet in het oog worden gehouden dat de resultaten van deze bedrijvigheid – zij het minder direct en minder adequaat dan bij de particuliere onderneming – toekomen aan de aandeelhouders. De gecombineerde heffing van een afzonderlijke vennootschapsbelasting doet zowel uit materieel als uit technisch oogpunt recht aan deze twee aspecten, mits uiteraard de druk van de vennootschapsbelasting niet zo hoog of zo laag is dat ten opzichte van particuliere ondernemingen een onevenwichtige situatie zou bestaan'.* Zie: *Kamerstukken II*, 1962-1963, 6 000, nr. 9, blz. 2.
62. *Kamerstukken II*, 1962-1963, 6 000, nr. 9, blz. 5.
63. *Kamerstukken II*, 1962-1963, 5 380, nr. 19, blz. 22.

daarmee gepaard gaan: *'Gedacht kan hierbij worden aan de beperkte aansprakelijkheid tegenover schuldeisers, de regelingen tot bescherming van het vermogen en de gemakkelijke overdraagbaarheid van de onderneming of een gedeelte daarvan'*.[64] Voorts breidt de wetgever deze reeks van kenmerken uit op het moment dat hij benadrukt dat het bovenstaande ook geldt voor de besloten NV: *'(...) het vorenstaande geldt toch ook voor de besloten n.v. Ook deze gedraagt zich met haar aandeelhouders in het maatschappelijke verkeer als een afzonderlijke eenheid, terwijl ook haar vermogen en winst administratief en reëel gescheiden zijn van het vermogen en inkomen van de aandeelhouders'*.[65]

Uit het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat de fiscale wetgever bij het ontstaan van de vennootschapsbelasting de rechtvaardiging heeft gebaseerd op de rechtspersoonlijkheid van een entiteit die gepaard gaat met een bepaalde zelfstandigheid. Deze zelfstandigheid is aan specifieke kenmerken te herkennen en kan onderscheiden worden in twee vormen: (1) de zelfstandigheid van de vennootschap (kenmerk is afzonderlijke eenheid in het rechtsverkeer); en (2) de zelfstandigheid van de deelnemers, de kapitaalverschaffers (kenmerken zijn de gemakkelijke overdraagbaarheid van de aandelen en de beperkte aansprakelijkheid). Het vermogensaspect heeft hierbij een overkoepelende functie (kenmerken zijn respectievelijk het zelfstandige vermogen en de afgescheiden winst, en daarnaast de kapitaalbeschermingsregels, waarbij een integratie met de eerder genoemde kenmerken plaatsvindt). Voor de classificatie van de OVBA komt de vraag op in hoeverre deze kenmerken bij de OVBA aanwezig zullen zijn.

In de volgende paragrafen worden de kenmerken die bij de totstandkoming van de vennootschapsbelasting in de parlementaire geschiedenis zijn benadrukt, verder uitgewerkt. Eerst bekeken vanuit de uitgangspunten en overwegingen van de (fiscale) wetgever, de invulling daaraan in de rechtspraak en de wetgeving, daarna nader beschouwd in het licht van de maatschappelijke werkelijkheid, de toekomstige wetgeving en de OVBA. Daarnaast onderzoek ik of de kenmerken van de zelfstandig belastingplichtige vennootschappen ook daadwerkelijk onderscheidende kenmerken zijn ten opzichte van de kenmerken van entiteiten die fiscaal transparant zijn, en hoe deze kenmerken zich openbaren binnen de groep van vennootschapsbelastingplichtigen. Ten slotte bespreek ik hoe de OVBA geclassificeerd zou kunnen worden indien gebruik wordt gemaakt van de classificatiemethode voor buitenlandse entiteiten en de criteria die in de jurisprudentie zijn ontwikkeld. Ik sluit af met de fiscale classificatie van de OVBA zoals die mijns inziens binnen de huidige belastingwetgeving mogelijk zou zijn en de classificatie van de OVBA die ik wenselijk acht.

---

64. *Kamerstukken II*, 1962-1963, 5 380, nr. 19, blz. 22.
65. *Kamerstukken II*, 1962-1963, 5 380, nr. 19, blz. 22.

7.5.1 Zelfstandigheid van de vennootschap

De NV was na de tweede wereldoorlog de ondernemingsvorm waarmee kapitaalintensieve ondernemingen voor de uitgebreide financieringsbehoeften een beroep konden doen op een ruime kring van beperkt aansprakelijke personen. De rechtsvorm bood het voordeel dat zij voor haar interne en externe financiering niet afhankelijk was van de wisselingen in de financiële positie van degenen die het aandelenkapitaal hadden verschaft en zorgde daarnaast voor een grote waarborg voor de zelfstandigheid en het voortbestaan van de onderneming.[66] In de parlementaire geschiedenis wordt derhalve over de NV gesproken als een entiteit die een *'verschijningsvorm is van een juridisch en economisch zelfstandige onderneming, welke haar bestaan in het maatschappelijke verkeer leidt los van de persoon van de individuele kapitaalverschaffer'*.[67] Daarnaast wordt ook wel gesteld dat de NV *'een stuk eigen leven leidt (...) naast de aandeelhouder'*.[68] Volgens de leer van de volledige realiteit komt de zelfstandigheid erop neer dat rechtspersonen organische verbanden zijn, die als zodanig een eigen bestaan leiden, tot een eigen wilsvorming komen en mitsdien, op dezelfde wijze als natuurlijke personen aan het rechtsleven kunnen deelnemen.[69] Toekenning van rechtspersoonlijkheid wordt dan ook wel toegepast om tot uitdrukking te brengen dat de rechtsbetrekkingen die een bepaalde groepering tot stand brengt in bepaalde opzichten, als een los van de leden van de groep te denken eenheid optreedt en als zodanig drager van rechten en plichten kan zijn.[70] De rechtspersoon had een eigen rechtssubjectiviteit waardoor de vennootschap zelf juridisch eigenaar kon zijn van het vermogen en dit vermogen was als zodanig zelfstandig. De aandeelhouders en hun privé-crediteuren konden niet over dit vermogen beschikken en waren in goederenrechtelijke zin niet medegerechtigd tot het vermogen. Als gevolg hiervan viel de winst hun ook niet rechtsreeks toe en was er sprake van een afgescheiden winst. Derhalve was een toerekening daarvan aan de aandeelhouders niet gerechtvaardigd uit het oogpunt van de draagkracht. Bij de personenvennootschappen was er volgens de wetgever

---

66. *Kamerstukken II*, 1958-1959, 5 380, nr. 3, blz. 15.
67. *Kamerstukken II*, 1959-1960, 5 380, nr. 9, blz. 16. Op bladzijde 3 van *Kamerstukken II*, 1962-1963, 6 000, nr. 9, staat hierover: *'Zoals hierboven en in paragraaf 6 van de nota inzake de algemene herziening is betoogd, dient bij de belastingheffing niet uit het oog worden verloren dat de maatschappelijke verschijningsvorm van de n.v. zich duidelijk onderscheidt van die van de particuliere onderneming door het stuk eigen leven, dat de n.v. leidt naast de aandeelhouder'*.
68. *Kamerstukken II*, 1962-1963, 6 000, nr. 9, blz. 3.
69. Schilfgaarde, P. van (1979), *supra* noot 11, blz. 8-9.
70. Vgl: Schilfgaarde, P. van (1974b), 'De rechtspersoonlijkheid van de openbare vennootschap volgens het ontwerp B.W.', WPNR 74/5251, blz. 113-119. Bij arrest van HR 9 januari 1942, *NJ* 1942, 302 oordeelde de Hoge Raad dat een rechtspersoon *'aan het rechtsleven moet kunnen deelnemen op gelijke voet als anderen en ook derden zoveel mogelijk tegenover haar in gelijke positie moeten staan als tegenover natuurlijke personen'*.

geen sprake van een afgescheiden winst. In de volgende paragrafen bespreek ik eerst het zelfstandige vermogen, waarna ik aandacht besteed aan de afgescheiden winst.

7.5.1.1 Zelfstandig vermogen

De rechtsubjectiviteit komt in belangrijke mate tot uiting in artikel 2:5 BW: *'[E]en rechtspersoon staat, wat het vermogensrecht betreft, met een natuurlijk persoon gelijk, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit'*.[71] Dit wordt ook wel gezien als het voornaamste rechtsgevolg van het rechtspersoon-zijn. De vennootschap is zelf juridisch eigenaar en rechthebbende van het vennootschapsvermogen en is derhalve bevoegd om door middel van haar vertegenwoordigers hierover te beschikken. Doordat het vermogen van rechtspersonen eigendom is van de vennootschap zelf, bestaat er een scheiding tussen het privé-vermogen van de kapitaalverschaffers en het vennootschapsvermogen. Het vermogen van de één kan niet worden toegerekend aan de ander. Schulden van de één kunnen niet worden verhaald op de ander.[72] Meijers bevestigde dit door in de toelichting op het ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek als twee meest typerende eigenschappen van een rechtspersoon te noemen *'een afgescheiden vermogen met eigen aansprakelijkheid en een eigen bestaan, en een doel dat niet aan het bestaan en de belangen van individueel bepaalde personen gebonden is'*.[73] Het vermogen van de rechtspersoon staat wel ter beschikking aan zaakscrediteuren als verhaalsobject. Maar dus niet aan de individuele aandeelhouders en hun privé-crediteuren. Desalniettemin zegt men wel dat de aandeelhouders tezamen 'economisch eigenaar' zijn van het vermogen van de vennootschap.[74] Een aandeel is een recht terzake van het vermogen van de vennootschap dat als zodanig hoort tot het vermogen van de aandeelhouder. Het aandeel van deze aandeelhouders is evenwel geen goederenrechtelijk aandeel in de goederen van de NV of de BV.[75] Uittreding of toetreding heeft geen verandering in het vermogen tengevolge. De participant hoeft in die gevallen niet, zoals bij de (huidige) personenvennootschappen, de aan hem behorende goederen in de afzonderlijke tot de gemeenschap te

71. Vgl: Schilfgaarde, P. van (1979), *supra* noot 11, blz. 1.
72. Zwemmer, J.W. (1982), 'De betekenis van de rechtspersoonlijkheid in het fiscale recht (I)', TVVS nr. 82/1, blz. 1-5.
73. Toelichting van E.M. Meijers op het ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek, blz. 121. Eveneens weergegeven in C.J. van Zeben, *supra* noot 11, blz. 17. De door Meijer gekozen benadering wordt ook wel gezien als een voortvloeisel van de benadering dat de rechtspersoon een rechtssubject is.
74. Schilfgaarde, P. van (2009), 'Van de BV en de NV', Deventer: Kluwer, nr. 32, blz. 120.
75. Tervoort, A.J.S.M. (2003d), 'De nieuwe wettelijke regeling inzake personenvennootschappen', NJB 2003/8, blz. 362-370 en vergelijk: A.L. Mohr (2003b), 'Goederenrechtelijke aspecten van de "openbare vennootschap"', WPNR 03/6524, blz. 213-218.

leveren. De levering van het aandeel door middel van een daartoe bestemde akte alleen, voldoet.

7.5.1.2 Zelfstandig vermogen en de OVBA

De OVBA zou door de rechtspersoonlijkheid onder de nieuwe wettelijke regeling (net als de OVR) drager van rechten en plichten zijn. Aangezien artikel 7:802 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 mede van toepassing zou zijn op de OVBA, zou via dit artikel vervolgens het artikel 2:5 BW ook voor de OVBA gelden. Hieruit zou volgen dat het vermogen privaatrechtelijk aan de OVBA toebehoort, voor zover dit in volle 'eigendom' door de vennootschap is verworven.[76] De vennoot van de OVBA zou dan wel een aandeel in de vennootschap hebben. In het kader van de OVR is veel onduidelijkheid geweest over de precieze betekenis van dit 'aandeel'. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het geen aandeel in het vermogen van de vennootschap is: *'Bij de vennootschap met rechtspersoonlijkheid behoren de ingebrachte goederen toe aan de vennootschap zelf: er is derhalve geen vennootschappelijke gemeenschap met de vennoten als deelgenoten en er bestaan dan ook geen aandelen daarin'*.[77] Op het eerste gezicht lijkt dat de situatie bij de OVR dan ook identiek zou zijn aan de situatie bij een kapitaalvennootschap. Schijn bedriegt echter.[78] Het aandeel van de vennoten in een OVR moet volgens de minister namelijk worden onderscheiden van het aandeel in een kapitaalvennootschap.[79] Het aandeel van elk der vennoten vormt een vermogensrecht van eigen aard en moet worden onderscheiden van de economische deelgerechtigdheid in de vennootschap.[80] Het is de (middellijke) gerechtigdheid van de vennoten tot de goederen van de vennootschap. Dit aandeel dient, als een vennoot uit de

76. Vgl: Tervoort, A.J.S.M. (2003d), *supra* noot 75, blz. 362-370.
77. *Kamerstukken II,* 2006-2007, 28 746, E, blz. 13-14.
78. Germann, J. en Y. van der Tempel (2007), 'Het nieuwe overdrachtsregime voor contractuele samenwerkingsvormen', WPNR 07/6723, blz. 778-795.
79. *Kamerstukken II,* 2006-2007, 31 065, nr. 3, blz. 34.
80. *Kamerstukken II,* 2003-2004, 28 746, nr. 5, blz. 4. Met de term 'economische deelgerechtigdheid' wordt de economische waarde bedoeld die de deelneming van de vennoot in de vennootschap heeft. Dit is de waarde die de vennoot bij zijn uittreden of bij vereffening van de vennootschap krijgt toebedeeld. Het is niet goederenrechtelijk bepaald, maar reflecteert de obligatoire aanspraak in geld die een vennoot heeft op de vennootschap c.q. de gezamenlijke vennoten (zie: *Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 746, nr. 5, blz. 7). De vennootschapsovereenkomst is bepalend voor de waarde van de aanspraak. Indien een bepaling hierover ontbreekt, dan wordt de waarde bepaald door de inbreng van de vennoot en de wijze waarop hij deelt in de winsten en verliezen (HR 3 mei 1968, *NJ* 1968, 267). In de parlementaire geschiedenis is door wetgever expliciet aangegeven dat de werking van dit arrest, het Otten-arrest, zijn werking na invoering van Titel 7.13 blijft behouden. Zie: *Kamerstukken I,* 2005-2006, 28 746, D, blz. 6.

vennootschap treedt, te worden geleverd aan de overblijvende vennoten dan wel aan degene die hem als vennoot opvolgt.[81] Behoudens deze gevallen kan een vennoot niet beschikken over zijn aandeel in de vennootschap.[82] Ook zijn schuldeisers kunnen zijn aandeel niet uitwinnen. Het blijft echter onduidelijk wat het aandeel van een vennoot in de vennootschap precies inhoudt. Wel duidelijk is dat de vennoten ook hier niet over kunnen beschikken. Het vermogen van de OVR blijft zelfstandig. Bij de introductie van een OVBA zou het aandeel van de vennoten van een OVBA gelijk zijn aan het aandeel van de vennoten in een OVR. Het vermogen van de OVBA zou daardoor ook zelfstandig zijn. Het zelfstandig vermogen is, zoals uit het voorgaande is gebleken, een vorm van de verzelfstandiging van de vennootschap en daarmee een kenmerk van de categorie van niet-transparante entiteiten. De OVBA, zou door haar zelfstandige vermogen aansluiten bij deze categorie.

7.5.1.3 Zelfstandig vermogen en (toekomstige) personenvennootschappen

De vraag die vervolgens rijst is of het vermeende verschil tussen de personenvennootschappen (en straks de OV) en de NV en BV inzake het vermogen wel daadwerkelijk bestaat of dat de argumentatie van de wetgever gestoeld is op een verschil dat er eigenlijk niet is. Indien dit verschil niet bestaat, tast dit de rechtvaardiging van de scheidslijn tussen transparante en niet-transparante entiteiten aan. Voor de beantwoording van deze vraag dient allereerst de situatie bij de huidige personenvennootschappen onder de loep te worden genomen. De personenvennootschappen bezitten geen rechtssubjectiviteit. De vennootschap is: *'[D]e benaming van hare gezamenlijke leden in hun vennootschappelijk verband, welke leden de dragers van de rechten en verplichtingen van de vennootschap zijn'*[83] en in die zin niet meer dan een *nomen iuris* voor de vennoten.[84] Doordat een personenvennootschap geen rechtssubject is, dient een onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds het goederenrechtelijk aandeel van een vennoot in de goederen van de personenvennootschap en anderzijds het aandeel van een vennoot in het economisch vermogen van die vennootschap.[85] Bij een personenvennootschap bestaat een vennootschappelijke goederengemeenschap, die wordt gevormd door hetgeen de vennoten hebben ingebracht en hetgeen de vennootschap tijdens haar bestaan heeft verworven. Tenzij anders

81. *Kamerstukken II,* 2006-2007, 31 065, nr. 3, blz. 34.
82. Artikel 7:807 Wetsvoorstel Titel 7.13.
83. HR 20 maart 1914, *NJ* 1915, 148 en HR 8 april 1937, *NJ* 1937, 640.
84. Vgl: Blanco Fernández, J.M. (2003), *supra* noot 33, blz. 752-759.
85. Vgl: Asser-Maeijer 5-V, onder punt 155. Zie ook: P.R. Smits (1969), 'De externe gebondenheid van het vennootschapsvermogen; een studie betreffende vennootschapsgoederenrecht', Deventer: Kluwer, blz. 2-4.

blijkt zijn de vennoten voor een gelijk deel gerechtigd in deze gemeenschap.[86] De gemeenschap is gebonden. Dat betekent dat een vennoot niet over zijn aandeel in de afzonderlijke goederen en ook niet over zijn aandeel in de gemeenschap kan beschikken. Het economisch vermogen bestaat uit het saldo van de activa en passiva die op grond van de vennootschapsovereenkomst in economische zin toebehoren aan de vennootschap. Het bedrag waartoe ieder der vennoten in het vermogen van de vennootschap economisch deelgerechtigd is, wordt bepaald door de inhoud van de vennootschapsovereenkomst waarbij in het bijzonder van belang zijn de bepalingen die regelen wat hun toekomt bij liquidatie, uittreden of overlijden.[87]

Vóór 1889 was het verschil betreffende het vermogen tussen de kapitaalvennootschappen en de personenvennootschappen inderdaad aanwezig. Het was geldend recht, dat de personenvennootschap geen afgescheiden vermogen had.[88] De Hoge Raad aanvaardde echter bij arrest van 28 juni 1889, *W* 5735 de externe vermogensafscheiding bij de vennootschap onder firma. De vennootschappelijke goederengemeenschap vormde een zelfstandige en afgezonderde waarborg voor de vennootschapscrediteuren. Ook bij arrest HR 26 november 1897, *W* 7047 (het Boeschoten/Besier-arrest) oordeelde de Hoge Raad dat de vennootschap onder firma een afgescheiden vermogen bezat. In latere arresten heeft de Hoge Raad zijn visie gehandhaafd. Het vermogen wordt daarin door de Hoge Raad aangemerkt als een verhaalsobject voor de schuldeisers van de vennootschap.[89] Inmiddels wordt niet meer gediscussieerd over of het vermogen afgescheiden is. De afscheiding is algemeen aanvaard.[90] In de literatuur is naar aanleiding hiervan betoogd dat een personenvennootschap reeds door deze verzelfstandiging van het vermogen 'rechtspersoon' was.[91] Beargumenteerd is om het afgescheiden vermogen ook bij de openbare maatschap aan te nemen.[92] Of ook de stille maatschap een afgescheiden vermogen kan worden toegekend, is discutabel.[93] De Hoge Raad oordeelde in het arrest HR 4 januari

86. Asser-Maeijer 5-V, onder punt 160.
87. Vgl: Asser-Maeijer, 5-V, onder punt 157.
88. Vgl: Vroom, A.M. en J.P. Scheltens (1957), 'De commanditaire vennootschap in het private- en fiscale recht', Ars Notariatus IX, Haarlem: Tjeenk Willink, blz. 26.
89. HR 18 december 1959, *NJ* 1960, 121, HR 9 mei 1969, *NJ* 1969, 307 en HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 301 en vgl: Asser/Maeijer 5-V, onder punt 176.
90. Vroom, A.M. en J.P. Scheltens (1957), *supra* noot 88, blz. 26.
91. Raaijmakers, M.J.C.G. (2006), 'De toekomst van het ondernemersrecht: back tot basics', Ars Aequi 2006-11, blz. 792-804.
92. Asser/Maeijer 5-V, onder punt 182 en 186. Zie ook: *Kamerstukken II,* 2005-2006, 28 746, C, blz. 10.
93. Wezeman, J.B. (2007), 'Tussen contract en instituut: de personenvennootschap nieuwe stijl privaatrechtelijk belicht', MBB nr. 11, blz. 356-365.

1937, *NJ* 1937, 587 (Erik Schaaper) en in het arrest HR 3 februari 1956, *NJ* 1960, 120 (Hardy-arrest) dat bij een commanditaire vennootschap met een beherend vennoot geen vennootschappelijke gemeenschap ontstaat. Deze uitspraken zijn niet onomstreden geweest. In de literatuur is aangenomen dat ook bij een commanditaire vennootschap een afgescheiden vermogen bestaat.[94]

In de nieuwe wettelijke regeling is de regel dat de zaakschulden op de goederen van de vennootschappelijke gemeenschap kunnen worden verhaald, uitgebreid tot *alle* vennootschappen en neergelegd in artikel 7:806 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13. Hiermee wordt in samenhang met artikel 7:806 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13 bereikt dat de vennootschapsschuldeisers met betrekking tot de vennootschappelijke gemeenschap voorrang hebben boven de privé-schuldeisers van de vennoten. De privé-schuldeisers kunnen zich immers niet op die gemeenschap verhalen.[95] Volgens lid 2 is dit afgescheiden vermogen als waarborg voor crediteuren niet afhankelijk van wisselingen in het vennotenbestand na het ontstaan van de vennootschapsschuld.[96] Een personenvennootschap heeft vanwege de figuur van het afgescheiden vermogen toch bepaalde trekken van een rechtspersoon. Een personenvennootschap vertoont als gevolg hiervan een zekere eenheid in het rechtsverkeer.[97] Daarmee is ook de zelfstandigheid van de personenvennootschappen in het kader van het vermogen een gegeven. De Raad van State bevestigt dit en gaat zelfs nog een stapje verder door te stellen: *'[D]at ook de openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid een afgescheiden vermogen heeft en ten gevolge van haar organisatie en van de regeling van het lidmaatschap een zodanig van de vennoten geabstraheerd belang belichaamt, dat het vanuit een systematisch oogpunt verdedigbaar is niet de vennoten maar de vennootschap als eigenaar van het vermogen te beschouwen. In zoverre bestaat er geen verschil tussen de openbare vennootschap met en zonder rechtspersoonlijkheid'*.[98] De minster onderschrijft deze zienswijze niet en deelt evenmin de slotsom dat in zoverre geen verschil bestaat tussen de openbare vennootschap met en zonder rechtspersoonlijkheid.[99] Wel erkent de wetgever dat zich een ontwikkeling heeft afgetekend waarbij gaandeweg een zekere mate van verzelfstandiging van de samenwerkingsvorm optrad en waarbij zij in het juridische verkeer deelnam als een waarneembare entiteit.[100]

---

94. Asser/Maeijer 5-V, punt 411.
95. *Kamerstukken II,* 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 14-15.
96. Vgl: Tervoort, A.J.S.M. (2003d), *supra* noot 75, blz. 362-370.
97. Timmerman, L. (2000), 'Preadvies: Deel II Onderstromen in het privaatrechtelijke rechtspersonenrecht', NJV 2000, blz. 136.
98. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, B, blz. 4.
99. *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, B, blz. 4-5.
100. *Kamerstukken I,* 2006-2007, 28 746, E, blz. 7.

7.5.1.4 Conclusie zelfstandig vermogen

De OVBA zou ten aanzien van het zelfstandige vermogen niet van de rechtspersonen uit Boek 2 BW verschillen. Door het afgescheiden vermogen van de personenvennootschappen is het onderscheidende kenmerk van het zelfstandig vermogen niet meer zo onderscheidend als de fiscale wetgever ons doet voorkomen. Het verschil is daarom als zodanig te relativeren en vormt op zich zelf onvoldoende rechtvaardiging voor het onderscheid tussen transparante en niet-transparante entiteiten.

7.5.1.5 Afgescheiden winst

De wetgever heeft in het licht van de vennootschapsbelasting de zelfstandigheid van een entiteit in belangrijke mate gerelateerd aan de omstandigheid of er al dan niet sprake is van een afgescheiden winst. Geen afgescheiden winst is een winst die de deelnemer rechtstreeks toevalt. Bij een afgescheiden winst dient eerst een orgaan van de desbetreffende vennootschap te beslissen over uitdeling, alvorens de winst aan de deelnemers toevalt. Bij arrest van 7 juni 1939, B. 6925 (zie ook HR 31 december 1924, B. 3569), werd over het begrip 'lichaam' door de Hoge Raad beslist dat: *'(...) [O]nder deze laatste niet kan vallen eene vennootschap waarbij de gemaakte winst rechtstreeks aan de vennoten toekomt; dat toch in laatstgenoemd geval ieder der vennoten als natuurlijke persoon voor zijn deel in de winst aan de belasting onderworpen is'*. Bij de totstandkoming van de Wet Vpb 1969 schrijft de fiscale wetgever hierover: *'In deze zakelijk sfeer van gescheidenheid tussen ondernemer en kapitaalverschaffers presenteert zich de winst van de rechtspersoon als een zelfstandig eindresultaat van bedrijvigheid in het maatschappelijke verkeer. Dit financiële resultaat behoort aan de collectiviteit van veelal naamloze kapitaalverschaffers en alleen deze collectiviteit heeft hierover de volledige beschikkingsmacht. Tot de vennootschapswinst heeft de individuele aandeelhouder geen acces dan voor zover een uitdrukkelijke daad van de vennootschap, handelende door haar organen, hem een deel daarvan uitkeert en tot inkomen transformeert'*.[101] De wetgever zegt dus met andere woorden dat er bij een rechtspersoon sprake is van een afgescheiden winst. Dit in tegenstelling tot de winst van een vennootschap waarbij de kapitaalverschaffer tevens de ondernemer is. De wetgever vervolgt daarover: *'Bij de door natuurlijke personen gedreven ondernemingen bestaat de gescheidenheid van ondernemer en kapitaalverschaffers, welke kenmerkend is voor de naamloze vennootschap, niet. Aan de eigenaar van de onderneming, in wiens persoon de beide functies van ondernemer en kapitaalverschaffer zijn verenigd, valt het financiële resultaat van de onderneming rechtstreeks toe. In tegenstelling tot de individuele*

101. *Kamerstukken II*, 1959-1960, 5 380, nr. 9, blz. 16.

aandeelhouder heeft hij de volledige beschikkingsmacht over het vermogen en de winst van de onderneming'. [102] Uit deze laatste passage blijkt dat de fiscale wetgever het al dan niet rechtstreeks toevallen van de winst gekoppeld heeft aan de vraag aan wie het vermogen toebehoort. Bij de NV bestaat de beschikkingsmacht van de aandeelhouders over het vermogen volgens de wetgever niet omdat de vennootschap zelf de eigenaar van het vermogen is. Het gevolg is dat er voor de individuele aandeelhouders slechts een latente aanspraak op de winst ontstaat. Bij de personenvennootschappen bestaat deze beschikkingsmacht wel (het vermogen is van de vennoten). Deze opvatting wordt door de wetgever versterkt door zijn stelling dat: *'(...) [E]r juridisch, noch economisch verschil in de financiële betekenis is tussen de beschikkingsmacht van de eigenaar over het privé-vermogen en die over het ondernemingsvermogen'.*[103]

De rechtvaardiging van een vennootschapsbelasting in het licht van de (afgescheiden) winst is volgens de fiscale wetgever dan gelegen in het uitgangspunt dat het in strijd met de draagkrachtgedachte zou zijn om de winst, indien deze rechtstreeks toevalt aan een deelnemer, niet onder de inkomstenbelasting te brengen.[104] De draagkracht kon volgens de wetgever namelijk worden bepaald aan de hand van het inkomen. Het inkomen was: *'[H]et bedrag waarover iemand in een bepaald tijdvak kan beschikken ter voorziening in zijne levensbehoeften'.*[105] De winst die de ondernemer rechtstreeks toekomt en aan hem ter beschikking staat, beïnvloedt de draagkracht van de ondernemer direct, waardoor een inkomstenbelastingsheffing dus gerechtvaardigd is.[106] Doordat de individuele aandeelhouder van een NV volgens de wetgever geen directe beschikkingsmacht heeft, echter alleen een latente aanspraak op de winst, wordt daardoor zijn draagkracht niet vergroot. De winst hoort in die situatie volgens de wetgever toe aan de collectiviteit van kapitaalverschaffers, waardoor een objectieve vennootschapsbelasting op zijn plaats is. Pas op het moment dat de winst een andere maatschappelijke en financiële betekenis krijgt in de zin dat deze ter beschikking staat aan de individuele aandeelhouder, is een onderworpenheid aan een meer subjectieve maatstaf in de vorm van inkomstenbelasting gerechtvaardigd, omdat deze heffing dan op de individuele draagkracht afgestemd is.[107] De omstandigheid dat de fiscale winst als object voor de persoonlijke ondernemingen en voor de lichamen praktisch gesproken

102. *Kamerstukken II*, 1959-1960, 5 380, nr. 9, blz. 16.
103. *Kamerstukken II*, 1959-1960, 5 380, nr. 9, blz. 16.
104. *Kamerstukken II*, 1959-1960, 5 380, nr. 9, blz. 16 en *Kamerstukken II*, 1962-1963, 5 380, nr. 19, blz. 22-23.
105. *Kamerstukken II*, 1911-1912, 144, nr. 3, blz. 17.
106. Zie onder andere: *Kamerstukken II*, 1962-1963, 5 380, nr. 19, blz. 22.
107. *Kamerstukken II,*1959-1960, 5 380, nr. 9, blz. 16.

op gelijke wijze wordt berekend is niet van belang.[108] In de parlementaire geschiedenis is ook beargumenteerd dat een gelijke fiscale benadering van vennootschappen wordt verhinderd door de verschillende sferen, waarin de winsten van de natuurlijke personen en die van rechtspersonen gedijen. De NV wordt geplaatst in een commerciële sfeer, die veelal door puur zakelijke motieven wordt beheerst in plaats van door individuele behoeften van haar leden. De wetgever heeft aangegeven dat het daarom voor de hand ligt de winst van de NV als een eenheid te belasten naar een meer objectieve maatstaf, belichaamd in een vennootschapbelasting die geen rekening houdt met de individuele aandeelhouders.[109]

7.5.1.6 Afgescheiden winst en de OVBA

De OVBA zou zelfstandig rechthebbende van het vermogen zijn. Hierdoor zou de OVBA op grond van de bovenstaande redenering van de wetgever een afgescheiden winst hebben en zou de OVBA aansluiten bij de niet-transparante entiteiten. Kijken wij echter wat verder dan blijkt dat iedere vennoot uit hoofde van artikel 7:816 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13 na de vaststelling van de balans en de staat van baten en lasten, recht op uitkering van zijn deel in de winst zou hebben, tenzij bij of krachtens de overeenkomst van vennootschap anders is bepaald. Een uitdelingsbesluit zou dan niet vereist zijn en er zou geen sprake zijn van een afgescheiden winst. Het laatste gedeelte van artikel 7:816 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13 leidt er echter toe dat van de regeling kan worden afgeweken in de vennootschapsovereenkomst. Deze overeenkomst kan diverse voorzieningen inhouden, bijvoorbeeld uitkering van een bepaald percentage of, eventueel krachtens de overeenkomst, bepaling van de omvang van de uitkering telkens door de gezamenlijke vennoten of bij meerderheidsbesluit. Indien het aandeel in de winst niet of niet volledig wordt uitgekeerd, zou door bijboeking van het niet uitgekeerde gedeelte op de kapitaalrekening van de betreffende vennoot diens inbreng worden verhoogd.[110] Door deze reservering zou de individuele vennoot van een OVBA uit hoofde van artikel 7:807 Wetsvoorstel Titel 7.13 niet kunnen beschikken over dat gereserveerde deel. Een directe beschikkingsmacht zoals de fiscale wetgever bij personenvennootschappen voor ogen stond zou in dat geval dan ook niet aanwezig zijn. De OVBA zou in die situatie weer aansluiten bij het kenmerk van een afgescheiden winst van de vennootschapsbelastingplichtige lichamen. Het is dus niet eenduidig te stellen of de winst wel of niet rechtstreeks zou toevallen aan de vennoten van de OVBA.

---

108. *Kamerstukken II,* 1959-1960, 5 380, nr. 9, blz. 17.
109. *Kamerstukken II*, 1958-1959, 5 380, nr. 3, blz. 16.
110. *Kamerstukken II,* 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 25.

7.5.1.7 Afgescheiden winst en (toekomstige) personenvennootschappen

De vraag rijst hoe het toevallen van de winst geregeld is bij de maatschap, VOF, CV en de toekomstige OV en of er daadwerkelijk wel een verschil bestaat tussen deze rechtsvormen en de vennootschapsbelastingplichtigen. Valt de winst bij deze rechtsvormen wel rechtstreeks aan de vennoten toe? Voor deze vennootschappen geldt hetzelfde als voor de OVBA zou gelden. In het arrest HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 301 oordeelde de Hoge Raad bij een vennootschap onder firma het volgende over de beschikkingsmacht van de vennoten: *'Een vennoot kan tijdens de duur der vennootschap niet vrijelijk beschikken over zijn aandeel in die goederen en evenmin aanspraak maken op een uitkering ten laste van het vennootschapsvermogen voor zover een dergelijke aanspraak niet uit het vennootschapscontract of een in overeenstemming daarmee genomen besluit voortvloeit'*. De vennootschappelijke gemeenschap is een gebonden gemeenschap en behoudens een daartoe strekkende bepaling in de vennootschapsovereenkomst, is uitkering van de winst zonder een uitdelingsbesluit niet mogelijk. Voor de toekomstige OV geldt hetzelfde als voor de OVBA zou gelden, met uitzondering van de beschikkingsgebondenheid die voor de OV is neergelegd in artikel 7:806 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13 en niet in artikel 7:807 Wetsvoorstel Titel 7.13, dat van toepassing zou zijn op de OVBA. Artikel 7:815 en 7:816 Wetsvoorstel 7.13 gelden ook voor de OV. Dit betekent dat zowel voor de huidige personenvennootschappen als voor de OV het niet per definitie vaststaat dat de winst rechtstreeks aan de vennoten toevalt. De vraag die vervolgens naar voren komt, is hoe het bij de vennootschapsbelastingplichtigen is geregeld. Snijdt de argumentatie van de wetgever daar wel hout en is derhalve een besluit van een orgaan vereist voordat de winst ter beschikking staat aan de aandeelhouders?

7.5.1.8 Afgescheiden winst en vennootschapbelastingplichtigen

Artikelen 2:105/216 lid 1 BW bepalen voor de NV en de BV dat de winst, voorzover bij de statuten niet anders is bepaald, aan de aandeelhouders ten goede komt.[111] Indien de statuten hieromtrent niets bepalen, krijgen (alleen) de aandeelhouders derhalve een wettelijk en rechtsreeks recht op uitkering van de winst. Dit recht is eerst opvorderbaar nadat de jaarrekening is vastgesteld waaruit blijkt dat deze uitkering geoorloofd is.[112] Een voorafgaand besluit tot

111. Bij de totstandkoming van de fiscale wetgeving was de vastgestelde winst na afloop van het boekjaar ook al door de aandeelhouders van een NV opvorderbaar uit hoofde van artikel 42d WvK (oud). Het artikel luidde: *'Voor zoverre bij de akte van oprichting niet anders is bepaald, komt de winst den aandeelhouders ten goede'*.
112. Artikel 2:105/216 lid 3 BW.

dividenduitkering is dan niet nodig.[113] Volgens het wettelijk systeem behoort (in het gewone model) het *vaststellen* van de winst tot de werkzaamheden van de AVA als vennootschapsorgaan maar valt de *winstbestemming* daarbuiten.[114] De statuten kunnen echter een bepaling bevatten dat de winst ter beschikking staat aan de AVA. Door de algemene vergadering moet dan een besluit tot winstbestemming worden genomen. De aandeelhouder kan het hem toekomende dividend in beginsel opeisen, indien het na de vaststelling van de jaarrekening, duidelijk is geworden, hetzij door een bepaling in de statuten, hetzij door een omtrent de winstbestemming genomen besluit, welk aandeel van de winst hem toekomt.[115] Hierdoor is het dus afhankelijk van de bepalingen in de statuten of de winst rechtstreeks aan de aandeelhouders toevalt of niet. De mogelijkheid van rechtstreeks toevallen is echter heel goed mogelijk.

Ook voorlopige winsten kunnen tussentijds worden uitgekeerd, indien de statuten dit toelaten en aan de eisen van de artikelen 2:105/216 lid 2 en 4 BW, is voldaan. Voor tussentijdse uitkeringen bij de NV is een vermogensopstelling nodig, die ondertekend is door de bestuurders. Een besluit van een vennootschappelijk orgaan is in dat geval vereist. Bij de BV is een dergelijke vermogensopstelling echter niet vereist. Na inwerkingtreding van het Wetsvoorstel flex-BV, zal bij de BV voortaan wel een uitdelingsbesluit nodig zijn. Uit hoofde van artikel 2:216 lid 1 Wetsvoorstel flex-BV is de algemene vergadering bevoegd tot bestemming van de winst, hetzij door deze te reserveren, hetzij door deze uit te keren aan de aandeelhouders (of anderen). Besluit de algemene vergadering om door de vaststelling van de jaarrekening bepaalde winst (of een deel daarvan) te bestemmen voor uitkeringen, dan strekt dit besluit tot zowel de bestemming als de uitkering van de winst.[116] Concluderend kan gesteld worden dat bij de NV en de BV niet vaststaat dat er altijd sprake is van een afgescheiden winst. De winst kan zowel rechtstreeks aan de aandeelhouders toevallen, of pas nadat een uitdelingsbesluit door een daartoe bevoegd orgaan is genomen. Ook bij de 'rechtspersoonachtigen' die onder de vennootschapsbelasting vallen, kunnen de resultaten rechtstreeks voor rekening van de participanten komen. Deze entiteiten zijn desalniettemin ook in dat geval vennootschapsbelastingplichtig. Niet de rechtsvorm of het bezit van rechtspersoonlijkheid bepaalt dan ook of een uitdelingsbesluit noodzakelijk is, maar of, en zo ja, wat daarover is vastgelegd in de statuten of de vennootschapsovereenkomst.[117]

---

113. HR 18 maart 1956, *NJ* 1956, 322 en Asser-Maeijer, 2-III, onder punt 449.
114. Schilfgaarde, P. van (2009), *supra* noot 74, nr. 107, blz. 330-331.
115. Asser-Maeijer, 2-III, onder punt 449.
116. *Kamerstukken II,* 2006-2007, 31 058, nr. 3, blz. 68. Echter een besluit tot uitkering heeft geen gevolgen zolang het bestuur geen instemming heeft verleend.
117. Kempen, M.L.M. van (2002), 'Misverstand dreigt transparantie personenvennootschap', WFR 2002/6506, blz. 1699-1710.

7.5.1.9 Conclusie afgescheiden winst

Een afgescheiden winst is in de parlementaire geschiedenis van de wet op de vennootschapsbelasting via de opvorderbaarheid en de inbaarheid van het winstdeel van participanten, gekoppeld aan de eigendom van het vermogen. Als het vermogen aan de vennootschap toebehoorde, was een uitdelingsbesluit nodig om een winstdeel te kunnen opvorderen en innen, en was er sprake van een afgescheiden winst. In eerste instantie zou de OVBA daarom aansluiten bij het kenmerk van de afgescheiden winst. Uit Titel 7.13 blijkt echter dat er in beginsel geen sprake zou zijn van een afgescheiden winst, maar dat deze wel kan volgen uit de vennootschapsovereenkomst. Uiteindelijk hangt het af van hetgeen de vennoten onderling hebben afgesproken. Uit het bovenstaande blijkt bovendien dat de afgescheiden winst zich bij huidige personenvennootschappen en de vennootschapsbelastingplichtigen ook niet per definitie in de vorm, zoals bedoeld door de wetgever, voordoet. De afgescheiden winst houdt derhalve geen stand als argument voor het heffen van een vennootschapsbelasting.

7.5.2 Zelfstandigheid van de aandeelhouders

Alhoewel de afgescheiden winst dus eigenlijk de tweedeling tussen transparante en niet-transparante vennootschappen niet rechtvaardigt, heeft de fiscale wetgever een expliciet verband gelegd tussen het rechtstreeks toevallen van de winst en de al dan niet aanwezige vereenzelviging van de kapitaalverschaffer en ondernemer. De wetgever zegt daarover dat: *'(...) [H]et verschil in organisatievorm voor de winsten van de persoonlijke onderneming, waarbij ondernemer en kapitaalverschaffer in één persoon zijn verenigd, tot een fiscaal andere benadering noopt dan voor de winsten van de naamloze vennootschap, de vorm voor de zelfstandige ondernemer waarbij ondernemer en kapitaalverschaffer niet vereenzelvigd zijn'*.[118] De scheiding tussen de functies vormde derhalve via de afgescheiden winst een argument dat diende ter rechtvaardiging van een aparte belasting. De afwezigheid van een vereenzelviging van kapitaalverschaffer en ondernemer sluit aan bij het kenmerk van de zelfstandigheid van de aandeelhouders. Naast dit criterium van de vereenzelviging heeft de fiscale wetgever aangegeven dat de zelfstandigheid van de aandeelhouder mede tot uiting komt in de beperkte aansprakelijkheid van de aandeelhouders en de verhandelbaarheid van de aandelen. Bij dit laatste kenmerk komen de 'rechtspersoonachtigen' die ook in de heffing van de vennootschapsbelasting worden getrokken, in beeld.

118. *Kamerstukken II*, 1958-1959, 5 380, nr. 3, blz. 16.

7.5.2.1 Vereenzelviging: aandeelhouder en ondernemer

De aandeelhouder van de NV (en na invoering die van de BV) stond in een zodanige relatie tot de vennootschap dat hij gezien kon worden als een daarvan 'losstaande deelnemer'. De aandeelhouder was zelfstandig en puur belegger, aldus de wetgever. De gebezigde rechtsvorm en de daarbij behorende wettelijke regeling bepaalden deze verhouding, niet de uiteindelijke uitwerking in de praktijk. In de wetsgeschiedenis is hierover terug te lezen dat er geen fiscale consequenties werden verbonden aan het feit dat in de besloten NV's de aandeelhouders niet alleen maar belegger waren, maar ook deelnamen aan de bedrijfsuitoefening. De rechtsvorm van de NV stond in de weg aan een andere fiscale behandeling.[119] Het rechtspersonenrecht is derhalve als inhoudelijk organisatierecht bepalend.[120]

Bij de NV en de BV komt dit naar voren door de scheiding die is aangebracht tussen de organen als het bestuur, de raad van commissarissen (indien aanwezig) en de algemene vergadering van aandeelhouders. In de institutionele opvatting aangaande de vennootschap worden de NV en BV gezien als een van de aandeelhouders vrijstaand (zelfstandig) instituut, beheerst door eigen regels, die onder meer inhouden een ook door de vergadering van aandeelhouders te respecteren bevoegdheidsverdeling.[121] Autonome bevoegdheden worden in de eerste plaats toegekend aan het bestuur. Het bestuur is verantwoordelijk voor het besturen van de vennootschap. Dit houdt onder andere in dat het bestuur de leiding heeft over de dagelijkse gang van zaken en daarnaast de strategie en het beleid bepaalt. De algemene vergadering van aandeelhouders mag zich niet op dat terrein begeven en behoudt zodoende een afstand. Volgens de fiscale wetgever is de zelfstandigheid van de rechtspersoon en de aandeelhouders zelfs groter dan de wettelijke regeling in het vennootschapsrecht doet vermoeden.[122] De zelfstandigheid van de aandeelhouders (en ook die van de vennootschap) komt ook tot uiting in de werking van de statuten. De Hoge Raad heeft beslist dat een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders genomen met een unanimiteit van stemmen de bindende kracht van de statuten niet vermag te doorbreken.[123] In de noot bij dit arrest staat hierover: *'Hierin komt duidelijk uit, dat de algemene vergadering orgaan is, dat de N.V. niet met de gezamenlijke aandeelhouders kan worden geïdentificeerd'.*

---

119. Zie: *Kamerstukken II*, 1962-1963, 6 000, nr. 9, blz. 10. Zie ook: *Kamerstukken II*, 1958-1959, 5 380, nr. 8, blz. 16.
120. Schilfgaarde, P. van (1974), *supra* noot 10, blz. 20.
121. Schilfgaarde, P. van (2009), *supra* noot 74, nr. 2, blz. 23.
122. *Kamerstukken II,* 1959-1960, 5 380, nr. 9, blz. 16.
123. HR 8 april 1938, *NJ* 1938, 1076 en HR 16 juni 1944, *NJ* 1944/45, 443.

7.5.2.2 Vereenzelviging en de OVBA

De vraag rijst of, en zo ja in welke hoedanigheid, er bij de OVBA sprake zou zijn van een vereenzelviging indien we kijken naar de betrokkenheid van de vennoten bij de vennootschap. Dit onderzoek ik aan de hand van de bevoegdheidsregeling en de invloed die de participanten uitoefenen op de bedrijfsvoering. Naar aanleiding hiervan bespreek ik hoe de OVBA onder de huidige wetgeving zou worden geclassificeerd op grond van dit kenmerk en of de vereenzelviging de juiste maatstaf is voor de tweedeling tussen niet-transparante en transparante entiteiten. In het kader daarvan bespreek ik de wijze waarop de vereenzelviging zich voordoet bij de huidige en toekomstige personenvennootschappen en bij de vennootschapsbelastingplichtigen.

Voor de OVBA zouden, ondanks de rechtspersoonlijkheid, geen dwingende regels van de scheiding van bevoegdheden gelden. De vennootschap zou een overeenkomst tot samenwerking zijn, die in beginsel *intuitu personae* is aangegaan. Het zou een over het algemeen sterk aan bepaalde personen gebonden organisatievorm zijn, die primair beheerst zou worden door het overeenkomstenrecht.[124] In dit samenwerkingsverband zou in beginsel iedere vennoot uit hoofde van artikel 7:809 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13, besturend vennoot zijn. Dit zou aanvullend recht zijn en dus kunnen de vennoten zelf de gewenste situatie kiezen. De bepalingen in de vennootschapsovereenkomst over het bestuur kunnen vervolgens te allen tijde gewijzigd worden. In de situatie dat alle vennoten besturend vennoot zouden zijn, oefenen zij gezamenlijk de leiding over de dagelijkse gang van zaken uit en zijn zij gezamenlijk verantwoordelijk voor de strategie en het beleid. De afwezigheid van een afstand tussen de deelnemer en de vennootschap zou in dat geval overeen komen met wat de fiscale wetgever voor ogen stond; de positie van de ondernemer zou samenvallen met die van de kapitaalverschaffer. De vennoten zouden daarentegen ook kunnen kiezen voor een situatie waarin een of meer vennoten zich met het bestuur bezighouden en één of meer vennoten daarvan worden uitgesloten. Daarnaast zouden zij ook door de vrijheid van inrichting kunnen kiezen voor een situatie waarin het bestuur aan één of meer derden is opgedragen, met uitsluiting van de vennoten.[125] Door deze mogelijkheid van 'uitbesteding' en een mogelijke scheiding tussen wel en niet besturende vennoten zou zich binnen de OVBA (en ook de OVR) dus mede de situatie kunnen voordoen dat er vennoten zijn die zich volledig afzijdig houden van het beleid en de bedrijfsvoering van de vennootschap. Dat betekent dat voor de niet-besturende

124. Vgl: *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 746, B, blz. 3.
125. Deze derden hebben door hetgeen is bepaald in artikel 7:809 lid 2 Wetsvoorstel Titel 7.13 dezelfde bevoegdheden en verplichtingen als die voor besturende vennoten gelden.

vennoten het gedeelte van het ondernemerschap, dat tot uitdrukking komt in de machtsuitoefening, niet aanwezig zou zijn.

7.5.2.3 Vereenzelviging en (toekomstige) personenvennootschappen

Bij de VOF en de maatschap, en ook bij de toekomstige openbare vennootschappen, vallen de posities van kapitaalverschaffer en ondernemer in beginsel samen. Het uitgangspunt is dat alle vennoten besturende vennoten zijn, tenzij een afwijkende regeling is getroffen.[126] Er kan bijvoorbeeld bepaald worden dat alle vennoten mogen besturen of slechts een of enkelen. Dit betekent dat hetgeen ik zojuist bij de OVBA heb besproken ook geldt voor de huidige personenvennootschappen en de toekomstige, met uitzondering van de regeling dat het bestuur volledig kan worden overgedragen aan derden. Dit is in de huidige personenvennootschapregeling niet mogelijk. De vereenzelviging is dus in beginsel aanwezig, maar kan door de onderlinge afspraken over het bestuur niet van toepassing zijn op sommige (of in het geval van een OV/OVR op alle) vennoten. Bij een besloten commanditaire vennootschap zal in beginsel een vereenzelviging aanwezig zijn bij de beherende vennoten, maar niet bij de commanditaire vennoot zolang hij geen bestuursactiviteiten verricht.

7.5.2.4 Vereenzelviging en vennootschapsbelastingplichtigen

Uit de wet en de wetsgeschiedenis van de vennootschapsbelasting blijkt duidelijk dat de aandeelhouder van een kapitaalvennootschap door de organisatiestructuur van deze rechtsvorm niet als ondernemer werd beschouwd. Vanzelfsprekend is dit geenszins. Als we de feitelijke positie van degene die een eenmanszaak drijft vergelijken met die van de bestuurder/enig aandeelhouder van een BV dan zien we eigenlijk geen verschil. De BV is dan gebruikt als een juridische huls. Niettemin is degene die een eenmanszaak drijft ondernemer en de bestuurder/enig aandeelhouder niet.[127] Heden ten dage onderkent de fiscale wetgever dat het antwoord op de vraag of een deelnemer/natuurlijk persoon in een vennootschap in wezen een ondernemer of belegger is, meer rechtsvormonafhankelijk is. Ook een aandeelhouder/aanmerkelijk-belanghouder is volgens de wetgever in wezen een ondernemer.[128] Hierover zegt de wetgever: *'Hij kan enerzijds kiezen voor een eenmanszaak of een firma-verband met anderen, anderzijds voor een bedrijfsuitoefening door middel van een*

126. Voor de maatschap en de VOF is dit gebaseerd op artikel 7A:1676 BW.
127. Zwemmer, J.W. (1978), 'De fiscale positie van de aandeelhouder', WFR 1987/5378, blz. 1037-1051.
128. Kempen, M.L.M. van (2000b), 'De kwalificatie van vennoten in personenvennootschappen in de Wet IB 2001', in: P.H.J. Essers (2000), 'Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht; opstellen over (fiscaal) ondernemingsrecht, erfrecht en insolventierecht', blz. 206.

afzonderlijke rechtspersoon. In het laatste geval oefent de belastingplichtige de onderneming niet zelf uit, maar als aandeelhouder zal hij zodanige invloed op de bedrijfsuitoefening kunnen uitoefenen dat er feitelijk weinig verschil zal bestaan tussen beide vormen van bedrijfsuitoefening. Een dergelijke aandeelhouder zal primair geïnteresseerd zijn in de ondernemingsactiviteiten en de daarmee behaalde resultaten'.[129]

Tot het betrekken van de aanmerkelijk-belanghouder in de inkomstenbelasting voor winst uit onderneming is het echter niet gekomen. Het aanmerkelijk-belangregime is wel in 1997 ingrijpend gewijzigd.[130] Het herziene regime diende een nieuw evenwicht aan te brengen tussen aandeelhouders die wel, en aandeelhouders die niet onder het regime zouden vallen. Daarbij ging het in hoofdzaak om het onderscheid tussen ondernemen en beleggen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de gelijkenis tussen een aanmerkelijk-belanghouder en een ondernemer wat betreft de bedrijfsuitoefening en het feit dat de aanmerkelijk-belanghouder een zodanige positie heeft dat hij zelf kan beslissen over het al dan niet uitkeren van dividend, daarbij beslissend zijn geweest. In het algemeen geldt dat bij aandelenpakketten van enige omvang een zodanige betrokkenheid bij de onderneming mag worden verondersteld, dat het subjectieve belang bij de onderneming als een mengvorm van ondernemen en beleggen kan worden beschouwd.[131] Uit het voorgaande blijkt dat ook hier doorslaggevend is de afstand van de aandeelhouder tot het lichaam waarin hij aandelen bezit. De machtsuitoefening door het vervullen van beheers- of bestuursfuncties in het lichaam en/of door de omvang van het aandelenbezit bepalen deze afstand. De realiteitswaarde van de verzelfstandiging van elk aandeel neemt toe naarmate de afstand groter wordt.[132] De afstand en daarmee de verzelfstandiging wordt dus niet (alleen) bepaald door het wel of niet hebben van rechtspersoonlijkheid.

7.5.2.5 Conclusie vereenzelviging

De wettelijke machtscheiding bij de NV was voor de fiscale wetgever genoeg reden om tot zelfstandigheid van de aandeelhouders te concluderen. Het wel of niet samenvallen van de positie van ondernemer en die van de kapitaalverschaffer was gekoppeld aan de wettelijke organisatiestructuur. Dat zich in de praktijk veel uitzonderingen voordeden, deed hier volgens de wetgever niets aan af. Het uitgangspunt dat alle OVBA-vennoten bestuurders zouden zijn,

129. *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 761, nr. 3, blz. 4-5.
130. Vgl: *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 761, nr. 3, blz. 2.
131. Vgl: *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 761, nr. 3, blz. 5. In het voorgestelde regime werd hiervoor de grens gelegd bij een belang van 5% in het geplaatste aandelenkapitaal.
132. Vgl: Reuvers, M.R. (1975), 'De grens van de verzelfstandiging van het aandeel', WFR 1975/5251, blz. 1133-1139.

betekent tegen deze achtergrond dat voor alle vennoten een vereenzelviging optreedt. Doordat de vennoten van de OVBA echter vrij zouden zijn in de vormgeving van de bevoegdheidsverdeling, zou afhankelijk van de afspraken hier (per vennoot) wel of niet sprake van zijn. De OVBA zou daardoor op grond van het kenmerk van vereenzelviging zowel transparant als niet-transparant geclassificeerd kunnen worden. In de praktijk blijkt ook dat de vereenzelviging geen goede grond meer vormt voor het verschil tussen transparante en niet-transparante vennootschappen. Bij de kapitaalvennootschappen treden aandeelhouders ook vaak op als bestuurder en bij de personenvennootschappen is het afhankelijk van de onderlinge afspraken.

7.5.2.6 Aansprakelijkheid

Naast de vereenzelviging werd de beperkte aansprakelijkheid door de fiscale wetgever als een kenmerk van de rechtspersoon gezien en een belichaming van de zelfstandigheid van de aandeelhouders in de NV (en de BV). Van oudsher zijn wij dan ook vertrouwd met de gedachte dat rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn.[133] Ook werd door de wetgever gesteld dat deze beperking van de aansprakelijkheid voortvloeit uit de zelfstandigheid van de vennootschap in het bijzonder uit de rechtssubjectiviteit. Dit leidde ertoe dat de rechtspersoon in beginsel *uitsluitend* zelf aansprakelijk was voor de nakoming van verplichtingen die hij was aangegaan. De aandeelhouders liepen geen ondernemersrisico maar een beleggersrisico. In de wet werd dit voor de NV en later ook voor de BV vastgelegd door de bepaling dat een aandeelhouder niet, zelfs niet door wijziging van de statuten, tegen zijn wil enige verplichting boven de storting tot het nominale bedrag van het aandeel kan worden opgelegd (artikelen 2:81 en 2:192 BW). Deze beperking was mogelijk omdat er in de ogen van de wetgever voldoende effectieve regels van kapitaalbescherming in het NV en BV-recht waren opgenomen die de belangen van de schuldeisers beschermden.

7.5.2.7 Aansprakelijkheid en de OVBA

De vennoten van de OVBA zijn in beginsel beperkt aansprakelijk. In beginsel omdat er situaties mogelijk zouden zijn waarin de beperking van aansprakelijkheid niet volledig sluitend is. Partijen zouden bijvoorbeeld alsnog contractueel een aansprakelijkheid van bepaalde vennoten of voor bepaalde schulden kunnen afspreken. Ook zou in de vennootschapsovereenkomst kunnen worden opgenomen dat bepaalde vennoten geheel of gedeeltelijk aansprakelijk blijven voor

133. Solinge, G. van et al. (2003), 'Personenvennootschappen', Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, Nijmegen; Kluwer, blz. 189.

verbintenissen van de vennootschap. Indien er dan sprake is van een tekortkoming in de nakoming zou de vennoot die daar door zijn eigen handelen verantwoordelijk voor is, door de benadeelde partij aansprakelijk kunnen worden gesteld. Daarnaast blijft de vennoot die zelf een fout heeft begaan en daarmee schade heeft toegebracht aan een derde naast de vennootschap, persoonlijk aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad. Hetzelfde zou gelden voor de vennoot die verantwoordelijk was voor, en direct toezicht had op, het handelen van een ondergeschikte die de fout beging. In al deze situaties zou de handelende of verantwoordelijke vennoot aansprakelijk gesteld kunnen worden.

7.5.2.8 Aansprakelijkheid en (toekomstige) personenvennootschappen

De vennoten van de (toekomstige) personenvennootschappen zijn onbeperkt aansprakelijkheid. Deze onbeperkte aansprakelijkheid blijft ook bestaan op het moment dat het bestuur aan een derde is overgelaten. De commanditaire vennoot niet aansprakelijk *zolang* hij het beheersverbod niet overtreedt, *zolang* hij geen beslissende invloed uitoefent op de besturende vennoot of vennoten en *zolang* de naam van de commanditaire vennoot niet in de naam van de vennootschap is opgenomen. Zowel extern optreden, als interne invloedrijke handelingen leiden tot hoofdelijke aansprakelijkheid. In dat geval vallen de posities van kapitaalverschaffer en ondernemer weer samen. De vraag of de beslissende invloed door de commanditaire vennoten op besturend vennoten leidt tot aansprakelijkheid is onder het huidige artikel 20 lid 2 WvK punt van geschil en de wetgever heeft dit met de nieuwe regeling trachten op te helderen.[134]

In dit verband rijst de vraag wat de relevantie van de stelling van de minister is geweest, dat de OVR en CVR transparante samenwerkingsverbanden zijn *omdat* het wezenskenmerk van de personenvennootschap, de hoofdelijke aansprakelijkheid, behouden blijft. In diezelfde zin heeft de minister de volgende belangrijke kanttekening geplaatst bij de verhouding tussen de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting: *'Dat het onderscheid niet-transparant versus transparant parallel loopt aan het onderscheid tussen entiteiten en samenwerkingsvormen die voor de deelnemers een beperkte aansprakelijkheid kennen (belastingheffing via de vennootschapsbelasting) en entiteiten en samenwerkingsvormen waarbij de deelnemers hoofdelijk aansprakelijk zijn (belastingheffing via de inkomstenbelasting)'*.[135] Bij de besloten

134. *Kamerstukken II,* 2002-2003, 28 746, nr. 3, blz. 75. Een kritisch artikel over deze nieuwe regeling is: C.A. Schwarz (2008), 'Het einde van de Nederlandse CV', Ondernemingsrecht 2008/15, blz. 542-546. Zie ook het volgende artikel als reactie op Schwarz: D.J.S. Meijeren (2009), 'Reactie op artikel prof. Mr. C.A. Schwarz', Ondernemingsrecht 2009/2, blz. 112-115.
135. *Kamerstukken II*, 2007-2008, 29 752, nr. 6, blz. 10.

transparante CV of CVR is er sprake van een commanditaire vennoot die beperkt aansprakelijk is. Dus *wel* een combinatie van transparantie en beperkte aansprakelijkheid. De vraag of de entiteit transparant is, is bij de commanditaire vennootschap afhankelijk van de wijze van vervanging en toetreding van vennoten en niet van de beperkte aansprakelijkheid (zie hiervoor paragrafen 7.5.2.11 en 7.5.2.12). Met andere woorden: de wetgever is niet consequent wat betreft de invloed van de aansprakelijkheid bij de personenvennootschappen. Transparantie kan zowel bij een hoofdelijke als bij een beperkte aansprakelijkheid van vennoten voorkomen.

7.5.2.9 Aansprakelijkheid en vennootschapsbelastingplichtigen

In de literatuur is beargumenteerd dat tussen rechtspersoonlijkheid en exclusieve aansprakelijkheid geen noodzakelijk verband bestaat.[136] Het bestaan van beperkte aansprakelijkheid is met andere woorden geen dwingend kenmerk van rechtspersoonlijkheid. Op de hoofdregel van beperkte aansprakelijkheid bestaan immers talrijke uitzonderingen, zoals het EESV, de OVR, de informele vereniging en ook de coöperatie. Ook bij de kapitaalvennootschappen is de beperkte aansprakelijkheid niet absoluut. De BV kent door uitdrukkelijke wetsbepaling, via leerstukken als bestuurdersaansprakelijkheid en doorbraak van aansprakelijkheid belangrijke uitzonderingen op de hoofdregel.[137] Zo scheppen de artikelen 2:69 lid 2 en 2:180 lid 2 BW een hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders van een NV en een BV naast de rechtspersoon voor rechtshandelingen waarmee zij de rechtspersoon verbinden, zolang niet aan bepaalde administratieve verplichtingen ter bescherming van derden is voldaan. Daarnaast dienen de bestuurders op straffe van hoofdelijke aansprakelijkheid ervoor te zorgen dat de belastingschulden van de vennootschap worden betaald, en ontstaat er hoofdelijke aansprakelijkheid indien het faillissement van de vennootschap een belangrijk gevolg is van onbehoorlijk bestuur door de bestuurder.[138]

Verder kan er aansprakelijkheid ontstaan doordat bestuurder/(enig) aandeelhouders van een BV zichzelf in veel gevallen ook in privé verbinden. Bijvoorbeeld om een krediet te verkrijgen voor de activiteiten van de vennootschap. Borgstellingen van de aandeelhouders zijn dan geen ongebruikelijke zaak.[139] Daarbij verschaffen zij zelf ook vaak leningen aan de vennootschap, zodat deze bepaalde investeringen kan doen of om bijvoorbeeld de *cashflow*-positie te

136. Schilfgaarde, P. van (1974), *supra* noot 10, blz. 113-119.
137. Sangen, G.J.H. van der (2005), 'Rechtssubjectiviteit en afgescheiden vermogen van de eenmanszaak', Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2005-5, blz. 165-174.
138. Artikel 2:138 en 2:248 BW.
139. Vgl: Reuvers, M.R. (1975), *supra* noot 132, blz. 1133-1139.

verbeteren. Indien de vennootschap echter in slechter vaarwater komt, kan dit ertoe leiden dat de vordering van de aandeelhouders op de vennootschap definitief oninbaar wordt. Ook het verlenen van een derdenhypotheek of een derdenpand leidt tot een verbondenheid van de aandeelhouders. Naast deze zekerheidstellingen kan de bestuurder/(enig) aandeelhouder ook door een resultaatsafhankelijke vergoeding het risico lopen dat zijn inkomsten zeer laag zijn.[140] Ook onder de nieuwe wetgeving voor de flex-BV kunnen aandeelhouders aansprakelijk zijn. Artikel 2:192 van het Wetsvoorstel flex-BV biedt bijvoorbeeld veel mogelijkheden om in de statuten extra verplichtingen aan aandeelhouders op te leggen. Zelfs de verplichting voor aandeelhouders om zich naast de Flex-BV voor haar verplichtingen hoofdelijk mee te verbinden, behoort hiertoe.[141] Net als bij het uitoefenen van invloed op het bestuur van de vennootschap is ook de beperkte aansprakelijkheid bij de kleinere BV's, waarbij de posities van de bestuurder en de aandeelhouder in één persoon samenvallen, feitelijk niet, althans niet in zijn volledigheid aanwezig.

7.5.2.10 Conclusie aansprakelijkheid

Uit het voorgaande blijkt dat de beperkte aansprakelijkheid van de rechtspersoon niet altijd zo beperkt is en dat rechtspersoonlijkheid niet per definitie betekent dat beperkte aansprakelijkheid het uitgangspunt is. Het onderscheid tussen de personenvennootschap en de kapitaalvennootschap is verkleind en de mate van zelfstandigheid van de aandeelhouders op grond van het aansprakelijkheidscriterium kan dus afhankelijk van de situatie sterk verminderen. Bij OVBA zou de (beperking van de) aansprakelijkheid van de vennoten afhangen van wie heeft gehandeld en welke afspraken er onderling of met contractspartijen zijn gemaakt. Het is derhalve niet eenduidig te stellen of de OVBA op grond van het aansprakelijkheidscriterium bij de vennootschapsbelastingplichtigen aansluit of bij de transparante entiteiten.

7.5.2.11 Verhandelbaarheid

Naast de vereenzelviging en de beperkte aansprakelijkheid zorgt de verhandelbaarheid van aandelen volgens de fiscale wetgever voor een rechtvaardiging van een zelfstandige vennootschapsbelasting. De aandelen van de NV waren ten tijde van de totstandkoming van de vennootschapsbelasting vrij verhandelbaar, tenzij de statuten hier voorwaarden aan verbonden. Dit was een gevolg van de relatie tussen de aandeelhouders onderling en tussen de aandeelhouders

140. Vgl: Kempen, M.L.M. van (1999a), *supra* noot 8, blz. 125.
141. Berg, J.A.M. ten (2008), 'Van der Heijden congres: Flexibele rechtsvormen' Ondernemingsrecht 2008/10-11, blz. 386-392: Verslag van de presentatie van Zaman: 'Karakterverschillen tussen Flex-BV en personenvennootschap'.

en de vennootschap. Deze relaties waren geen contractuele verhoudingen maar lidmaatschapsverhoudingen gebaseerd op meerderheidsbeslissingen.[142] In de literatuur is geconcludeerd dat als men in een samenwerkingsvorm vrije overdraagbaarheid van de participaties toestaat, de persoonlijke capaciteiten van de participanten kennelijk een geringe rol spelen. Hun deelname draagt derhalve veeleer een beleggingskarakter.[143] Het kenmerk van de verhandelbaarheid weerspiegelt daarmee de zelfstandigheid van de aandeelhouders; aandeelhouders als kapitaalverschaffers met het oog op rendement uit beleggingen, waarbij in- en uittreden eenvoudig is. Deze verhandelbaarheid van de participaties kwam als kenmerk nog stringenter naar voren bij de entiteiten die geen rechtspersoon zijn maar wel onder de vennootschapsbelasting vielen. De verhandelbaarheid is namelijk het overeenstemmende kenmerk van deze 'rechtspersoonachtigen', die daardoor subjectief belastingplichtig zijn. De 'rechtspersoonachtigen' werden door de wetgever geacht eenzelfde economische functie te hebben als de NV en vergelijkbare voordelen te bieden. De entiteiten die volgens de wetgever hieronder vallen, zijn: de open commanditaire vennootschappen, andere vennootschappen waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld en ten slotte de fondsen voor gemene rekening. De vraag rijst welke vergelijkbare voordelen deze drie entiteiten bezitten en wat de wetgever onder deze economische functie verstaat.

7.5.2.12 Verhandelbaarheid: open karakter en het toestemmingsvereiste

In economisch opzicht lijken de drie entiteiten op de NV door de vrije toetreding of vervanging van participanten en de vrije overdraagbaarheid van de participaties. Dit wordt ook wel het 'open karakter' genoemd.[144] Voor de open commanditaire vennootschap en het fonds voor gemene rekening is de vrije verhandelbaarheid als voorwaarde voor de subjectieve belastingplicht in de wet opgenomen en deze voorwaarde wordt ook wel het formele fiscale criterium genoemd.[145] Voor de andere vennootschappen waarvan het kapitaal

142. Vgl: Slagter, W.J. (2003), 'Opvolging van vennoten', WPNR 03/6524, blz. 235-240.
143. Zwemmer, J.W. (1978), *supra* noot 127, blz. 1037-1051. Ook A-G Wattel heeft dit in zijn conclusie bij het arrest *BNB* 2006/288, onder punt 4.5 aangegeven dat: *'[D]e belastingplicht voor de vennootschapsbelasting is geïndiceerd bij vrije overdraagbaarheid van de participaties, omdat alsdan de rentabiliteit op ingelegd kapitaal voorop staat en niet de persoonlijke samenwerking'*.
144. Vgl: Boer, J.P. en R.J. de Vries (2005), 'Anglo-Amerikaanse trusts en subjectieve vennootschapsbelastingplicht', WFR 2005/6631, blz. 949-959.
145. Voor de open commanditaire vennootschap is het vereiste opgenomen in artikel 2 lid 3 sub c AWR opgenomen: *'[O]pen commanditaire vennootschap: de commanditaire vennootschap waarbij, buiten het geval van ververving of legaat, toetreding of vervanging van commanditaire vennoten kan plaats hebben zonder toestemming van alle vennoten, beherende zowel als commanditaire'*.

geheel of ten dele in aandelen is verdeeld, volgt het vereiste uit de jurisprudentie. De verzelfstandiging speelt ook hier een belangrijke rol.[146] Het al dan niet aanwezig zijn van het persoonlijke element tussen de participanten onderling, is zowel bij het fonds voor gemene rekening als bij de andere vennootschappen waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld als vereiste aangenomen. Bij de open commanditaire vennootschap is dit onderwerp van discussie geweest.

De staatssecretaris van Financiën achtte het formele criterium niet voldoende voor het onderscheid tussen de besloten en de open commanditaire vennootschap. De staatssecretaris was van mening dat een nieuw materieel criterium moest worden ingevoerd om misbruik van de open commanditaire vennootschap tegen te gaan. De staatssecretaris wilde daarom het persoonlijke element, dat eigenlijk door een beperkte verhandelbaarheid belichaamd zou moeten worden, als materieel criterium opnemen. Hierdoor moest het besloten karakter van de CV niet alleen uit de bepalingen van de CV-overeenkomst blijken,[147] maar ook uit de feitelijke gedragingen van de vennoten van de CV.[148] In de resolutie van 6 november 1986[149] heeft de staatssecretaris van Financiën aangegeven dat de interpretatie van de omschrijving van het begrip open commanditaire vennootschap plaats dient te vinden in het licht van de strekking van de vennootschapsbelasting.[150] De staatssecretaris concludeert dat getoetst dient te worden of er sprake is van een vennootschap waarbij de vennoten in hoofdzaak kapitaalverschaffers zijn, of van een vennootschap die gekenmerkt wordt door de op onderlinge samenwerking gerichte persoonlijke relaties tussen vennoten. Er is veel kritiek geuit op deze resolutie en deze is ook wel 'intimidatieresolutie' genoemd.[151] Het criterium bergt een zodanige vaagheid in zich dat het geen houvast biedt aan de praktijk.[152] De toets op het persoonlijke

146. Vgl: Verburg, J. (2000), *supra* noot 7, blz. 40.
147. Uit HR 25 maart 1953, *BNB* 1953/142 volgt dat voor het antwoord op de vraag of bij een open commanditaire vennootschap de participaties vrij verhandelbaar zijn, doorslaggevend is wat de CV-overeenkomst daarover bepaalt.
148. Besluit van 28 februari 2006, nr. CPP2005/2530M.
149. Resolutie van 6 november 1986, *BNB* 1987/40.
150. Aanleiding van deze resolutie was de verontrusting van de staatssecretaris over het in toenemende mate gebruik maken door belastingplichtigen van de rechtsfiguur van de commanditaire vennootschap waarbij financiële participaties, die maatschappelijk gezien worden als beleggingen, voor de heffing van de inkomstenbelasting zouden leiden tot ondernemerschap van de betrokken beleggers.
151. Geppaart, Ch. P. A. (1990), 'De rechtsbescherming van de belastingplichtige', FED 1990, blz. 36 en noot 129 op blz. 48, J.W. Zwemmer (1986), 'Aantekening bij de resolutie van 6 november 1986', FED 1986/13339, blz. 4806, noot van Hoogendoorn bij het arrest HR 9 december 1992, *BNB* 1993/94 en W.F. Mulder (1987), 'Aanschrijving Financiën inzake CV ernstige bedreiging voor fournering risicodragend vermogen', MBB 1987/2, blz. 33-37.
152. Mulder, W.F. (1987), *supra* noot 151, blz. 33-37.

element is bij deze rechtsvorm uiteindelijk door de Hoge Raad *niet* als voorwaarde voor de classificatie als subjectief belastingplichtige aangenomen.[153]

7.5.2.13 Verhandelbaarheid en de OVBA

Passen we het verhandelbaarheidscriterium toe op de OVBA dan kan het volgende worden geconcludeerd. Bij de OVBA zou door toepassing van artikel 7:823 lid 1 Wetsvoorstel Titel 7.13 opvolging van een uit de vennootschap tredende vennoot of toetreding tot de vennootschap, alleen met medewerking van alle vennoten kunnen geschieden. In lid 5 van hetzelfde artikel staat dat van de leden 3 en 4 niet kan worden afgeweken. Hieruit vloeit voort dat van lid 1 wel mag worden afgeweken.[154] Bepalend zou dan zijn hetgeen de vennoten in de vennootschapsovereenkomst zouden hebben opgenomen. Indien in de overeenkomst een bepaling zou zijn opgenomen dat toetreding en vervanging, buiten geval van vererving of legaat, kan plaatsvinden zonder toestemming van alle vennoten dan lijkt het voor de hand te liggen dat de OVBA als zelfstandig belastingplichtige zal worden aangemerkt. De vennoten zouden vervolgens, net zoals de commanditaire vennoten van de open CV, door wetsfictie als aandeelhouders kunnen worden gekwalificeerd. Door deze kwalificatie zouden de vennoten niet meer als genieters van winst uit onderneming onder artikel 3.3 lid 1 sub a Wet IB 2001 vallen. Zij zouden vallen onder de 'aandeelhouders' die in het artikel expliciet worden uitgesloten. In dat geval zouden de vennoten na de heffing van vennootschapsbelasting, voor het aan hen uitgekeerde dividend in box 2 of box 3 worden belast, afhankelijk van de omvang van hun deelname. De uitspraak van de Hoge Raad in het kader van de vrije verhandelbaarheid bij de open CV[155] zou ook zijn uitwerking kunnen hebben op de OVBA. Dit zou betekenen dat de vraag of de vennootschap *intuitu personae* is aangegaan of juist niet, geen aparte rol zal spelen bij de classificatie. Indien de vennoten niets over de verhandelbaarheid zouden hebben afgesproken in de vennootschapsovereenkomst, zullen de vennoten allen toestemming moeten verlenen voor de toetreding en de vervanging. Ook zouden de vennoten expliciet in de overeenkomst kunnen opnemen dat alle vennoten toestemming moeten geven. Er zou in deze laatste twee gevallen sprake zijn van een fiscaal besloten OVBA. Bij analoge toepassing van de classificatie van de besloten commanditaire vennootschap zou dit een transparante classificatie betekenen.

153. HR 9 december 1992, *BNB* 1993/94.
154. Zie voor een bevestiging hiervan: *Kamerstukken II,* 2003-2004, 28 746, nr. 5, blz. 22.
155. Zie paragraaf 7.5.2.12.

7.5.2.14 Verhandelbaarheid en (toekomstige) personenvennootschappen

Uit hoofde van artikel 7A:1678 BW mag een vennoot zonder de toestemming van de overige vennoten niet een derde persoon als medelid tot de vennootschap toelaten. Hiervan kunnen de vennoten afwijken in de tussen hen gesloten overeenkomst, waardoor een 'open maatschap' ontstaat. Blijkens HR 6 februari 1935, *NJ* 1935, 1513, verzet zich geen wetsbepaling tegen wisseling in personen der maatschap, noch tegen het treffen bij voorbaat van regelingen dienaangaande. Geoorloofd is een bepaling in de vennootschapsakte, waarbij overdraagbaarheid van de deelname in de vennootschap zonder toestemming van alle overige vennoten mogelijk wordt gemaakt. Ook bij de toekomstige openbare vennootschap is het mogelijk om afspraken te maken over de vrije overdraagbaarheid. Deze vrije overdraagbaarheid heeft echter niet tot gevolg dat de personenvennootschap vennootschapsbelastingplichtig wordt.

De eerste vraag die rijst, is welke betekenis het (formele) criterium van de vrije verhandelbaarheid nog heeft, aangezien de participanten van een vennootschap op eenvoudige wijze dit criterium kunnen manipuleren.[156] Het beleid van de staatssecretaris, dat het besloten karakter van de CV moet blijken uit zowel de statutaire bepalingen als de feitelijke gedragingen, wordt niet door de rechters toegepast. Kijken wij hier toch naar, dan komt de tweede vraag op: Hoe kan de relatie tussen de commanditaire vennoot van een besloten CV en deze CV in de huidige wetgeving materieel worden bestempeld? Is deze persoonlijk of onpersoonlijk? Het antwoord op deze tweede vraag hangt af van de mate van zelfstandigheid van de commanditaire vennoot ten opzichte van de CV. Deze zelfstandigheid zou volgens de wetgever getoetst kunnen worden aan de hand van de invloed van de commanditaire vennoot op de bedrijfsuitvoering en de vraag of de onderneming voor rekening van de commanditaire vennoot wordt gedreven en of hij aansprakelijk is voor de schulden van de vennootschap. Het uitgangspunt bij een commanditaire vennootschap is dat de commanditaire vennoot geen directe of indirecte betekenisvolle invloed heeft op de bedrijfsuitoefening. De bevoegdheidscheiding, zoals bij de NV, bestaat dus ook hier. De betrokkenheid van de vennoot door het uitoefenen of beïnvloeden van bestuur is bij de besloten CV daarom in de regel niet aanwezig.[157] Het andere element dat de afstand van de commanditaire vennoot ten opzichte van de vennootschap beheerst, is de gerechtigdheid tot een bepaald percentage van de jaarwinst. Gerechtigdheid tot het liquidatiesaldo is niet meer vereist. Aandeelhouders van een NV of van een BV kunnen via de uitkeringen van dividend ook een percentage van de winst van de vennootschap ontvangen. Verder is de commanditaire vennoot net als de aandeelhouders van de kapitaalvennootschappen

156. HR 9 december 1992, *BNB* 1993/94.
157. De commanditaire vennoot kan wel intern enige invloed uitoefenen.

beperkt aansprakelijk. Wat is dan het verschil tussen een commanditaire vennoot van een besloten CV en een aandeelhouder van een NV of van een BV? Het onderscheid met een aandeelhouder is eigenlijk zonder betekenis geworden.

7.5.2.15 Verhandelbaarheid en vennootschapsbelastingplichtigen

Bij de NV zijn er aandelen aan toonder en aandelen op naam. Bij de BV zijn alleen aandelen op naam mogelijk. De overdraagbaarheid van de aandelen aan toonder is niet onderhevig aan regels, waardoor de aandeelhouder volledige vrijheid heeft. De Nederlandse BV kent door de huidige verplichte blokkeringsregel een beperking van de overdraagbaarheid van haar aandelen. En toch is de BV onmiskenbaar vennootschapsbelastingplichtig.[158] In de nieuwe flexibele wetgeving voor de BV is de blokkeringsregel niet meer verplicht. Deze is vervangen door een krachtens de wet geldende blokkeringsregel waarvan in de statuten kan worden afgeweken. Het voorschrift dat de aandelen op naam moeten worden gesteld, blijft behouden. De reden hiervoor is volgens de wetgever dat de bekendheid met de aandeelhouders daarmee gewaarborgd is.[159] De afschaffing van de blokkeringsregel is dan ook meer gericht op het meer flexibel maken van de regeling dan het creëren van een afstand tussen de aandeelhouders en de vennootschap. De aandeelhouders van de BV zijn in zeer veel gevallen niet zelfstandig. Daarnaast is de overdraagbaarheid van de aandelen een *kenmerk* van de NV, terwijl zij bij de vereniging, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij een *mogelijkheid* is die de wet biedt.[160] Ook hierdoor kan niet gezegd worden dat de vrije verhandelbaarheid bij alle vennootschapsbelastingplichtigen aanwezig is en daarmee de heffing van vennootschapsbelasting rechtvaardigt.

7.5.2.16 Conclusie verhandelbaarheid

De verhandelbaarheid is het kenmerk dat rechtspersonen en 'rechtspersoonachtigen' die beide onder de vennootschapsbelasting vallen, zou moeten verbinden. De essentie die in de vrije verhandelbaarheid besloten lag, namelijk dat de persoon die vrij verhandelbare participaties bezit niet meer is dan een belegger, is inmiddels door de jurisprudentie naar de achtergrond verwezen. Ook geldt voor de BV een blokkeringsregel en bestaat straks bij de flex-BV de mogelijkheid om hiervoor te kiezen. Aan de vennoten van de (toekomstige)

158. Vgl: Buitendijk, J.A. en J.E. Arendse (2002), 'De Limited Liability Company in Nederlands perspectief', WFR 2002/6466, blz. 154-160.
159. *Kamerstukken II,* 2006-2007, 31 058, nr. 3, blz. 13.
160. Buijn, F.K. (2000), Preadvies: Deel II: 'Privaatrechtelijke rechtspersonen: rechtspersoonlijkheid en rechtsvorm', NJV 2000, noot 2 op blz. 171.

personenvennootschappen staat de optie ter beschikking om te kiezen voor uitsluiting van het toestemmingsvereiste in de vennootschapsovereenkomst. Dit zou ook gelden bij de OVBA. Aangezien geen sprake is van een vanzelfsprekende vrije verhandelbaarheid bij vennootschapsbelastingplichtigen en blokkering van verhandelbaarheid bij transparante vennootschappen, vormt de vrije verhandelbaarheid een onvoldoende argument voor het onderscheid tussen de vennootschappen die in de heffing van de vennootschapsbelasting worden betrokken en de transparante vennootschappen.

7.6 Conclusie rechtsgronden en huidige criteria voor de fiscale classificatie van Nederlandse rechtsvormen

In het voorgaande heb ik getracht de achtergronden van de subjectieve belastingplicht van de rechtspersonen en de rechtspersoonachtigen te achterhalen. Deze zijn voor het grootste gedeelte vanuit de NV en het rechtspersonenrecht beschreven. Vervolgens heb ik de uitwerking van deze uitgangspunten in de belastingwetgeving en de rechtspraak besproken en toegepast op de OVBA. Ik heb de uitgangspunten daarnaast in het licht van de huidige situatie van het BV- en personenvennootschapsrecht, het toekomstige personenvennootschapsrecht en de wetsvoorstellen voor de flex-BV geplaatst en onderzocht of zij een voldoende rechtvaardiging vormen voor het onderscheid tussen vennootschapsbelastingplichtigen en transparante entiteiten. Om de analyse voor de classificatie van de OVBA te complementeren bespreek ik in de volgende paragrafen de classificatie van buitenlandse rechtsvormen. Voor de vaststelling van de classificatie kan gebruik worden gemaakt van de classificatiemethode. Deze methode is niet rechtens afdwingbaar maar geeft vennootschappen een handreiking. Voor de classificatie van de OVBA kan de ontwikkeling van de criteria van deze methode in de loop der tijd, inzicht geven in de veranderende eisen die een rol spelen bij de fiscale classificatie van rechtsvormen. In sommige gevallen kunnen de criteria van de classificatiemethode uitgelegd worden aan de hand van hetgeen ik hiervoor heb besproken, zoals het toestemmingsvereiste dat aan bod is gekomen bij de bespreking van de rechtspersoonachtigen. Aangezien de rechter niet gehouden is de classificatiemethode toe te passen, is het van belang aandacht te besteden aan de criteria die de rechter hanteert en de toepassing daarvan op de OVBA. Na de uiteenzetting van de classificatiemethode en de criteria van de rechter kom ik toe aan de classificatie van de OVBA.

7.7 Classificatiemethode buitenlandse rechtsvormen

Tot 18 december 2004 vond de kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen plaats aan de hand van het toetsingskader van het SNC-besluit van 18 september 1997,

BNB 1998/15. In dit besluit speelde het al dan niet bezitten van rechtspersoonlijkheid en het uitdelingsbesluit een belangrijke rol. Met de komst van het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 18 december 2004, nr. CPP2004/2730M[161] werd duidelijk dat het uitdelingsbesluit geen voldoende onderscheidend criterium was gebleken tussen transparante en niet-transparante lichamen.[162] Ook aan de rechtspersoonlijkheid van een samenwerkingsverband kwam in het nieuwe besluit in wezen geen zelfstandige betekenis meer toe. De criteria van de rechtspersoonlijkheid en het uitdelingsbesluit maakten plaats voor een toetsing van het buitenlandse samenwerkingsverband aan vier criteria: (1) of het samenwerkingsverband eigendom kan hebben, (2) hoe de aansprakelijkheid van de participanten geregeld is, (3) of het samenwerkingsverband een in aandelen verdeeld kapitaal heeft en (4) of de participaties vrij overdraagbaar zijn. Deze criteria zijn met enkele aanpassingen opgenomen in het besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/529M ('**classificatiebesluit**') dat het besluit van 18 december 2004 inmiddels heeft vervangen.[163] De vier criteria komen in sterke mate overeen met de onderliggende uitgangspunten die de wetgever heeft gehanteerd bij het vaststellen van de belastingplicht van Nederlandse vennootschappen en hun participanten.[164] Aan de buitenlandse CV-achtigen wordt als speciale entiteit aandacht besteed. Ik licht eerst het toetsingskader toe door de vier criteria met bijbehorende vragen te bespreken. Daarna komt de methode voor de classificatie aan bod en pas ik deze toe op de OVBA.

7.7.1 Ad 1: Eigendom

Bij het *eerste* criterium is van belang of het samenwerkingsverband de juridische eigendom kan hebben van de vermogensbestanddelen waarmee de activiteiten van het samenwerkingsverband worden uitgeoefend. Hiervan is

161. Met dit besluit zijn de volgende besluiten ingetrokken: besluit van 4 mei 1994, nr. DGO 94-04107, besluit van 18 september 1997, nr. DGO 97-00417 en besluit van 1 december 2000, nr. CPP2000/2666M.
162. Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 18 december 2004, nr. CPP2004/2730M, blz. 3.
163. Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009, nr. CPP2009/529M, Staatscourant van 21 december 2009, nr. 19749. Het besluit richt zich op samenwerkingsverbanden die vergelijkbaar zijn met lichamen in de zin van artikel 2 lid 1 onderdeel b van de Algemene wet inzake rijksbelastingen, met uitzondering van de rechtsvormen die vergelijkbaar zijn met de stichting, het fonds voor gemene rekening, de trust en overige doelvermogens. De kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen die overeenkomen met verenigingen, die op onderlinge grondslag als verzekeraar of kredietinstelling optreden, met coöperaties, met verenigingen op coöperatieve grondslag of met onderlinge waarborgmaatschappijen, valt ook buiten het toetsingskader van het classificatiebesluit.
164. Vgl: Graaf, A.C.G.A.C. de, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens (2008), *supra* noot 28, blz. 144-145.

sprake als het samenwerkingsverband vermogensbestanddelen kan verwerven en rechten en verplichtingen aan kan gaan.

7.7.2 Ad 2: Aansprakelijkheid

Voor het *tweede* criterium moet worden nagegaan of alle participanten beperkt aansprakelijk zijn voor de schulden en de andere verplichtingen van het samenwerkingsverband. Met de beperkte aansprakelijkheid wordt in het classificatiebesluit bedoeld dat de aansprakelijkheid van de participant zich niet verder uitstrekt dan tot het ingelegde vermogen dan wel de volstortingsplicht. Bij een onbeperkte aansprakelijkheid is de aansprakelijkheid niet gemaximeerd tot een vast bedrag. Ten opzichte van het besluit van 18 december 2004, nr. CPP2004/2730M is de vraagstelling bij dit criterium omgedraaid. In plaats van de vraag of er ten minste een onbeperkt aansprakelijke participant deelneemt in het samenwerkingsverband, is de vraag nu gericht op de participanten die beperkt aansprakelijk zijn. Een deel van de toelichting is hierdoor komen te vervallen.[165] Inhoudelijk lijken er geen aanpassingen bedoeld te zijn met de gewijzigde toelichting.[166]

7.7.3 Ad 3: Samenwerkingsverband met een in aandelen verdeeld kapitaal

Voor het *derde* criterium dient de vraag gesteld te worden of het samenwerkingsverband een in aandelen verdeeld kapitaal heeft. De staatssecretaris heeft in het classificatiebesluit vermeld dat onder een 'in aandelen verdeeld kapitaal' ook wordt verstaan de kapitaaldeelname die maatschappelijk aan aandelen kan worden gelijkgesteld. In de toelichting van het classificatiebesluit staat dat indien het vennootschappelijke kapitaal verdeeld is in gelijke of evenredige gedeelten (participaties) die recht geven op een evenredig deel van de winst en liquidatie-uitkering en evenredige zeggenschap, het kapitaal in maatschappelijke zin gelijk zal worden gesteld met een in aandelen verdeeld

165. In het besluit van 18 december 2004, nr. CPP2004/2730M was bijvoorbeeld de toelichting opgenomen dat zowel de hoofdelijke aansprakelijkheid als de aansprakelijkheid voor gelijke delen onder de onbeperkte aansprakelijkheid vallen en dat in het classificatiebesluit geen onderscheid gemaakt wordt tussen onbeperkte primaire aansprakelijkheid en subsidiaire aansprakelijkheid. Met subsidiaire aansprakelijkheid wordt bedoeld dat participanten pas kunnen worden aangesproken wanneer is gebleken dat de vennootschap zijn verplichtingen niet kan nakomen. Deze situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen bij liquidatie of faillissement. De invulling van het aansprakelijkheidscriterium in de methode van het besluit van 18 december 2004, nr. CPP2004/2730M komt in grote mate overeen met hetgeen in de parlementaire geschiedenis als toelichting is gegeven bij het rechtstreeks verbondenheidscriterium van het fiscale ondernemersbegrip.
166. Vgl: Stevens, A.J.A. (2010), 'Het nieuwe classificatiebesluit', NTFR 2010-12, blz. 7-13.

kapitaal.[167] In het besluit van 18 december 2004, nr. CPP2004/2730M verwees de staatssecretaris naar het arrest van de Hoge Raad van 24 november 1976, *BNB* 1978/13. In dit arrest heeft de Hoge Raad beslist dat bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een 'andere vennootschap welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld': *'[N]iet slechts moet worden gelet op de omstandigheid, of het vennootschappelijk kapitaal van de betrokken vennootschap al dan niet in gelijke delen is verdeeld, maar mede daarop of die vennootschap naar haar aard ook overigens economisch en maatschappelijk met de in genoemde bepaling meer specifiek aangeduide vennootschappen voldoende overeenstemt'*.

7.7.4 Ad 4: Verhandelbaarheid

Het *vierde* criterium betreft de verhandelbaarheid. De volgende vraag dient hiervoor beantwoord te worden: *Kan er, buiten het geval van vererving of legaat, toetreding of vervanging van participanten plaatsvinden zonder dat er toestemming nodig is van alle participanten?* De staatssecretaris heeft aangegeven dat voor de beantwoording van deze vraag de statuten of de vennootschapsovereenkomst beoordeeld dienen te worden en getoetst dienen te worden aan de inhoud van het besluit van 11 januari 2007, nr. CPP2006/1869.

Om te bepalen of een buitenlands samenwerkingsverband een niet-transparant of een transparante entiteit is, wordt in het besluit onderscheid gemaakt tussen de categorie kapitaalvennootschappen (niet-transparant) en de categorie personenvennootschappen (transparant). Van een kapitaalvennootschap is in ieder geval sprake indien drie van de vier vragen van het toetsingskader bevestigend zijn beantwoord (categorie 1 kapitaalvennootschappen) of in gevallen waarin vaststaat dat de aansprakelijkheid van alle participanten in een samenwerkingsverband beperkt is tot hun inleg dan wel de stortingsplicht, de onderneming eigendom is van het samenwerkingsverband en de onderneming ook overigens niet voor rekening en risico van de participanten wordt gedreven (categorie 2 kapitaalvennootschappen). De staatssecretaris verwijst voor deze laatste categorie naar de uitspraak van de Hoge Raad van 2 juni 2006, *BNB* 2006/288. Het probleem is echter dat in deze uitspraak het *'voor rekening van'*-criterium niet nader door de rechter wordt uitgelegd. Deze uitspraak bespreek ik in paragraaf 7.9. Doordat de staatssecretaris zelf geen verdere invulling geeft aan het *'voor rekening van'*-criterium blijft het onzeker wanneer een samenwerkingsverband onder de tweede categorie kapitaalvennootschappen valt. Ook is daardoor de verhouding tussen de eerste categorie en de tweede categorie kapitaalvennootschappen onduidelijk omdat ook sprake kan zijn van een

167. Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009, nr. CPP2009/529M, blz. 2.

kapitaalvennootschap als de beantwoording van alleen de eerste en tweede vraag van het toetsingskader bevestigend luidt. Voor de eerste categorie kapitaalvennootschappen lijkt dan geen bestaansgrond te zijn.[168]

Indien na toetsing de conclusie luidt dat het samenwerkingsverband niet geclassificeerd kan worden als kapitaalvennootschap in de zin van het classificatiebesluit, dan wordt het samenwerkingsverband aangemerkt als een personenvennootschap. Wel dient nog te worden beoordeeld of (a) sprake is van een samenwerkingsverband dat overeenkomt met een Nederlandse (open) commanditaire vennootschap dan wel of (b) de personenvennootschap in casu als kapitaalvennootschap deelneemt aan het economische verkeer.[169] Indien de vragen (a) en (b) beide ontkennend zijn beantwoord is sprake van een transparant samenwerkingsverband. In tegenstelling tot het besluit van 18 december 2004, nr. CPP2004/2730M bevat het classificatiebesluit geen bijlage waarin beoordeelde samenwerkingsverbanden zijn opgenomen. Het classificatiebesluit verwijst naar een lijst van gekwalificeerde buitenlandse samenwerkingsverbanden die is gepubliceerd op de website van de belastingdienst. Door het plaatsen van de lijst op deze website is het eenvoudiger om de lijst te actualiseren. De lijst bevat een aantal samenwerkingsverbanden waarvoor niet alle vragen van het toetsingskader zijn beantwoord, maar waaraan wel een classificatie is toegekend. Een voorbeeld daarvan is de Engelse LLP. De eerste en de tweede vraag worden bevestigend beantwoord. De derde vraag ontkennend en de vierde vraag is niet beantwoord. De Engelse LLP wordt vervolgens als transparante entiteit aangemerkt. Opvallend is dat voor de Delaware LLP de vragen exact hetzelfde worden beantwoord als voor de Engelse LLP, maar deze entiteit wordt juist als niet-transparante entiteit geclassificeerd. Wellicht dat de Delaware LLP in de tweede categorie kapitaalvennootschappen valt waardoor het verschil met de Engelse LLP zou kunnen zijn dat bij de Delaware LLP niet aan het *'voor rekening van'*-criterium voldaan

168. Vgl: Stevens, A.J.A. (2010), *supra* noot 166, blz. 7-13.
169. Een samenwerkingsverband is vergelijkbaar met een Nederlandse CV indien het samenwerkingsverband de volgende kenmerken bezit: (1) op naam van het samenwerkingsverband wordt een onderneming gedreven, (2) er is ten minste een beherend vennoot en een commanditaire vennoot, (3) de beherend vennoot is onbeperkt of voor een gelijk deel aansprakelijk tegenover derden, de commanditaire vennoot is slechts intern draagplichtig tot maximaal het door hem ingelegde vermogen, (4) de commanditaire vennoot verricht geen externe daden van beheer en bestuur en (5) de vennootschap heeft geen in aandelen verdeeld kapitaal. Indien het samenwerkingsverband overeenkomt met een Nederlandse CV dient op grond van artikel 2 lid 3 onderdeel c van de Algemene wet inzake rijksbelastingen beoordeeld te worden of het een open of besloten samenwerkingsverband is. Bij een open samenwerkingsverband is sprake van niet-transparantie, bij besloten van transparantie. De vraag of een personenvennootschap in casu als kapitaalvennootschap deelneemt aan het economische verkeer moet worden beoordeeld aan de hand van het arrest van de Hoge Raad van 24 november 1976, *BNB* 1978/13.

is. Ik zie echter niet in waarom de Engelse LLP wel aan dit criterium zou voldoen en de Delaware LLP niet (ik zet dit verder uiteen in de volgende paragrafen). Een nadere uitleg door de staatssecretaris is niet gegeven. De classificatiemethode blijft daarom onduidelijk.

7.8 De classificatiemethode voor buitenlandse rechtsvormen en de OVBA

7.8.1 Vragen een en twee van de classificatiemethode

De eerste vraag van de classificatiemethode of de OVBA zelf de juridisch eigendom zou kunnen hebben van de vermogensbestanddelen zou bevestigend kunnen worden beantwoord. Ten aanzien van het antwoord op de tweede vraag of alle vennoten beperkt aansprakelijk zouden zijn voor de schulden en de andere verplichtingen van het samenwerkingsverband, zou niet met zekerheid uitsluitsel gegeven kunnen worden. Dit komt doordat het classificatiebesluit geen duidelijk inzicht geeft welke vorm en reikwijdte van aansprakelijkheid van participanten onder het aansprakelijkheidscriterium valt. Omvat dit criterium alleen de aansprakelijkheid uit de wet of kan de contractuele aansprakelijkheid er ook onder worden geschaard? Daarnaast is ook niet duidelijk of de OVBA zou voldoen aan het aansprakelijkheidscriterium als er sprake zou zijn van een interne onbegrensde aansprakelijkheid. Het is niet helder voor welke schulden en verplichtingen van het samenwerkingsverband een participant beperkt aansprakelijk moet zijn.[170] Dit laatste is met name van belang bij de OVBA. Indien de aansprakelijkheid voor eigen fouten en tekortkomingen in de nakoming niet aangemerkt wordt als beperkte aansprakelijkheid, of bijvoorbeeld dat een bepaling in de vennootschapsovereenkomst dat een of meer vennoten geen bescherming zouden genieten geen betekenis heeft, dan zou bij de OVBA de derde vraag ontkennend luiden.

Wellicht dat de lijst met gekwalificeerde samenwerkingsverbanden duidelijkheid kan geven over de reikwijdte van de aansprakelijkheid. In deze lijst wordt namelijk per land/staat voor bepaalde met name genoemde rechtsvormen aangegeven of deze rechtsvormen transparant dan wel niet-transparant zijn. Opvallend is dat de vraag of alle participanten van het samenwerkingsverband beperkt aansprakelijk zijn bij de LLP uit Minnesota en New York ontkennend wordt beantwoord, terwijl dezelfde vraag bij de Delaware LLP en de Engelse LLP bevestigend wordt beantwoord. De verschillen tussen de aansprakelijkheidsregels van deze entiteiten zou daarom aanvullend inzicht kunnen geven

170. Kempen, M.L.M. van (2005), 'Kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen', WFR 2005/6621, blz. 573-582.

over de beoordeling van de aansprakelijkheid door de staatssecretaris. De classificatie van deze laatste twee entiteiten is ook om een andere reden interessant. Alhoewel voor beide entiteiten het antwoord op de vragen van het toetsingskader gelijkluidend zijn, is de uiteindelijke classificatie verschillend. De Delaware LLP wordt aangemerkt als *niet-transparant*, de Engelse LLP als *transparant*. Een specifieke toelichting bij deze classificaties is niet gegeven.

7.8.1.1 De aansprakelijkheid van participanten bij de Minnesota LLP, de New York LLP en de Delaware LLP

De staten Minnesota en New York waren de eerste twee staten die een *full shield*-aansprakelijkheid introduceerden voor de LLP.[171] De LLP-regelingen boden de vennoten bescherming tegen alle verplichtingen en schulden van de vennootschap. Dit betekent dat een schuldeiser van de vennootschap geen recht heeft om een juridische procedure te beginnen tegen een vennoot persoonlijk, louter op basis van de hoedanigheid van vennoot. Daarnaast biedt een dergelijke LLP-regeling bescherming tegen de interne aansprakelijkheid, de verplichting tot bijdrage aan het verlies van de vennootschap. De staat Minnesota heeft uiteindelijk de bepalingen van de RUPA 1997 in haar LLP-wetgeving opgenomen, die vanaf 1 januari 2002 van kracht zijn. In de VS is het mogelijk de volledige, of een deel van de bescherming van alle of sommige vennoten, weg te contracteren. In sommige staten is dit expliciet in de wettelijke regeling opgenomen, in andere staten is een dergelijke bepaling achterwege gelaten. In de Minnesota LLP-regeling en de RUPA 1997 staan geen expliciete bepalingen die regelen dat de vennoten in de vennootschapsovereenkomst van de wettelijke regeling van de beperkte aansprakelijkheid kunnen afwijken. In de toelichting bij de RUPA 1997 staat wel dat contractuele privé-garanties en afspraken in de vennootschapsovereenkomst, die de beperkte aansprakelijkheid opzij zetten, de aansprakelijkheidsbescherming kunnen wijzigen.[172] Dit lijkt erop te wijzen dat ook de vennoten van de Minnesota LLP vrij zijn te bepalen wat de gewenste invulling van de aansprakelijkheid is.[173] In de LLP-regeling van New York staat expliciet in de wetgeving opgenomen dat in de vennootschapsovereenkomst kan worden afgeweken van de wettelijke beperking van aansprakelijkheid van vennoten indien een meerderheid van de vennoten heeft toegestemd,

171. Minnesota Statutes 323A.0306(c) en N.Y. Partnership Law § 26(c).
172. RUPA 1997, Comment § 306.
173. In de literatuur is erop gewezen dat in het geval geen bepaling in de wet is opgenomen, unanimiteit van stemmen (de goedkeuring van alle vennoten) vereist is voor het opnemen, wijzigen of verwijderen van afspraken over de aansprakelijkheid. Zie: A.R. Bromberg en L.E. Ribstein (2005), 'On Limited Liability Partnerships, the Revised Uniform partnership Act, and the Uniform Limited Partnership Act 2001', New York: Aspen Publishers, § 3.05.

tenzij een andersluidende afspraak is opgenomen in de vennootschapsovereenkomst.[174] Delaware heeft vanaf 1997 een *full shield*-aansprakelijkheid[175] geïntroduceerd voor de LLP. De aansprakelijkheidsbepaling uit de Delaware Code is, net als de Minnesota LLP-regeling, gebaseerd op de bepalingen van de RUPA 1997. De Delaware LLP-regeling bevat echter wel een expliciete bepaling dat afwijking van de wettelijke aansprakelijkheidsbescherming kan worden overeengekomen tussen de vennoten, waardoor de Delaware LLP-regeling aansluit bij de New Yorkse LLP-regeling.[176] Onduidelijk is daarom welke reden ten grondslag ligt aan de verschillende beantwoording van de vraag naar de aansprakelijkheid bij de Delaware LLP aan de ene kant en de Minnesota LLP en de New York LLP aan de andere kant. Volgens het classificatiebesluit worden alle vennoten van de Delaware LLP beperkt aansprakelijk geacht, terwijl de vennoten van de Minnesota LLP en de New York LLP dit volgens het classificatiebesluit niet zijn. Dit zou betekenen dat de materiële werkelijkheid afwijkt van die van het classificatiebesluit. De verschillende aansprakelijkheidsregelingen van de LLP's uit Minnesota, New York en Delaware geven geen achtergrond aan de invulling van het aansprakelijkheidscriterium door staatssecretaris van Financiën.

7.8.1.2 De aansprakelijkheid van participanten bij de Engelse LLP

De wettelijke regeling voor de LLP van het Verenigd Koninkrijk, de LLPA, bevat geen expliciete bepaling die de persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten voor de (beroeps)fouten van medevennoten beperkt, of die de vennoot voor zijn eigen fouten aansprakelijk acht. De *explanatory notes* geven aan dat beperking van aansprakelijkheid mogelijk is doordat de LLP rechtspersoonlijkheid heeft. De LLP is zelf aansprakelijk voor de schulden van de LLP, de vennoten zijn in beginsel niet verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap.[177] Door deze rechtspersoonlijkheid en het feit dat de deelnemers onder de LLP-wetgeving worden aangemerkt als vertegenwoordigers van de vennootschap, zal de contractuele aansprakelijkheid van de partners een aangelegenheid zijn tussen de derde partij en de vennootschap zelf. De aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad is welbewust vaag gelaten zodat de rechterlijke instanties daarover kunnen beslissen. Aansprakelijkheid van de vennoten ontstaat verder als de naam van de vennootschap verkeerd wordt gebruikt of bijvoorbeeld als er sprake is van doorbraak van aansprakelijkheid.

174. N.Y. Partnership Law § 26(d).
175. Delaware Code Title 6: § 15-306(c).
176. Delaware Code Title 6: § 15-306(e).
177. Explanatory Notes onder punt 15: *'However, because the limited liability partnership will be a separate legal entity with which the client has contracted, only one action (the tort action) is potentially available against the member'.*

Opmerkelijk is dat de LLP van het Verenigd Koninkrijk veel karakteristieken heeft van een kapitaalvennootschap omdat ook een groot gedeelte van het kapitaalvennootschapsrecht hierop van toepassing is verklaard. Ook bij de Engelse LLP is het uitgangspunt dus beperkte aansprakelijkheid, tenzij er andere afspraken zijn gemaakt met de derde partij. Desalniettemin wordt de Engelse LLP door het classificatiebesluit van de staatssecretaris fiscaal als een transparante entiteit aangemerkt. De logica lijkt hier ver te zoeken en meer inzicht in hoe de staatssecretaris met de aansprakelijkheid omgaat, krijgen wij dan ook niet door de lijst met gekwalificeerde samenwerkingsverbanden.

7.8.2 Vragen drie en vier van de classificatiemethode

Volgens de jurisprudentie is voor de vraag of een vennootschap een in aandelen verdeeld kapitaal heeft, doorslaggevend of de gerechtigdheid tot de winst van de vennootschap plaatsvindt naar rato van het belang van de participanten in de vennootschap.[178] Voor de Delaware-LLP is de winstverdeling vastgelegd in § 15-401(b) Delaware Code Title 6: *'Each partner is entitled to an equal share of the partnership profits and is chargeable with a share of the partnership losses in proportion to the partner's share of the profits'*. De Delaware-LLP heeft inderdaad in beginsel geen in aandelen verdeeld kapitaal. Bij de Engelse LLP is in de *Regulations* in dezelfde trant bepaald dat: *'[A]ll the members of a limited liability partnership are entitled to a share equally in the capital and the profits of the limited liability company'*.[179] Van beide bepalingen kan in de vennootschapsovereenkomst worden afgeweken. Mogelijk zou zijn om de gerechtigdheid in deze overeenkomst afhankelijk te maken van bijvoorbeeld de inbreng. Door de vrijheid van de vennoten is, in tegenstelling tot het antwoord dat is opgenomen in de lijst met gekwalificeerde samenwerkingsverbanden, een bevestigend antwoord op vraag drie mogelijk. Dan rest nog vraag vier. Deze heeft de staatssecretaris van Financiën voor sommige rechtsvormen die zijn opgenomen in de lijst met gekwalificeerde samenwerkingsverbanden niet beantwoord. Wijziging van de vennotensamenstelling is zowel bij de Delaware LLP als bij de Engelse LLP's aan de goedkeuring van alle vennoten onderhevig.[180] Ook hiervan kan worden afgeweken in de (vennootschaps)overeenkomst.[181] Het antwoord op vraag vier is dan ook situatie-afhankelijk, uitgangspunt is dat er geen sprake is van een vrije verhandelbaarheid. Waarom de staatssecretaris in het classificatiebesluit

178. Hof Amsterdam 18 februari 2004, nr. 02/6378, 03/1146 en 03/1147.
179. LLP Regulations 2001, Regulation 7(1).
180. Over de toetreding en de vervanging staat in de *Delaware Code* de volgende bepaling § 15-401(i): *'A person may become a partner only with the consent of all of the partners'*. Zie ook: RUPA § 401(i). Over de toetreding staat in de Engelse LLPA: Article 4(2): *'Any person may become a member of a limited liability partnership by and in accordance with an agreement with the existing members'*.
181. § 15-103(a), (b) en (d) Delaware Code Title 6 en LLPA article (5)(1).

de Delaware LLP als *niet-transparant* heeft aangemerkt en de Engelse LLP als *transparant,* wordt helaas niet duidelijker na een nadere analyse van de wetgeving die deze LLP's beheerst. Deze analyse resulteert eerder in een omgekeerde uitkomst, namelijk dat de Engelse LLP *niet-transparant* zou moeten zijn en de Delaware LLP *transparant* omdat de Engelse LLP meer weg heeft van een kapitaalvennootschap door de vele kapitaalvennootschapsregels die ook op de Engelse LLP van toepassing zijn. Invulling van het *'voor rekening van'*-criterium zou nog aanleiding hebben kunnen geven voor deze verschillende classificatie, aangezien dit criterium bij een bevestigend antwoord op vragen een en twee van het toetsingskader een rol speelt voor de tweede categorie kapitaalvennootschappen (zie paragraaf 7.7.4). Maar ook voor de invulling hiervan geven de verschillende LLP-regelingen geen aanknopingspunten. Wanneer de vragen drie en vier van het toetsingskader worden toegepast op de OVBA, zou ook bij deze vennootschap vraag drie in beginsel met 'nee' worden beantwoord. Indien hetzelfde geldt voor vraag vier, dan is ook daar het antwoord 'nee'.

7.8.3 Conclusie classificatiemethode buitenlandse rechtsvormen

Concluderend kan gesteld worden dat na toepassing van de classificatiemethode van buitenlandse rechtsvormen op de OVBA geen eenduidig antwoord gegeven kan worden op de classificatievraag. Dit komt doordat de vraag over de aansprakelijkheid van de participanten niet beantwoord kan worden. Indien de classificaties van de LLP's uit Minnesota, New York, Delaware en het Verenigd Koninkrijk erbij gehaald worden, is te zien dat in het classificatiebesluit niet heel consequent wordt omgegaan met de vraag of er sprake is van alleen maar beperkt aansprakelijke vennoten. Indien we de Engelse aansprakelijkheid afzetten tegen die van de OVBA-vennoten valt op dat de Engelse aansprakelijkheid uit hoofde van wanprestatie volledig afhankelijk is van de contractuele afspraken met de derde, terwijl bij de OVBA het uitgangspunt zou zijn dat de vennoten in ieder geval voor hun eigen tekortkomingen in de nakoming van een verbintenis aansprakelijk zouden zijn. Een eventuele gelijke transparante behandeling van de OVBA zou dan op zijn plaats kunnen zijn. Ook gezien het feit dat de Engelse LLP veel meer weg heeft van een kapitaalvennootschap dan de Delaware LLP, is het vreemd dat de uitkomst van de toets bij de Engelse LLP resulteert in transparantie, maar bij de Delaware LLP in niet-transparantie. Het omgekeerde zou eerder te verwachten zijn. De verwijzing naar het *'voor rekening van'*-criterium uit de rechtspraak maakt het classificatiebesluit er niet duidelijker op omdat dit criterium niet nader door de rechter is ingevuld. In de literatuur is dan ook betoogd dat het classificatiebesluit geen goede oplossing geeft voor die situaties waarin geen Nederlandse equivalent van de te classificeren buitenlandse rechtsvorm bestaat. Op dat punt wreekt zich

het ontbreken van een duidelijke grondslag voor de indeling tussen fiscaal transparante en vennootschapsbelastingplichtige lichamen.[182]

7.9 De classificatie van buitenlandse rechtsvormen in de jurisprudentie

De zojuist besproken classificatiemethode wordt niet vanzelfsprekend door de Nederlandse rechter toegepast bij de classificatie van buitenlandse rechtsvormen. De criteria die de rechter toepast zijn daarom van belang bij de indeling van de OVBA in de categorie niet-transparante entiteiten of de categorie transparante entiteiten. Een voorbeeld van een zaak waarin de rechter zijn eigen criteria hanteert, is het arrest van 2 juni 2006, *BNB* 2006/288. In deze zaak stond een Amerikaanse LLC, gevestigd in Delaware, centraal. Een Nederlandse holding BV met een Antilliaanse moedervennootschap, houdt een 20% belang in deze LLC. De Nederlandse holding BV had gelden van haar Antilliaanse moeder doorgeleend aan de LLC en de betreffende interestkosten afgetrokken. Dit leidde tot een negatieve winst bij de Nederlandse holding BV. De primaire rechtsvraag was of de LLC een vennootschap is, waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld en derhalve een niet-transparante entiteit is. De Nederlandse holding BV betoogde dat de LLC fiscaal transparant was waardoor de deelnemingsvrijstelling en de kostenaftrekbeperking, die gelden voor niet-transparante rechtsvormen, niet van toepassing waren. Het Hof stelde de classificatie van de LLC vast aan de hand van de vraag of de behaalde winsten (en verliezen) rechtstreeks aan haar participanten konden worden toegerekend. Het antwoord op deze vraag luidde ontkennend, waardoor de LLC niet-transparant werd geacht. Dat bij de LLC de winst niet rechtstreeks kon worden toegerekend aan de participanten, baseerde het Hof voornamelijk op de overweging dat de participanten niet hoofdelijk en voor het geheel aansprakelijk waren voor de schulden van de LLC, maar dat zij jegens derden aansprakelijk waren tot het bedrag van hun kapitaalinleg.[183] Als extra versterkende argumenten voerde het Hof aan dat het vermogen toebehoorde aan de LLC zelf en dat de onderneming ook niet (feitelijk) voor rekening en risico van de participanten werd gedreven. De beperkte aansprakelijkheid was voor het Hof echter genoeg reden om reeds tot niet-transparantie te beslissen.[184] De vraag of de participaties al dan niet overdraagbaar waren, behoefde door het Hof niet te worden beantwoord.

182. Stevens, A.J.A. (2008), *supra* noot 25, blz. 21-26.
183. HR 2 juni 2006, *BNB* 2006/288, r.o. 5.4.
184. Hof Amsterdam 18 februari 2004 (Nr. 02/6378, o3/1146 en 03/1147).

Het Hof geeft aan dat zijn beoordeling gebaseerd is op titel 6 van de Delaware Code in samenhang met de LLC-*agreement*. Het Hof heeft in zijn overwegingen opgenomen dat de Delaware LLC's in beginsel worden geregeerd door de LLC-*agreement* en er ten aanzien van de inrichting verstrekkende contractsvrijheid bestaat. Uit de Delaware Code blijkt dat in de LLC-overeenkomst kan worden vastgelegd dat bepaalde participanten van de LLC wel persoonlijk aansprakelijk kunnen zijn voor bepaalde of voor alle schulden en verplichtingen van de vennootschap.[185] Deze aansprakelijkheid zou invloed kunnen hebben op de toetsing van de LLC aan het aansprakelijkheidscriterium, dat inhoudt dat de participanten hoofdelijk en voor het geheel aansprakelijk dienen te zijn voor de schulden van de LLC. Onder punt 2.6 van de uitspraak staan de volgens het Hof van belang zijnde bepalingen uit de betreffende LLC-overeenkomst. Bepalingen inzake de verplichtingen om tekorten aan te vullen, zijn opgenomen, bepalingen over de (externe) aansprakelijkheid echter niet. Dit kan betekenen dat er hieromtrent geen extra afspraken zijn gemaakt door de participanten van de LLC of dit kan betekenen dat er wel afspraken zijn gemaakt maar dat deze niet door het Hof zijn opgenomen in het rijtje 'van belang zijnde bepalingen'. De Nederlandse holding BV voert in haar beroepsschrift in cassatie over de stellingname van het Hof[186] aan dat indien zij (de Nederlandse holding BV) een commanditaire vennoot in een CV zou zijn geweest, het Hof deze conclusie niet zou hebben getrokken. In de conclusie van A-G Wattel staat hierover vervolgens: *'De tegenwerpingen houden dus niet in dat het in concreto in casu – bijvoorbeeld met betrekking tot de (beperkte) aansprakelijkheid van de participanten – ook daadwerkelijk anders is dan het Hof vaststelde'*.[187] Hieruit zou geconcludeerd kunnen worden dat er in de LLC-*agreement* geen specifieke aansprakelijkheidsbepalingen waren opgenomen. Dat is jammer aangezien dit eventueel iets meer achtergrond zou hebben kunnen geven over hoe deze 'uitzonderingen' op de beperkte aansprakelijkheid door het Hof gezien zouden worden. Dit zou ons meer informatie hebben gegeven over de reikwijdte van de aansprakelijkheid van het aansprakelijkheidscriterium en daarnaast bijvoorbeeld over welke gevolgen de aansprakelijkheid voor eigen fouten en tekortkomingen in de nakoming zou hebben. Een uitgebreidere uitspraak van het Hof over de invulling van het aansprakelijkheidscriterium zou nuttig geweest zijn bij de vaststelling van de mogelijke classificatie van de OVBA, aangezien bij deze rechtsvorm de aansprakelijkheid van de vennoten ook verschillende gradaties kan aannemen.

185. § 18-108 en § 18-303 Delaware LLC Code.
186. De stelling dat beperkte aansprakelijkheid leidt tot winsten en verliezen die rechtstreeks aan de participant opkomen of aan haar moeten worden toegerekend.
187. Zie: punt 4.2 van de conclusie.

Het Hof heeft verder geen nadere motivering gegeven waarom de onderneming in casu (feitelijk) voor rekening en risico van de participanten wordt gedreven. Ook dit is jammer, omdat over de invulling van het *'voor rekening van'*-criterium verschillend is gedacht en een verdergaande uitleg van het Hof gebruikt zou kunnen worden bij de classificatie van de OVBA. Volgens A-G Wattel is het *'voor rekening van'*-criterium gelijk aan het criterium van het rechtstreeks toekomen. Dit 'hoofdcriterium' is dan volgens hem afhankelijk van (1) of een uitdelingsbesluit noodzakelijk is, (2) er sprake is van rechtspersoonlijkheid en (3) of de participanten onbeperkt aansprakelijk zijn. In het classificatiebesluit van de staatssecretaris was juist geen plaats meer voor het uitdelingsbesluit en ook de rol van de rechtspersoonlijkheid is afgenomen. Daarnaast rijst de vraag of het Hof het *'voor rekening van'*-criterium op deze wijze heeft bedoeld aangezien het Hof ter bevestiging van de stelling dat de winsten rechtstreeks aan de participanten konden worden toegerekend het argument aandroeg dat de onderneming (feitelijk) voor rekening en risico van de participanten werd gedreven. In cassatie was voor een verdergaande toetsing van de uitleg van de Delaware Code en de LLC-*agreement* door het Hof geen plaats. De Hoge Raad stelde dat het oordeel van het Hof dat de LLC niet-transparant is, geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting en verklaarde het beroep van de Nederlandse holding BV ongegrond.

7.10 Jurisprudentie in het kader van de classificatie van buitenlandse rechtsvormen en de OVBA

In de jurisprudentie is de classificatiemethode van buitenlandse rechtsvormen aan de kant gezet. Althans voor het grootste gedeelte. In de hiervoor besproken zaak was de wettelijke beperking van de aansprakelijkheid voor het Hof voldoende om aan te nemen dat de winst niet rechtstreeks kon worden toegerekend.[188] Op basis van de aansprakelijkheid van de vennoten van de OVBA zou de OVBA naar aanleiding van deze uitspraak, ook geclassificeerd worden als een niet-transparant lichaam. Als het tweede argument van het Hof voor de niet-transparantie van de LLC op de OVBA zou worden toegepast dan is ook daar de conclusie dat er sprake is van niet-transparantie, aangezien de OVBA een zelfstandig vermogen zou hebben. Het is niet duidelijk wat het Hof met het derde argument voor niet-transparantie, het 'feitelijk voor rekening en risico drijven van de onderneming' heeft bedoeld. Dit kenmerk kan ik daarom

188. In de literatuur is dit ook wel bevestigd zo schrijft van Brunschot: *'Bij de gegeven onbeperkte aansprakelijkheid van de participanten is, dunkt mij, in economische zin sprake van een dergelijk rechtstreeks toekomen'.* Zie: F.W.G.M. van Brunschot (1978), 'Nederlandse fiscale aspecten van Franse 'transparante' vennootschappen', in: J. Renes et al. (1978), 'Fiscale Miniaturen', Deventer: FED, blz. 22.

niet toepassen op de OVBA. Aangezien het Hof het eerste argument voor niet-transparantie, de aansprakelijkheid, voldoende achtte om de LLC als vennootschapsbelastingplichtige aan te merken, zou dit betekenen dat de OVBA aan de hand van de jurisprudentie betreffende de classificatie van buitenlandse rechtsvormen als niet-transparant zou worden aangemerkt.

7.11 Conclusie classificatie van de OVBA in het huidige Nederlandse belastingregime

Indien we de kenmerken van de zelfstandigheid van de vennootschap *apart* toepassen op de OVBA dan zou er ten eerste wat betreft het zelfstandige vermogen een niet-transparante classificatie uitkomen. Ten aanzien van de afgescheiden winst zou de OVBA in beginsel als transparant classificeren, echter afspraken in de vennootschapsovereenkomst zouden tot niet-transparantie kunnen leiden. De toekomstige classificatie van de OVR en CVR lijkt erop te duiden dat de fiscale wetgever het zelfstandige vermogen, dat gepaard gaat met de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap, van geringere betekenis heeft geacht voor het onderscheid tussen transparantie en niet-transparantie dan de andere kenmerken van zelfstandigheid. Deze afname in het onderscheidend karakter van het zelfstandige vermogen sluit aan bij de werkelijke situatie, waarin ook de personenvennootschappen door het afgescheiden vermogen een zekere zelfstandigheid hebben gekregen. De afgescheiden winst (het *niet* rechtstreeks toekomen van de winst) is door de wetgever aan de ene kant gekoppeld aan het zelfstandige vermogen en aan de andere kant aan het niet samenvallen van de posities van ondernemer en kapitaalverschaffer. Zowel voor de huidige en toekomstige personenvennootschappen als voor de kapitaalvennootschappen is door de flexibiliteit van inrichting niet meer per rechtsvorm eenduidig vast te stellen of er wel of niet een afgescheiden winst is. Ook over de kenmerken van de zelfstandigheid van de participanten is niet met zekerheid te zeggen dat deze zich altijd voordoen bij de vennootschapbelastingplichtigen en niet bij de transparante entiteiten. Noch in de huidige wetgeving noch in de jurisprudentie kunnen de vereenzelviging, de aansprakelijkheid en de verhandelbaarheid een opzichzelfstaande rechtvaardiging geven voor het onderscheid tussen transparante en niet-transparante entiteiten. Dat komt voor een groot gedeelte doordat de vennootschapsbelasting lijkt te hinken op twee benen aan de ene kant de rechtspersoonlijkheid en aan de andere kant de verhandelbaarheid. De fiscale wetgever is niet consequent. Dit komt voornamelijk naar voren bij de commanditaire vennootschap. Een combinatie van transparantie en beperkte aansprakelijkheid lijkt door de besloten CV mogelijk te zijn. Bij toepassing van de kenmerken van zelfstandigheid van de participanten kom ik tot de volgende conclusie. Uitgaande van de hoofdregel dat alle vennoten bestuursbevoegdheid zouden zijn, zou de OVBA op grond van het kenmerk vereenzelviging transparant zijn. De OVBA is wat

lastig te plaatsen tegen het kenmerk van de beperkte aansprakelijkheid omdat er al in de regel geen sprake is van een volledige beperkte aansprakelijkheid. Daar komt nog bij dat in de praktijk de mate van zelfstandigheid op grond van het aansprakelijkheidscriterium sterk afhankelijk is van de situatie. De OVBA zou op grond van dit criterium zowel transparant als niet-transparant kunnen classificeren. Ten slotte de verhandelbaarheid. Regelend recht resulteert in een toestemmingsvereiste waardoor de OVBA transparant zou classificeren. Een OVBA met vrij verhandelbare participaties is echter mogelijk en zou tot een vennootschapsbelastingplicht leiden. Indien de classificatiemethode voor buitenlandse rechtsvormen wordt toegepast op de OVBA komt er geen eenduidige classificatie uit. De staatssecretaris van Financiën hanteert een onduidelijk en niet consequent aansprakelijkheidscriterium. Wanneer een recente uitspraak van het Hof en de Hoge Raad over de classificatie van een Amerikaanse LLC als uitgangspunt wordt genomen dan zou de OVBA als niet-transparant classificeren. De koppeling van een afgescheiden winst aan de aansprakelijkheid wordt echter niet voldoende onderbouwd om verdergaande conclusies te trekken en lijkt ver gezocht, aangezien het bij de afgescheiden winst gaat om de vraag of de participant een opvorderbaar recht heeft op de uitkering van zijn winstaandeel en dit aandeel ook inbaar is.

In het licht van het bovenstaande acht ik een transparante classificatie als de meest voor de hand liggende en handhaafbare classificatie in het huidige regime. Maar door de vele uitzonderingen op de veronderstelling dat bij vennootschapsbelastingplichtigen sprake is van een afwezigheid van vereenzelviging, een beperkte aansprakelijkheid en vrije verhandelbaarheid en bij de transparante entiteiten niet, kan in twijfel worden getrokken of de classificatie op basis van deze kenmerken van zelfstandigheid, voldoende gerechtvaardigd is. Uit het voorafgaande blijkt in ieder geval duidelijk dat in het huidige Nederlandse belastingstelsel de tweedeling tussen transparante en niet-transparante entiteiten geen goede grondslag heeft. Dit maakt de indeling van de OVBA in één van de twee categorieën er niet gemakkelijker op. Daarnaast maakt dit onder andere mogelijk dat de fiscale regelingen de rechtsvormkeuze nog steeds kunnen beïnvloeden. De roep om een nieuw belastingregime is dan ook groot. In de volgende paragraaf ga ik hier nader op in en bespreek ik de gewenste classificatie van de OVBA.

7.12 Gewenste classificatie van de OVBA en het gewenste toekomstige belastingregime

In Nederland bestaan, ondanks het streven naar een globaal evenwicht, door het onderscheid van de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting verschillen in de belastingdruk op vennootschappen. Fiscaal is een transparante classificatie aantrekkelijk door de mogelijkheid van verliesverrekening en de

fiscale faciliteiten. De verliezen van de vennootschap kunnen onmiddellijk worden verrekend met in hetzelfde jaar gemaakte winsten op het niveau van de vennoten.[189] Fiscale faciliteiten die ter beschikking staan aan ondernemers en medegerechtigden kunnen belangrijke fiscale voordelen opleveren. Naarmate de winst van de onderneming toeneemt, zal de aantrekkelijkheid van de vennootschapsbelasting toenemen. Het punt waarop de belastingheffing als zelfstandig belastingsubject aantrekkelijker wordt dan de toerekening van de winsten aan de participanten van de vennootschap, is afhankelijk van tal van factoren. Dit zijn onder andere de toepasselijkheid van fiscale faciliteiten, de mate waarin de door een vennootschapsbelastingplichtig subject gemaakte winst wordt ingehouden dan wel wordt uitgedeeld, maar ook bijvoorbeeld of er sprake is van een meewerkende partner. Per onderneming zal vastgesteld moeten worden bij welk winstniveau dit omslagpunt ongeveer ligt. Als grove indicatie kan worden gesteld dat bij een fiscale winst tot €50.000 een transparante belastingheffing de voorkeur verdient en bij een winst van meer dan €250.000 de vennootschapsbelasting een voordeligere belastingheffing met zich brengt. Bij een winstniveau tussen beide bedragen is de keuze casusspecifiek.[190]

De gewenste fiscale behandeling van de OVBA in het huidige regime zou die als transparante entiteit zijn. De rechtsvorm is geschikt voor het MKB en voor de beoefenaren van het vrije beroep. Een lager winstniveau zal over het algemeen bij deze doelgroep passen, waardoor de fiscale transparantie leidt tot een gunstige belastingheffing. Bij een toename van de winsten kan de OVBA een vennootschapsbelastingplichtige entiteit, zoals de BV, boven de OVBA hangen om zodoende via deze constructie de voordelen van de vennootschapsbelasting te genieten. De combinatie van transparantie en beperkte aansprakelijkheid zou echter kunnen leiden tot ongewenste effecten bij grensoverschrijdende situaties zoals dubbele belastingheffing of ongewenste dubbele vrijstelling. Daarnaast heeft de wetgever aangegeven dat het zou kunnen leiden tot een moeilijke uitvoering van de fiscale regelgeving.[191] Een classificatie als subjectief belastingplichtig lichaam zou echter ook fiscale ongewenste effecten kunnen hebben, bijvoorbeeld bij een omzetting van een OVR in een OVBA. Bij de omzetting van de OV/CV in een OVR/CVR brengt het verkrijgen of opgeven van de rechtspersoonlijkheid, door de fiscaal gelijke behandeling van de rechtsvormen, geen fiscale sfeerovergang met zich mee. Deze omzetting is daardoor onbelast. Indien de OVBA gekwalificeerd zou worden als een subjectief belastingplichtig lichaam

189. Tervoort, A.J.S.M. (1995), 'Haalt de personenvennootschap het jaar 2015?', in: M.J.G.C. Raaijmakers (1995), 'Ondernemingsrecht in internationaal perspectief', Deventer: Kluwer, blz. 245-259.
190. Schie, P.M. van et al. (2006), 'Hoofdlijnen van het Nederlands belastingrecht', Deventer: Kluwer, blz. 267.
191. *Kamerstukken II,* 2007-2008, 29 752, nr. 6, blz. 11.

zal er een sfeerovergang plaatsvinden indien de vennoten van de rechtsvorm van OVR willen omzetten naar een OVBA of andersom. In beginsel moet dan worden afgerekend over de stakingswinst: de winst die bij of als gevolg van het staken van de onderneming wordt behaald, in het bijzonder over stille of fiscale reserves en goodwill.[192] Dit zou een nadelig gevolg kunnen hebben voor de aantrekkelijkheid van de OVBA. Een transparante belastingheffing zal ook in het licht van mogelijke reorganisaties de gewenste classificatie voor de OVBA zijn. Indien de OVBA zich vervolgens zou willen omzetten in een BV dient wel nog steeds over de stakingswinst te worden afgerekend. Dit is een probleem dat binnen het huidige belastingregime niet kan worden opgelost zolang er geen rechtsvormneutrale belastingheffing wordt geïntroduceerd.

De Nederlandse fiscale wetgever moet daarom komen tot een situatie waarin de rechtsvorm niet langer bepalend is voor de belastingdruk en voor de wijze van belastingheffing. Naar aanleiding van de voorgestelde fiscale wijzigingen als gevolg van Titel 7.13 is vanuit de praktijk en door de Raad van State benadrukt dat het tijd is voor een principiële herziening van het fiscale ondernemingsrecht. Doordat de BV en de personenvennootschap naar elkaar toegroeien, geeft de Raad van State aan dat: *'[D]eze ontwikkelingen ertoe dwingen te bezien of het fiscale ondernemingsrecht niet meer ten principale moet worden herzien, waarbij de rechtsvorm van de onderneming niet meer bepalend is voor de heffing van de inkomstenbelasting (indien de resultaten worden toegerekend aan de ondernemer als natuurlijk persoon) dan wel de vennootschapsbelastingheffing (indien de resultaten worden toegerekend aan de ondernemer als rechtspersoon), maar de resultaten van de onderneming zelfstandig aan een heffing worden onderworpen'*.[193] Bij de voorstellen in het kader van de Vpb-2007 was de staatssecretaris van Financiën de discussie over een rechtsvormneutrale belastingheffing al principieel uit de weg gegaan. Het argument was gelegen in de verzwarende en vertragende werking die deze discussie zou hebben op de herziening. Een dergelijke heffing die bijvoorbeeld door een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting kan worden bewerkstelligd, zou een majeur structuurwijziging inhouden met vergaande (budgettaire) consequenties. De ondernemingswinstbelasting was dan ook geen optie die overwogen werd.[194] Ook in het kader van de Invoeringswet 7.13 BW wilde de minister van Justitie een discussie over de structuur van het fiscale ondernemingsrecht niet houden, omdat de invoering van de modernisering hierdoor ernstig zou vertragen en omdat er vele punten waren waarover het maar de zeer de vraag was of daarover op korte termijn overeenstemming kon worden

192. Tervoort, A.J.S.M. (2007b), 'Invoeringswet titel 7.13 BW (vennootschap)', Ondernemingsrecht 2007/13, blz. 486-493.
193. *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 065, nr. 5, blz. 2 en 4.
194. *Kamerstukken II*, 1997-1998, 25 810, nr. 2, blz. 188.

bereikt. Daarnaast gaf de minister aan dat de invoering van de OVR en de CVR geen nieuw licht werpt op de discussie over de wenselijkheid van een rechtsvormneutrale winstbelasting omdat de keuze voor een OVR of CVR in plaats van voor een OV of CV geen consequenties heeft voor de fiscale behandeling in de sfeer van de inkomsten- en vennootschapsbelasting.[195] Dit betekent niet dat de discussie niet actueel blijft en moet blijven. Het introduceren van een optiestelsel zoals de Verenigde Staten (*check-the-box*-regime)[196] waarin de vennootschappen zelf kunnen kiezen welke belastingheffing op hen van toepassing is, is mijns inziens een geschikte optie voor een rechtsvormneutrale belastingheffing. Dit zou ook voor de OVBA een gewenste ontwikkeling zijn. De verwachting is echter dat een dergelijke belastingheffing nog lange tijd op zich zal laten wachten.

195. *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 065, nr. 3, blz. 36 en *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 065, nr. 5, blz. 5.
196. Zie hiervoor paragrafen 4.5.7.2 en 4.5.7.3.

Hoofdstuk 8. Samenvattende conclusie

In dit proefschrift is de vraag aan de orde of het wenselijk is om ten behoeve van het MKB en het vrije beroep in Nederland een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid te introduceren naast de reeds bekende vennootschapsvormen. Het onderwerp is actueel omdat door de globalisering en de daarmee gepaard gaande verwevenheid van de nationale jurisdicties het noodzakelijk is om een gunstig vennootschapsrecht aan te bieden. Het concurrentievermogen en de dynamiek van bedrijven en samenwerkingsverbanden zijn rechtstreeks afhankelijk van een regelgevend klimaat dat bevorderlijk is voor investering, innovatie en ondernemerschap. De continue groei van de internationale economie heeft in de laatste decennia de vraag naar een belangrijkere rol voor het recht, en mogelijk ook voor een verschillend recht, doen ontstaan. Het aannemen van 'vreemde' vennootschapsvormen kan aantrekkelijk zijn. Dit verschijnsel van jurisdictionele competitie is ook in de Europese Unie zichtbaar. Wie competitief is, trekt ondernemingen aan, versterkt daardoor zijn economische basis en verhoogt het nationale – en daarmee het publieke – inkomen. Met het bieden van een competitieve jurisdictie bevordert de betrokken overheid de welvaart van de staat. De aantrekkingskracht van Nederland kan versterkt worden door flexibilisering van het bestaande vennootschapsrecht en het inzetten van nieuwe regelgevende instrumenten omdat daardoor beter op de gerechtvaardigde wensen van ondernemers en vrije beroepsbeoefenaren kan worden ingespeeld. De belangen van derden bij de vennootschap moeten daarbij evenwichtig in ogenschouw worden genomen.

In het vennootschapsrecht lijken de voorstellen tot wetswijzigingen zich in Nederland vooral te richten op het verminderen van de administratieve- en oprichtingskosten van een vennootschap. Deze invalshoek is te beperkt. Actueel is de discussie over het beperken van of uitsluiten van de aansprakelijkheid van de kapitaalverschaffers en de bestuurders van kleine besloten en persoonlijke samenwerkingsverbanden. De vertaling daarvan in ons vennootschapsrecht verdient meer aandacht te krijgen. De aard van de ondernemersactiviteit, de rol van de bestuurders, de positie van de vrijwillige en onvrijwillige schuldeisers en die – zij het in mindere mate – van de medewerkers spelen hierbij een belangrijke rol. Kernvraag bij de keuze voor een aansprakelijkheidsregime (en de gewenstheid van de beperking van aansprakelijkheid) is welke criteria daarvoor zullen worden gehanteerd. Op een hoger

abstractieniveau kan niet voorbij gegaan worden aan de vooronderstelling over het verwachte gedrag van de hiervoor genoemde groepen van belanghebbenden. Mag uitgegaan worden van voldoende zorgvuldig risicomijdend of risicospreidend gedrag of staat maximalisering van het rendement op het geïnvesteerde kapitaal voorop? Of is de diepere drijfveer de onderneming en haar medewerkers te laten floreren en zal handelen dat de eigen reputatie en baan in de waagschaal legt, worden vermeden? Binnen het spanningsveld van maatschappelijke doeleinden en individuele vrijheden kan het vennootschapsrecht richting geven zonder te resulteren in een onnodige remming van economische efficiëntie of inbreuk op individuele belangen. Dat kan ook als beperkte aansprakelijkheid beschikbaar wordt gesteld aan kleine besloten samenwerkingsverbanden. Dit uitgangspunt dient een rol te spelen bij het vormgeven van de vennootschappelijke vormen voor het ondernemend deel van de staat.

Aan de grote kapitaalvennootschappen staan rechtsvormen ter beschikking die op hun doelstellingen en interne verhoudingen zijn afgestemd. Zij bezitten ook de financiële kracht om zich ter zake (juridisch en economisch) hoogwaardig te laten adviseren en hebben via hun netwerken op het hoogste niveau toegang tot de politieke besluitvormers om aanpassingen aan de juridische structuren te bevorderen. De aansluiting van het vennootschapsrecht op de behoeften van deze 'grote jongens' en die van de belanghebbenden, is daardoor relatief groot. Voor het MKB en de beoefenaren van het vrije beroep ligt de situatie gecompliceerder. Dat komt door het meer persoonlijke karakter van het ondernemen en de (meer) persoonlijke relatie tussen het bestuur en het in de onderneming geïnvesteerde kapitaal. Het 'persoonlijke' komt het meest tot uitdrukking bij de professionele dienstverleners zoals artsen, accountants en advocaten. Hun *asset* is hun eigen kennis en kunde en die van hen die zij onder hun verantwoordelijkheid laten werken. Deze bijzondere van de grote kapitaalvennootschappen te onderscheiden kenmerken, maken het moeilijk voor het MKB en het vrije beroep een eenvoudige en heldere vennootschapstructuur te ontwerpen. In de praktijk is gebleken dat vrijheid bij de inrichting van de organisatie veelal gewenst is. Daarnaast is behoefte aan een beperking van de persoonlijke aansprakelijkheid al was het maar voor het handelen waar de ondernemer of beroepsbeoefenaar niet verantwoordelijk gehouden kan worden. Dat alles ter waarborging van de continuïteit van de onderneming.

De professionele dienstverlener is van oudsher alleen opererend. Zijn persoon en professionele kwaliteit waren het handelsmerk waarop hij zijn activiteiten baseerde. Gaandeweg zijn de vrije beroepsbeoefenaren gaan samenwerken. Die samenwerking had verschillende achtergronden zoals continuïteit, beroepsmatige complementariteit, capaciteit in verband met de omvang van de zaken, efficiëntere en effectievere bedrijfsvoering, het delen van personeel. Met

maatschappen en samenwerkende maatschappen werd aan de samenwerking juridisch vorm gegeven. Het persoonlijk karakter van de dienstverlener bleef echter centraal staan. Hij bleef verantwoordelijk voor het eigen handelen en nam de verantwoordelijkheid voor het gezamenlijke op de koop toe. Vervolgens is een ontwikkeling naar een gedeelde verantwoordelijkheid te zien geweest. Naast de persoonlijke dienstverlening ontstond gezamenlijke dienstverlening door professionals en medewerkers die onder hun verantwoordelijkheid werken. De financiële belangen en risico's en de omvang van de organisaties groeide dienovereenkomstig. Parallel daaraan konden vrije beroepsbeoefenaren zich steeds minder beroepen op het karakter van hun activiteit: het leveren van een inspanningsverplichting in plaats van een resultaatsverplichting. Fouten die in het verleden onder die noemer konden worden toegedekt, vertalen zich toenemend in schadeclaims. Claims waarbij ook de gezamenlijke organisatie alsmede de participanten die niet verantwoordelijk zijn voor het schade veroorzakend handelen in privé betrokken raken. Dat heeft de vrije beroepsbeoefenaar ertoe aangezet te zoeken naar juridische vormen waarin zij hun activiteiten onder bescherming van hun privé-aansprakelijkheid kunnen uitoefenen.

De voor het vrije beroep beschikbare rechtsvormen hebben zich in de sfeer van handel en nijverheid ontwikkeld. De afstand tot de wereld van de professionele dienstverlener is – ook gevoelsmatig – groot gevonden. Een NV of BV voelt in relatie tot advocaten, medici, architecten in het maatschappelijk verkeer nog steeds niet goed aan. Zij passen niet bij het persoonlijk karakter van hun activiteit, zo is de beleving, maar meer bij een structuur waarin kapitaal en arbeid worden ingezet ten behoeve van productie van goederen en diensten waarbij het resultaat duidelijk gedefinieerd is. De onderneming is de drager van de economische activiteit terwijl beroepsbeoefenaren de inspanning en vakbekwaamheid van de persoon centraal staan. Ook wanneer beroepsbeoefenaren in grotere verbanden samenwerken, is het nog steeds de persoon van de dienstverlener die voor het voetlicht treedt en niet de organisatie.

Voor de productie van goederen en diensten is de beschikbaarheid van voldoende kapitaal belangrijk. Dit kan worden verstrekt door de ondernemers zelf of door buitenstaanders. Bestuurders die niet tevens ook dienst doen als kapitaalverstrekker hebben een bepaalde mate van zelfstandigheid nodig in het uitoefenen van de bestuurlijke taken. Op afstand staande investeerders hebben het recht om het eigen belang te waarborgen. Deze situatie vraagt om regels die kaders scheppen voor de vennootschappelijke structuur en een specifieke bevoegdheidsverdeling opleggen. Het NV- en BV-recht voorzien hierin. Toepassing van deze op machtenscheiding gebaseerde regelingen op ondernemingen waarin geen externe kapitaalverschaffers zijn, resulteert in een suboptimale situatie. De volgens het BV-recht noodzakelijke autonomie van het bestuur en

de daarvan te onderscheiden rechten van de aandeelhouders komen samen in één of meer individuele personen. Ondernemers die een rechtsvorm wensen die hen een bepaalde mate van beperkte aansprakelijkheid bieden zijn binnen het huidige recht gebonden aan rechtsvormen met regels die uitgaan van verhoudingen die er in werkelijkheid niet zijn. In de personenvennootschap kunnen de verhoudingen zo worden vormgegeven dat zij aansluiten op de wensen van de participanten. Keerzijde van deze rechtsvorm is echter de onbeperkte aansprakelijkheid.

De externe aansprakelijkheid die participanten in een personenvennootschap hebben, kan voor een deel worden opgevangen door verzekeringen. Daaraan zitten echter grenzen zowel aan de premie kant als aan wat verzekerbaar is. De hoogte van de premie stelt een grens aan het te verzekeren bedrag. Boven een bepaald premiebedrag is de verhouding tot het te verzekeren bedrag niet meer rationeel. Verder is verwijtbaar schade veroorzakend handelen of nalaten niet te verzekeren. Het is daarom noodzakelijk een optimum te vinden tussen hetgeen verzekerd kan worden en de mate van aansprakelijkheid van de individuele participanten voor de gevolgen van het eigen handelen en nalaten, en dat van de medeparticipanten. In het Nederlandse vennootschapsrecht is dat nog niet gevonden. Op dit moment kiest ook het MKB eieren voor zijn geld en laat zich liever niet blootstellen aan de grotere aansprakelijkheidsrisico's waarmee het tegenwoordig geconfronteerd wordt. De eigenlijk niet passende BV-vorm wordt dan al snel als veilige haven gekozen door de bescherming die zij via de beperkte aansprakelijkheid biedt.

Voor de beroepsbeoefenaren en ondernemers die zowel kapitaalverschaffer als bestuurder zijn, ontbreekt zoals hiervoor aangegeven een passende rechtsvorm. Dat heeft er al toe geleid dat uitgeweken wordt naar de Engelse LLP. Deze vennootschapsvorm paart het persoonlijke aspect binnen het samenwerkingsverband van de participanten aan een beperking van de aansprakelijkheid voor in het bijzonder het (nalatig) handelen van de andere vennoten. Daarnaast biedt de rechtsvorm op het punt van de interne en externe verantwoordelijkheden ruimte voor maatwerk. Het gebruik van de LLP-rechtsvorm door Nederlandse organisaties is een signaal dat er in onze vennootschapswetgeving een lacune zit voor het MKB en de beroepsbeoefenaren. In de ogen van de regering wordt via de OV/OVR en de flex-BV in die lacune voorzien. In dit proefschrift geef ik aan dat deze vormen daartoe ontoereikend zijn. Bij de OV/OVR mist het element van de aansprakelijkheidsbescherming en de flex-BV blijft in wezen een gewone BV die als rechtsvorm niet geëigend is voor samenwerkende beroepsbeoefenaren of de ondernemers die zowel de bestuurlijke- als de investeringspet op hebben.

In de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk hebben zich allerlei nieuwe rechtsvormen ontwikkeld om aan de behoeften van het MKB en de beoefenaren van het vrije beroep te voldoen. Een combinatie van beperkte aansprakelijkheid, een flexibele inrichting van de vennootschapstructuur en de gewenste fiscaliteit is daardoor voorhanden. Wat het laatste betreft, geldt dat geprobeerd wordt de keuze van de rechtsvorm voor het ondernemen zo veel mogelijk fiscaal neutraal te laten zijn. Daardoor kunnen andere motieven zoals economische en de aansluiting van de rechtsvorm op de gewenste ondernemersactiviteit beter tot hun recht komen. In de Verenigde Staten is de vernieuwing vooral gestimuleerd door de interstatelijke jurisdictionele competitie. Dit proces wordt vergemakkelijkt doordat de Verenigde Staten één gemeenschappelijke taal kennen en een hoge mate van culturele en politieke homogeniteit. Aan de andere kant is er voor het MKB en het vrije beroep geen sprake van geharmoniseerde regelgeving voor vennootschapsvormen. Deze uitgangspunten maken dat er wat te kiezen is. Dat in het Verenigd Koninkrijk een vernieuwing van het vennootschapsrecht op gang is gekomen, is niet verwonderlijk. Het land is sterk op de Verenigde Staten georiënteerd en heeft daarmee een sterkere culturele binding dan met de landen van continentaal Europa. Toch heeft dit niet geleid tot het kopiëren van rechtsvormen uit de Verenigde Staten. De eigen invulling van de LLP verraadt de beïnvloeding door de rechtssystemen van het Europese vaste land.

Ook Nederland is zich vanaf de tweede wereldoorlog toenemend gaan richten op de Angelsaksische traditie. Dat heeft onder andere te maken met het gegeven dat multinationals als Shell en Unilever Brits Nederlands zijn, de beheersing van Engelse taal ten koste van het Frans en Duits in Nederland zeer verbreid is en het lange tijd sociaal niet werd gewaardeerd aan te geven belangstelling te hebben voor (de ontwikkelingen) in Duitsland. Het lidmaatschap van de EU heeft daar ten fundamente niet veel verandering in gebracht. Op het terrein van het vennootschapsrecht heeft de Unie eerder belemmerend dan stimulerend gewerkt op de vennootschaprechtelijke innovatie. De EU heeft zich vooral gefocust op de economische concurrentie tussen de mondiale economische machtsblokken. Een robuuste open interne markt moest waarborgen dat Europa in die concurrentiestrijd overeind zou blijven. Op het terrein van de vennootschapsvormen heeft dat geleid tot uniformering van het vennootschapsrecht en de introductie van Europese vennootschappen. Het is de vraag of de keuze voor een uniform vennootschapsrecht per saldo wel het beoogde effect heeft opgeleverd. De grenzen gevormd door verschillen in taal, cultuur en sociale structuren laten zich niet door uniforme juridische structuren slechten. Het tegendeel is eerder het geval. De uniformiteit stimuleert niet om te onderzoeken of de jurisdictie elders binnen de Unie niet gunstiger is. Bovendien belemmert het streven naar geharmoniseerd vennootschapsrecht de alertheid op vernieuwing die aansluit op de behoefte van het bedrijfsleven. En als die behoefte al

wordt onderkend, staat de Unie-structuur een voortvarende aanpassing van de regelgeving in de weg. Voor het grote bedrijfsleven kan dat aanleiding zijn om uit te wijken naar de jurisdictie in een van de andere grote economische machtsblokken. Het MKB en de beoefenaren van het vrije beroep zullen moeten roeien met de riemen die het vennootschapsrecht van de lidstaat waarin het gevestigd is hen biedt. Of toch niet?

Het EU vennootschapsrecht is weliswaar geharmoniseerd, het verbiedt de lidstaten niet nieuwe rechtspersoonsvormen te ontwikkelen. De LLP in het Verenigd Koninkrijk is daarvan een goed voorbeeld. Nederland staat zeer terughoudend tegenover het vernieuwen door introductie van nieuwe rechtsvormen voor het MKB en het vrije beroep. De veranderende behoefte wordt beantwoord met aanpassing van de bestaande structuren. Het is de vraag of dit voldoende is om ons land aantrekkelijk te houden als plaats van vestiging. En ook als het er eigenlijk niet toe doet, kan innovatie van onze vennootschapstructuren aanbeveling verdienen. Nederland zou met de introductie van een eigen personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid een signaal kunnen afgeven dat het belangrijk is dynamiek binnen het ondernemen met toegesneden rechtsvormen te volgen. De overheid zet ten behoeve van de economische competitie in op innovatie van het bedrijfsleven. Er is geen goede reden aan te geven waarom de overheid het eigen instrumentarium niet tegelijkertijd op passende wijze ook zou innoveren. Door de introductie van een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid kan Nederland binnen de EU laten zien dat een goed functionerende interne markt niet noodzakelijkerwijs een geharmoniseerd vennootschapsrecht vereist. Een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid is als signaal aantrekkelijk omdat het instrument op het eerste gezicht geen grote impact op de mobiliteit van vennootschappen binnen de EU zal lijken te hebben. De uitdaging zou echter zijn deze vennootschap zo vorm te geven dat op den duur daaraan wel degelijk een zodanig jurisdictioneel concurrentievoordeel zit dat het voor kleine vennootschappen van het MKB en beroepsbeoefenaren een reden is in Nederland te incorporeren of te herincorporeren. De vraag is of Nederland op het punt van het vennootschapsrecht wat van de Angelsaksische ontwikkelingen kan leren. Dat lijkt op het terrein van in het bijzonder het MKB en het vrije beroep het geval. De ontwikkelingen in het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten vormen een bron van informatie voor mogelijke uitwerkingen van een dergelijke rechtsvorm. De inzichten verkregen uit het rechtsvergelijkend onderzoek heb ik gebruikt als referentie bij de invulling van de door mij voorgestelde Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid, de openbare vennootschap met beperkte aansprakelijkheid: de OVBA.

In mijn voorstel vormt de OVBA onderdeel van de toekomstige Titel 7.13 die momenteel nog bij de Eerste Kamer ligt. Het is daardoor een op een

overeenkomst gebaseerde vennootschap ingebed in regels van regelend recht. Dit houdt in dat vennoten vrij zijn de onderlinge verhoudingen naar eigen wens vorm te geven eventueel gebruikmakend van modelovereenkomsten. Bij gebrek aan afspraken treden de regels van Titel 7.13 in de plaats. Oprichting geschiedt bij voorkeur zonder notariële akte, maar dit is afhankelijk van de oprichtingsvereisten van de OVR. Het huidige Wetsvoorstel Titel 7.13 bevat nog steeds de verplichting tot tussenkomst van de notaris. Met de notariële akte worden de inhoudelijke doelen die de wetgever daarmee voor ogen heeft echter niet bereikt. De met de notariële akte beoogde formele aspecten kunnen worden gewaarborgd door inschrijving in het handelsregister verplicht te stellen. De OVBA verkrijgt rechtspersoonlijkheid zodat geprofiteerd kan worden van de goederenrechtelijke rechtsgevolgen. Naast de oprichting van een nieuwe vennootschap kunnen de OV, de OVR en de BV zich omzetten in een OVBA. Dit gaat gepaard met waarborgen voor de vennoten die niet instemmen met de omzetting en voor de schuldeisers van de vennootschap. Het regelend karakter van de wetgeving maakt dat de vennootschap naar eigen inzicht kan worden ingericht. Vennoten van de OVBA zijn beschermd tegen vorderingen uit onrechtmatige daad en wanprestatie begaan door hun medevennoten. Aansprakelijkheid van een vennoot blijft bestaan voor het eigen handelen en het handelen van medewerkers die onder zijn toezicht functioneren. Naast de beperking van de externe aansprakelijkheid hebben de vennoten geen suppletieplicht. Dit houdt in dat zij niet gehouden zijn bij te dragen aan de verliezen van de vennootschap die het gevolg zijn van aansprakelijkheden waarvoor de externe aansprakelijkheid is beperkt. De beperkingen van aansprakelijkheid (extern en intern) kunnen door onderlinge afspraken worden aangepast. Door de inschrijving bij het handelsregister is voor schuldeisers duidelijk dat sprake is van een OVBA en worden de aansprakelijkheidsregelingen zichtbaar. Door contractsonderhandelingen, een speciale uitkeringsregel, de doctrine van de doorbraak van aansprakelijkheid en een verplichting tot het afsluiten van een verzekering is de OVBA omgeven met voldoende waarborgen voor de betrokken interne en externe belangen.

De eventuele introductie van de OVBA roept onmiddellijk de vraag op onder welk fiscaal regime de rechtsvorm zou moeten vallen. Ook hier is geen eenduidig antwoord mogelijk. De wetsgeschiedenis van fiscaal transparant en niet-transparant bevonden rechtsvormen laat zien dat de gehanteerde criteria niet richtinggevend zijn en door de tijd heen ook niet consistent worden toegepast. Ook aan de fiscale classificatie van buitenlandse entiteiten door de staatssecretaris van Financiën is geen duidelijke lijn te ontlenen. Wel duidelijk is dat allerlei criteria worden gebruikt zoals de mate van aansprakelijkheid van de vennoten, het al dan niet direct delen in de winst en het al dan niet door de vennootschap bezitten van een afgescheiden vermogen. Toepassing van deze criteria leidt in de concrete gevallen tot verschillende uitkomsten, terwijl een

rechtsvorm maar onder één fiscaal regime kan vallen. Positief uitgelegd, geeft het verbrokkeld beeld van het beleid voor de classificatie aan dat er in dezen behoefte is aan op maat gesneden besluitvorming. Voor de staatssecretaris van Financiën gaan daarbij op de achtergrond vast ook onuitgesproken fiscaal politieke en budgettaire overwegingen schuil. De flexibiliteit binnen de rechtsvorm van de OVBA biedt de kans met deze niet transparante wijze van handelen te breken en ook in fiscaal opzicht een vernieuwende en transparante weg in te slaan.

Uit mijn proefschrift blijkt dat ergens tussen de 50.000 en 250.000 euro inkomen dat een ondernemer of een beroepsbeoefenaar uit zijn activiteiten verdient, een omslagpunt zit waar het voor hem aantrekkelijk is van fiscaal transparant naar fiscaal niet-transparant over te gaan. De OVBA beoogt een rechtsvorm te bieden waaraan binnen de categorie beroepsbeoefenaren en het MKB behoefte is, te weten het met behoud van het persoonlijk karakter als ondernemer onder beperking van de persoonlijke aansprakelijkheid kunnen functioneren. Het streven van de regering is om de fiscale wetgeving zo in te richten dat deze neutraal werkt in relatie tot de keuze van de rechtsvorm waarbinnen de economische activiteit wordt uitgeoefend. Voor de OVBA kan dit worden bereikt door de OVBA de keuze te laten te opteren voor de hoedanigheid van transparante of niet-transparante entiteit. Tot die tijd zullen de behaalde winsten aan de vennoten moeten worden toegerekend zodat heffing in de inkomstenbelasting plaatsvindt.

Summary

This thesis examines the question whether it is desirable to introduce a limited liability partnership for the benefit of SMEs and professionals in addition to the existing legal forms in the Netherlands. As a result of globalization and related growing integration of national jurisdictions, it becomes increasingly important to offer attractive company and partnership law. The competitive power and dynamism of companies and partnerships are directly dependent on a regulatory climate conducive to investment, innovation and entrepreneurship. Over the past decades, continuous growth of the international economy has called for a more intensive role for the law, and possibly for a different kind of law altogether. The choice of operating in one country and incorporating in another may become more attractive. This phenomenon of jurisdictional competition is also visible in the European Union. Competitive nations attract entrepreneurs and companies, strengthening their economic bases and increasing their national – and public – income. By offering a competitive jurisdiction, the state facilitates public welfare. The Netherlands can strengthen its attractiveness by increasing the flexibility of existing company and partnership law and deploying new legal instruments, thus becoming more responsive to the legitimate needs of entrepreneurs and professionals. In this process, the interests of third parties in the company have to be taken into careful consideration.

Proposals for legislative changes of company and partnership law in the Netherlands seem to focus mainly on reducing the administrative and incorporation costs of a company. However, this approach is too limited. Topical discussions relate to restricting or excluding the liability of the participants in small private and personal partnerships. Translating the results of these discussions into our company and partnership law deserves more attention. The nature of entrepreneurial activity, the role of directors, the position of voluntary and involuntary creditors and – to a lesser extent – the position of the employees play an important role. In choosing a liability regime (and the desirability of limiting liability), the key question is which criteria to use. At a higher level of abstraction, one cannot ignore the premise regarding expected behaviour of the abovementioned stakeholder groups. Is it reasonable to expect sufficiently careful risk-averse behaviour, or will maximizing the return on investment drive management behaviour? Or will the underlying motive of the company be to enable its employees to thrive, and will managers avoid behaviour that

potentially damages their own reputations and job positions? In this area of tension between public interests and individual liberties, company and partnership law may give some direction without inhibiting economic efficiency or infringing upon individual interests. It may also be made available to small private partnerships in the form of limited liability. This principle should play a role in shaping the legal forms available to the entrepreneurial part of the state.

In the Netherlands, large companies are provided with legal forms that fit their objectives and are in alignment with their internal relationships. Large companies also possess the financial power to obtain high-quality legal and economic advice, and have access to political decision makers through their networks to promote changes to legal structures. The link between company law and the needs of these 'large players' and their stakeholders, is therefore relatively tight. For small businesses and professionals, the situation is rather more complicated. This is due to the more personal nature of their (business) activities and the (more) personal relationship between the directors or partners and the invested capital. This 'personal' element is most prominent with the professional service providers, such as doctors, accountants, and lawyers. Their asset is their own knowledge and expertise and of those who work under their responsibility. These special features, to be clearly distinguished from large companies, make it difficult for SMEs and professionals to create a clear and simple corporate structure within the framework of Dutch corporate law. Practice shows that freedom in designing the corporate structure is often desirable. Furthermore, there is a need to limit personal liability if only for the actions for which the entrepreneur or professional cannot be held responsible. This is to ensure business continuity.

Traditionally, the professional service provider is a lone operator. His personal and professional qualities were the trademark on which he based his activities. Gradually, the independent professionals started collaborating. This collaboration had several reasons, such as business continuity, professional complementarity, capacity needed according to the size of cases, more efficient and effective management, sharing of staff. Partnerships and collaborative partnerships became the legal form for this cooperation. However, the personal nature of the professional remained central. He remained responsible for his own actions and accepted responsibility for shared business. Subsequently, a development towards shared responsibility occurred. In addition to providing individual services, professionals started collaborating with each other and with (their) employees. Financial interests, risks and the size of organisations increased accordingly. Parallel to this development, professionals managed less and less to call upon the nature of their activity: providing a best efforts obligation rather than the obligation of result. Errors which in the past could be ranged under the best effort obligations denominator, now increasingly lead to

damage claims. These claims do not only involve the joint organization or partnership, but also privately affect the participants who are not responsible for the injurious acts. This has prompted professionals to look for legal structures in which they can operate under the protection of their personal liability.

The legal forms available to professionals have developed in the realm of trade and industry. However, a great distance is felt (also instinctively) toward the world of professional service providers. The legal NV or BV form still does not feel right in relation to lawyers, doctors, architects. These forms are not felt to be suited to the personal nature of their activities, but more to a structure in which capital and labour are used for the production of goods and services, where the outcome is clearly defined. In that structure, the company drives economic activity, whereas in the case of the professionals, their personal efforts and skills are the central elements. Even when professionals collaborate in a larger context, it is still the service provider who personally enters into the spotlight rather than the organization.

For the production of goods and services the availability of sufficient capital is important. This can be provided by the entrepreneurs themselves or by outsiders. Directors who are not also investors need a certain degree of independence in order to be able to perform their managerial duties. Investors who are not involved in managing the company are entitled to protect their own interests. This situation calls for rules that impose a specific division of powers and create a framework for the corporate structure. Company law governing NVs and BVs sets forth such rules. Applying these rules, which are based on the separation of powers, to companies without external investors results in a less than perfect situation. In these organizations, management autonomy (which is 'necessary', according to company law) and the separate rights of shareholders converge in one or more individuals. Entrepreneurs seeking a legal form that provides them (to a certain extent) with limited liability are bound by the currently available legal forms and the associated rules that are based on relations which in reality do not exist. Partnership law provides rules that enable the participants to shape their relations according to their needs. However, the downside of this legal form is its unlimited liability.

The external liability of partners in a partnership can be partly covered by insurance. However, the possibility to mitigate personal liability is limited by both the premium that has to be paid and by the sum that can be insured. Above a certain premium, the proportionality to the insured sum is no longer rational. Furthermore, negligence and liability due to damage causing actions cannot be insured. Therefore, an optimum between what can be insured and the extent of liability of the individual participants and co-participants needs to be found. In Dutch company and partnership law, this optimum has yet to be found.

Currently, SMEs prefer not be exposed to the increased liability risks they are facing today. The BV form, which is actually not quite appropriate, is rather chosen as a safe haven in light of the protection it offers through limited liability.

As previously indicated, an appropriate legal form for professionals and entrepreneurs who are both investors and directors is lacking. This has already resulted in Dutch entrepreneurs choosing to incorporate as an English LLP. This legal form combines the personal aspect within the partnership with limitation of liability in particular for any (negligent) actions of the other partners. Additionally, the LLP enables customization of internal and external responsibilities. The use of the English LLP by Dutch organizations is a sign that there is a gap in our company and partnership law for small businesses and professionals. The government's opinion is that this gap will be filled by the future OV/OVR and flex-BV. In this thesis, I assert that these forms are inadequate for that purpose. In the OV/OVR construction, the element of liability protection is lacking, and the flex-BV remains essentially a regular BV which is as a legal form inappropriate for collaborating professionals or entrepreneurs who are both directors and investors.

In the United States and the United Kingdom, legal forms have been developed to meet the needs of SMEs and the professional service providers. Therefore, a combination of limited liability, flexible design of the corporate structure and the desired tax classification is available. For the latter, an attempt is made to create an environment in which the choice of a legal form is not tax driven. Consequently, other motives, such as economic improvement and linking the legal form to the desired entrepreneurial activity, may be better serviced. In the United States, this legal innovation is particularly encouraged by interstate jurisdictional competition. This process is facilitated by the common language of the United States and the high degree of cultural and political homogeneity. On the other hand, SMEs and professional service providers had no harmonized rules for legal forms at their disposal - reasons to choose to incorporate in another state. It is not surprising that UK company and partnership law is undergoing extensive modernization. It is strongly focused on the United States, resulting in stronger cultural ties with the United States than with continental European countries. And yet, this has not led to US legal forms being copied. The specific design of the LLP in the UK reveals the influence of the legal systems of the European continent.

Since World War II, the Netherlands have also focused more and more on the Anglo-Saxon tradition. This is partly due to the fact that multinationals such as Shell and Unilever are British-Dutch, the English language is becoming more widespread in the Netherlands at the expense of French and German, and for a

long time, it was socially not appreciated to indicate an interest in (developments in) Germany. Membership of the EU did not materially change this. In the field of company and partnership law, the Union forms a hindrance rather than a stimulation to innovate this law. The EU has mainly focused on economic competition between global economic power blocs. A robust open internal market was intended to ensure that Europe would stand its ground in that competition. In terms of the legal forms, this has led to harmonization of company law and the introduction of European companies. The question is whether the choice for uniform company law has had the intended effect. The boundaries created by differences in language, culture and social structures are not diminished by uniform legal structures. The opposite is rather the case. Uniformity does not encourage investigation into the question whether other jurisdictions of the European Union are (potentially) more favourable. Moreover, seeking harmonization in company law hampers alertness to legal innovation customized to the needs of businesses. And even if such a need is recognized, the structure of the European Union frustrates dynamic amendment of the regulation. For large businesses this can lead to emigration to a jurisdiction of one of the other major economic power blocs. SMEs and professionals will have to deal with the company and partnership law of the member state in which they operate and incorporate. Or do they?

Although EU company law has been harmonized, it does not prohibit member states to develop new legal forms. The UK LLP is a good example. The Netherlands are very reluctant to innovate by introducing new legal forms for SMEs and professionals. The changing needs of this group are met with amendments to existing structures. The question is whether this is enough to keep our country attractive as a place of business. Moreover, even if it does not really matter, innovation of our company and partnership law can be recommendable. With the introduction of a limited liability partnership, the Netherlands could give a strong signal that it is important to follow the dynamics of entrepreneurial and professional activity with tailored legal forms. The government aims at innovation of the industry for the benefit of economic competition. There is no good reason why the government should not at the same time adequately innovate the (availability of) legal instruments. By introducing a limited liability partnership, the Netherlands can show that within the EU, a properly functioning internal market does not necessarily require harmonized company law. A limited liability partnership is attractive as a signal because at face value the instrument will not have a major impact on the mobility of companies within the EU. The challenge would be to design a limited liability partnership that eventually will provide a jurisdictional competitive advantage as a result of which SMEs and professionals have a reason to (re)incorporate in the Netherlands. The question is whether the Netherlands can learn something from the Anglo-Saxon developments in company and partnership law. This seems to be

the case in the field of, in particular, SMEs and professional service providers. Developments in the United Kingdom and the United States are an information resource for possible implementation of such a legal form. I used the insights gained from comparative research as a reference when designing my proposal for a Dutch limited liability partnership: the OVBA.

In my proposal, the OVBA will be part of the future Title 7.13 which is still before the Senate. It is therefore an agreement-based partnership governed by rules of non-mandatory law. This means that the relationships between partners can be shaped as they wish with the possibility of using standard contracts. In the absence of special agreements, the provisions of Title 7.13 are prevalent. Incorporation is preferably without notarial deed, but this depends on the statutory requirements of the OVR. The current legislative proposal Title 7.13 still contains the obligation to engage a notary. However, the substantive goals the legislature has planned for will not be reached through the notarial deed. The formal aspects which where envisaged with the notarial deed can also be guaranteed by compulsory registration with the trade register. The OVBA acquires legal personality in order to profit from property law benefits. In addition to the formation of a new partnership, the OV, OVR and BV can convert into an OVBA. This is accompanied by safeguards for partners who do not agree to the conversion and for the creditors of the partnership. The non-mandatory nature of the legislation allows partners to design the structure of the partnership at their discretion. Partners of the OVBA are protected from claims in tort, malpractice and breach of contract committed by their fellow partners. Partner liability continues to exist for their own actions and the actions of employees who work under their supervision. Besides the limitation of external liability, the partners will have no internal liability. This means that they are not required to contribute to the losses of the partnership resulting from the external liabilities for which their personal liability is limited. The limitations of liability (external and internal) can be amended by mutual agreement. By registration with the trade register it is publicly known to creditors that the partnership is an OVBA, and the (specific) liability regime is made visible. Through contract negotiations, a special payment rule, the doctrine of piercing the corporate veil and an obligation to take out insurance, the OVBA is surrounded by sufficient safeguards for the internal and external interests of its stakeholders.

The possible introduction of the OVBA immediately raises the question of its fiscal classification. The classification of the OVBA is not obvious. Legislative history of the corporate tax law shows that the criteria for fiscally transparent and non-transparent forms are not a guideline for a possible classification of the OVBA and have not been applied consistently over time. Moreover, the tax classification method of foreign entities developed by the State Secretary of the Ministry of Finance gives no unambiguous answers. It is, however, clear that

many criteria are used such as the degree of liability of partners, whether or not partners directly share in the profits and whether or not the partnership has ownership of separated capital. Application of these criteria to specific cases will lead to different results. Positively interpreted, the fragmented picture of government policy with respect to fiscal classification of legal forms gives reasons for tailor-made decision-making. In the background veiled political and budgetary considerations undoubtedly play a role. The flexibility of this new legal form (the OVBA) offers the chance to break with tradition and to follow an innovative and transparent path, even in fiscal terms.

My thesis shows that the income of an entrepreneur or a professional somewhere in the range between 50,000 and 250,000 Euros may reach a turning point at which it will be more attractive to have a non-transparent classification. The OVBA aims to provide a legal form for which SMEs and professionals have a need, namely to be able to operate and to preserve the personal character as an entrepreneur or professional while limiting personal liability. The aim of the government is to design tax law in such a way that the choice of legal form in which economic activity is exercised, is not tax driven. This can be achieved for the OVBA by giving the OVBA itself the choice which fiscal classification is desired. Until then, profits will have to be attributed to the partners, resulting in the imposition of income taxation.

Literatuurlijst

ABA Standing Committee on Ethics and Professional Responsibility (1996), Formal Opinion 96-401 d.d. 2 augustus 1996.
Akveld, J.E.M. et al. (2001), 'Hoofdstukken handelsrecht', Deventer: Kluwer.
Albicher, H.M.A. en J.J.M. van Mierlo (2006), 'Tweede tranche ambtelijk voorontwerp nieuw BV-recht: inventarisatie naar aanleiding van de consultatieronde', Tijdschrift voor ondernemingsbestuur 2006-2, blz. 43-49.
Alexander, J.C. (1992), 'Unlimited Shareholder Liability Through a Procedural Lens', 106 Harvard Law Review, blz. 387-445.
Alting, C. (1995), 'Piercing the Corporate Veil in American and German Law – Liability of Individuals and Entities – A Comparative View', 2 Tulsa Journal of Comparative and International Law, blz. 187-251.
Ames, J.B. (1908), 'Law and Morals', 22 Harvard Law Review, blz. 97-113.
Anderson, A.G. (1978), 'Conflicts of Interest: Efficiency, Fairness and Corporate Structure', 25 UCLA law Review, blz. 738-795.
Andriessen, V. (2006), 'De maatschap is een relikwie aan het worden', Het Financieele Dagblad van 22 december 2006.
Aristoteles, 'Ethica Nicomachea', 1132a15, vertaald door C. Pannier en J. Verhaeghe (1999), Groningen: Historische Uitgeverij.
Arisz, F.H.A. (1987), 'Bestaat er reden de verhaalsaansprakelijkheid van beoefenaren van bepaalde vrije beroepen ter zake van schade door beroepsfouten te beperken bij, per beroep vast te stellen, algemene maatregelen van bestuur?, Preadvies voor de NJV 1987.
Arisz, F.H.A. (1996), 'Verzekeren van beroepsaansprakelijkheid', in: J. Ekelmans et al. (1996), 'Beroepsaansprakelijkheid', Den Haag: Nederlandse Orde van Advocaten en Sdu Uitgevers.
Armour, J. (2000), 'Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law', 63 Modern Law Review, blz. 355-378.
Armour, J. en D. Cumming (2008), 'Bankruptcy Law and Entrepreneurship', 10 American Law and Economics Review, blz. 303-350.
Armour, J. (2008), 'Legal Capital: An outdated concept?', in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), 'The Law and Economics of Creditor Protection', The Hague: TMC Asser Press.
Ars Notariatus 125 (2004), 'Personenvennootschappen met rechtspersoonlijkheid', Deventer: Kluwer.
Asser-Maeijer 2-III.

Asser/Kortmann 2-I.
Asser/Hartkamp 4-II.
Asser/Hartkamp 4-III.
Asser/Maeijer 5-V.
Assink, B.F. (2005), 'Enige beschouwingen over Duitse ontwerpwetgeving, de Amerikaanse 'business judgement rule' en ontwikkelingen in het Nederlandse vennootschapsrecht', Ondernemingsrecht 2005/10, blz. 372-378.
Assink, B.F. (2007), 'Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag', Deventer: Kluwer.
Ayres, I. en R. Gertner (1989), 'Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules', 99 Yale Law Journal, blz. 87-130.
Ayres, I. (1992), 'Judging Close Corporations in the Age of Statutes', 70 Washington University Law Quarterly blz. 365-397.

Baird, G. (2006), 'Legal Approaches to Restricting Distributions to Shareholders: The Role of Fraudulent Transfer Law', EBOR 2006-7, blz. 199-215.
Baker, S. en K.D. Krawiec (2005), 'The Economics of Limited Liability: an Empirical Study of New York Law Firms', 2005 University of Illinois Law Review, blz. 107-170.
Bangma, K.L. en A. de Ridder (2004), 'Rechtsvormkeuze in het MKB', Zoetermeer: EIM Onderzoek voor Bedrijf en Beleid.
Barents, R. en L.J. Brinkhorst (2006), 'Grondlijnen van het Europees Recht', Deventer: Kluwer.
Baruch Gitlin, J.D. (2003), 'When is Corporation Close, or Closely-Held, Corporation Under Common or Statutory Law', 111 American Law Reports 5th 207.
Berger, A.N. en G.F. Udell (1995), 'Relationship Lending and Lines of Credit in Small Firm Finance', 68 Journal of Business, blz. 351-381.
Bergh, R.J. van den (2001), 'Rechtseconomische kanttekeningen', in: R.J. van den Bergh et al. (2001), 'Aansprakelijkheid; gronden en grenzen', Deventer: Kluwer.
Bebchuk, L.A. en J.M. Fried (1996), 'The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy', 105 Yale Law Journal, blz. 857-934.
Bebchuk, L.A. en J.M. Fried (1997), 'The Uneasy Case for Priority of Secured Claims in Bankruptcy: Further Thoughts and a Reply to Critics', Harvard John M. Colin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper no. 224, 11/97.
Bebchuk, L.A. en A. Hamdani (2002), 'Vigorous Race or Leisurely Walk: Reconsidering the Competition Over Corporate Charters', 112 Yale law Journal, blz. 553-615.
Bebchuk, L.A. en A. Cohen (2003), 'Firms' Decisions where to Incorporate', 46 The Journal of Law and Economics', blz. 383-425.
Becht, M. et al. (2007), 'Where Do Firms Incorporate? Deregulation and the Cost of Entry', European Corporate Governance Institute, Working Paper 70/2006.

Becht, M. et al. (2008), 'Where Do Firms Incorporate? Deregulation and the Cost of Entry', 14 Journal of Corporate Finance, blz. 241-256.
Beckman, H. (2004), 'Minimumkapitaal, aansprakelijkheid en publiciteit: wat moet de crediteur hiermee?' Ondernemingsrecht 2004/1-2, blz. 22-24.
Bellingwout, J.W. (1996), 'Zetelverplaatsing van rechtspersonen; privaatrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten', Serie monografieën vanwege het van der Heijden Instituut, deel 54, Deventer: Kluwer.
Bellingwout, J.W. (2007), 'Invoering titel 7.13 BW: enkele internationale fiscale aspecten', WFR 2007/6729, blz. 833-839.
Berg, J.A.M. ten (2008), 'Van der Heijden congres: Flexibele rechtsvormen' Ondernemingsrecht 2008/10-11 blz. 386-392: Verslag van de presentatie van Zaman: 'Karakterverschillen tussen Flex-BV en personenvennootschap'.
Berkowitz, J. en J. White (2004), 'Bankruptcy and Small Firms' Access to Credit', 35 Rand Journal of Economics, blz. 69-84.
Bier, B. (2006), 'Het verleden, heden en de toekomst van de kapitaalbescherming', Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht', 'De vereenvoudigde BV', Deventer: Kluwer.
Bier, B. (2007), 'Kapitaalbescherming nieuwe stijl', Tijdschrift voor Ondernemingsrechtpraktijk 2007-6, blz. 252-257.
Bier, B. en P.M. van der Zanden (2007), 'Besluitvorming van het bestuur rondom uitkeringen in de flexibele BV', Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2007-1, blz. 11-14.
Bishop, C.G. (1995), 'Unincorporated Limited Liability Business Organizations: Limited Liability Companies and Partnerships', 29 Suffolk University Law Review, blz. 985-1058.
Bishop, C.G. en D.S. Kleinberger (2005), 'Limited Liability Company: Tax and Business Law', Boston: Warren Gorham Lamont.
Blair, T. (2001), 'Foreword by the Prime Minister', in: 'Think Small First'.
Blanco Fernández, J.M. (2003), 'De rechtssubjectiviteit van de openbare vennootschap', WPNR/6549, blz. 752-759.
Blanco Fernández J.M. en M. van Olffen (2007), 'Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's; onderzoek in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum Ministerie van Justitie', Deventer: Kluwer.
Blanco Fernández, J.M. (2008a), 'Denkend aan zeggenschap', in: J.M.M. Maeijer (2008), 'Flexibele rechtsvormen', Serie vanwege het van der Heijden instituut, Deventer: Kluwer.
Blanco Fernández, J.M. (2008b), 'Vennootschap en het handelsregister', WPNR 2008/6752, blz. 323-324.
Boer, J.P. en R.J. de Vries (2005), 'Anglo-Amerikaanse trusts en subjectieve vennootschapsbelastingplicht', WFR 2005/6631, blz. 949-959.
Bollen, C. (2008), 'Verweermiddelen tegen exoneraties in algemene voorwaarden die derdenwerking hebben', Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS 2008-2, blz. 57-69.

Booth, R.A. (1994), 'Limited Liability and the Efficient Allocation of Resources', 89 Northwestern University Law Review, blz. 140-165.
Booth, R.A. (2005), 'Capital Requirements in United States Corporation Law', University of Maryland School of Law Legal Studies Research Paper, No. 2005-64.
Boschma, H. (2004), 'De persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder wegens het voortzetten van verliesgevende activiteiten van de vennootschap', in: E. Gepken-Jager en H. Schutte-Veenstra (red.) (2004), 'LT: Verzamelde 'Groninger' opstellen aangeboden aan Vino Timmerman', Deventer: Kluwer.
Boschma, H.E. en J.B. Wezeman (2004), 'De personenvennootschap nieuwe stijl: metamorfose of façade?', Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS 2004-4, blz. 168-185.
Boschma, H.E. en J.N. Schutte-Veenstra (2008), 'De Europese BV: het voorstel voor een SPE-Statuut', Ondernemingsrecht 2008/17, blz. 602-610.
Bouichi, A. (2004), 'Het continuïteitsbeginsel in het wetsvoorstel Personenvennootschap', Ars Aequi 2004-5, blz. 325-332.
Bowman, F.J. (1983), 'The Professional Corporation – Has the Death Knell Been Sounded?', 10 Pepperdine Law Review, blz. 515-544.
Braaksma, R. en K. Bangma (2004), 'Het MKB en de BV – Achtergronden van de keuze van ondernemers', EIM Onderzoek voor Bedrijf en Beleid.
Bradley, C. (2001), 'Twenty-First Century Anglo-American Partnership Law', Commonwealth Law World Review, blz. 330-342.
Bratton, W.W. and J.A. McCahery (1997a), 'The New Economies of Jurisdictional Competition: Devolutionary Federalism in a Second-Best World', 86 Georgetown Law Journal, blz. 201-278.
Bratton, W.W. and J.A. McCahery (1997b), 'An Inquiry into the Efficiency of the Limited Liability Company: Of Theory of the Firm and Regulatory Competition', 54 Washington and Lee Law Review, blz. 629-686.
Bratton, W.W. en J.A. McCahery (1999), 'Evolution and Efficiency of the US Limited Liability Company', in: W.W. Bratton et al. (1999), 'Personenvennootschap en 'onderneming'; over persoonsgebonden ondernemingen en titel 7.13 ONBW', Deventer: Tjeenk Willink.
Bratton, W.W. (2008), 'Bond Covenants and Creditor Protection: Economics and Law, Theory and Practice, Substance and Process', in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), 'The Law and Economics of Creditor Protection', The Hague: TMC Asser Press.
Breedveld-de Voogd, C.G. (2003), 'Beroepsaansprakelijkheid in het Wetsvoorstel Personenvennootschappen', NbBW 2003-10, blz. 146-149.
Bromberg, A.R. en L.E. Ribstein (2005), 'On Limited Liability Partnerships, the Revised Uniform Partnership Act, and the Uniform Limited Partnership Act (2001)', New York: Aspen Publishers.
Bromberg, A.R. en L.E. Ribstein (2009), 'On Limited Liability Partnerships, the Revised Uniform Partnership Act, and the Uniform Limited Partnership Act (2001)', New York: Aspen Publishers.

Brunner, C.J.H. (1995), 'Is beroepsaansprakelijkheid iets bijzonders?', Ars Aequi 1995-1, blz. 932-941.
Brunschot, F.W.G.M. van (1978), 'Nederlandse fiscale aspecten van Franse 'transparante' vennootschappen', in: J. Renes et al. (1978), 'Fiscale Miniaturen', Deventer: FED.
Brunschot, F.W.G.M. (1995), 'Beroepsuitoefening in N.V.-vorm, fiscale observaties', De Naamlooze Vennootschap 73, ½ januari/februari 1995, blz. 26-31.
Buijn, F.K. (2000), Preadvies: Deel II: 'Privaatrechtelijke rechtspersonen: rechtspersoonlijkheid en rechtsvorm', NJV 2000.
Buijn, F.K. (2007), 'Onzekere winstuitkeringen', Ondernemingsrecht 2007/9, blz. 356-360.
Buitendijk J.A. en J.E. Arendse (2002), 'De Limited Liability Company in Nederlands Perspectief', WFR 2002/6466, blz. 154-160.
Bulger, R.J. en V.P. Rostow (1990), 'Medical Professional Liability and the Delivery of Obstetrical Care', 6 Journal of Contemporary Health Law and Policy, blz. 81-91.
Burg, W. van der en R. Pierik (2003), 'John Rawls: de filosoof van de liberaal-democratische verzorgingsstaat', Nederlands Juristenblad, blz. 914-919.
Buxbaum, R.M. (1987), 'The Threatened Constitutionalisation of the Internal Affairs Doctrine in Corporation Law', 75 Californian Law Review, blz. 29-57.

Cahen, J.L.P. (2004), 'Overeenkomst en derden', Deventer: Kluwer.
Calabresi, G. (1961), 'Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts', 70 Yale Law Journal, blz. 499-553.
Callison, J.W. (2001), 'Federalism, Regulatory Competition, and the Limited Liability Movement: The Coyote Howled and the Herd Stampeded', 26 Journal of Corporate Law, blz. 951-981.
Carney, W.J. (1998), 'Limited Liability', Encyclopaedia of Law and Economics.
Carr, J.L. en F. Mathewson (1988), 'Unlimited Liability as a Barrier to Entry', 96 Journal of Political Economy, blz. 766-784.
CBS (2009), 'Statistisch Jaarboek 2009', Den Haag: CBS.
Cnossen, S. (1979), 'Grondslagen en stelsels van vennootschapsbelasting in de EG', MBB 1979/7-8, blz. 281-299.
Coase, R.H. (1960), 'The Problem of Social Cost', 3 Journal of Law and Economics, blz. 1-69.
Commissie van de Europese Gemeenschappen (2003), 'Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement; modernisering van het vennootschapsrecht en verbetering van de corporate governance in de Europese Unie – Een actieplan', Brussel 21 mei 2003, COM (2003) 284 definitief.
Commissie van de Europese Gemeenschappen (2006), 'Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité; Exit-heffingen en de behoefte aan coördinatie van het belastingbeleid van de lidstaten', d.d. 19 december 2006, COM (2006) 825.

Commission of the European Communities (2007), 'Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of the registered office', Commission Staff Working Document d.d. 12 December 2007, SEC (2007) 1707.
Commissie van de Europese Gemeenschappen (2008a), 'Werkdocument van de diensten van de Commissie: Begeleidend document bij de aanbeveling van de Commissie inzake de beperking van de wettelijke aansprakelijkheid van wettelijke auditoren en auditkantoren, Samenvatting van de Effectenbeoordeling, C (2008) 2274 definitief.
Commissie van de Europese Gemeenschappen (2008b), 'Voorstel voor een Verordening van de Raad betreffende het statuut van de Europese besloten vennootschap', d.d. 25 juni 2008, COM (2008) 396.
Commission of the European Communities (2008a), 'Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European private company, COM (2008) 396/3.
Commission of the European Communities (2008b), 'Commission Staff Working Document accompanying the Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Private Company (SPE); Impact Assessment, SEC (2008) 2098.
Commission of the European Communities (2009), 'Commission Staff Working Document Accompanying Document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council amending Council Directive 78/660/EEC on the annual accounts of certain types of companies as regards micro-entities; Impact Assessment d.d. 26 februari 2009, COM (2009) 206.
Commissie vennootschapsrecht (2007), 'Advies over het wetsvoorstel inzake de vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht', Ondernemingsrecht 2007/1, blz. 14-19.
Company Law Review Steering Group (1999), 'Modern Company Law for a Competitive Economy: The Strategic Framework, a Consultation Document from the Company Law Review Steering Group', London: DTI.
Company Law Review Steering Group (2001), 'Modern Company Law; For a Competitive Economy, The Strategic Framework, Final Report, Volumes 1 and 2.

Daines, R. (1999), 'Does Delaware Law Improve Firm Value?', New York University Center for Law and Business, Working Paper #CLB-99-011.
Dam, C.C. van (1989), 'Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid: een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats, inhoud en functie van de zorgvuldigheidsnorm bij de aansprakelijkheid voor letsel- en zaakschade', Deventer: Kluwer.
Dammann, J. en M. Schündeln (2008), 'The Incorporation Choices of Privately Held Corporations', Law and Economics Research Paper No. 119, 8 December 2008.
Davies, P. (2002), 'Introduction to Company Law', New York: Oxford University Press.
Davies, P. en J. Rickford (2008), 'An Introduction to the New UK Companies Act', European Company and Financial Law Review, blz. 48-71.

Deben, L. (2005), 'Welvaartsimplicaties van overheidsinterventie; de public interest benadering', Diepenbeek: Steunpunt Verkeersveiligheid.
Demsetz, H. (1972), 'When does the rule of liability matter?', 1 Journal of Legal Studies, blz. 13-28.
DeMott, D.A. (1985), 'Perspectives on Choice of Law for Corporate Internal Affairs', 48 Law and Contemporary Problems, blz. 161-198.
Denozza, F. (2008), 'Different Policies for Corporate Creditor Protection', in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), 'The Law and Economics of Creditor Protection', The Hague: TMC Asser Press.
Department of Trade and Industry (1997), 'Limited Liability Partnerships: A New Form of Business Association for Professions: A consultation paper', London: DTI.
Department of Trade and Industry (1998),'Limited Liability Partnerships: Draft Bill: A consultation document', London: DTI.
Department of Trade and Industry (1999a), 'Limited Liability Partnership Bill: Consultation Document', 27 July 1999, London: DTI.
Department of Trade and Industry (1999b), 'Eighth Special Report; Response to the Committee's Conclusions and Recommendations', London: DTI.
Department of Trade and Industry (2002), 'White Paper, Modernising Company Law', London: The Stationary Office.
Department for Business Enterprise & Regulatory Reform (2007), 'Proposals for the Application of the Companies Act 2006 to Limited Liability Partnerships (LLPs): A Consultation Document'.
Department for Business Enterprise & Regulatory Reform (2008), 'Government Response to the Consultation on the Proposed Application of the Companies Act 2006 to Limited Liability Partnerships'.
Drion, S. en J.G.S. Warmerdam (2009), 'Reactie op "Brandbrief MKB/VNO-NCW, zand in de raderen voor invoering titel 7.13 (vennootschap)" van prof. mr. M. van Olffen, WPNR 6782, p. 43/4', WPNR/6788, blz. 173-175.
Dunné, J.M. van (2005), 'Beperking van aansprakelijkheid in contracten: exoneratie en verzekering, zoals in geval van 'bewuste roekeloosheid", TMA 2005-3, blz. 89-104.
Duuren, T.P. van (2004), 'De positie van de Nederlandse BV ten opzichte van haar buitenlandse equivalenten en de Europese BV', Ondernemingsrecht 2004/1-2, blz. 4-10.

Easterbrook, F.H. en D.R. Fischel (1985), 'Limited Liability and the Corporation', 52 University of Chicago Law Review, blz. 89-117.
Easterbrook, F.H. en D.R. Fischel (1991), 'The Economic Structure of Corporate Law', Cambridge: Harvard University Press.
Eeghen, L.J. van (2002), 'De aansprakelijkheid van bestuurders na feitelijke insolventie', TVI 2002-4, blz. 197-205.

Eeghen, L.J. (2006), 'Het schemergebied voor faillissement', Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
Eeghen, L.J. van (2009), 'De samenloop van vorderingen onder de Beklamelnorm', TvI 2009-3, blz. 14-24.
Engelhard, E.F.D. en G.E. van Manen (2008), 'Aansprakelijkheid voor schade; contractueel en buiten contractueel', Deventer: Kluwer.
Enriques, L. en J.R. Macey (2001), 'Creditors versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules', 86 Cornell Law Review, blz. 1165-1204.
Enriques, L. en M. Gelter (2006), 'Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection', European Business Organization Law Review, blz. 417-453.
Es, J.A.G. van (2007), 'Afweging BV of eenmanszaak; tendens in de tijd', TFO 2007/92, blz. 94-103.
Europese Raad van Lissabon (2000), 'Conclusies van het voorzitterschap', d.d. 23 en 24 maart 2000.

Fan, W. en M.J. White (2003), 'Personal Bankruptcy and the Level of Entrepreneurial Activity', 46 Journal of Law and Economics, blz. 543-567.
Faure, M. en T. Hartlief (2002), 'Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering', Deventer: Kluwer.
Ferran, E. (2005), 'The place for creditor protection on the agenda for modernisation of company law in the European Union', European Corporate Governance Institute, Law Working Paper No. 051/2005.
Fisch, J.E. (2000), 'The Peculiar Role of the Delaware Courts in the Competition for Corporate Charters', 68 University of Cincinnati Law Review, blz. 1061-1100.
Fleming, J. (2004), 'Verslag van het vijftiende congres van het Instituut voor ondernemingsrecht: de vereenvoudiging van het BV-recht', Ondernemingsrecht 2004/14, blz. 537-544.
Fletcher, W.M. (1990), 'Fletcher Cyclopaedia of the Law of Corporations'.
Foqué, R.M.G.E. (2009), 'Filosofische repliek op Timmerman's grondslagen', Ondernemingsrecht 2009/1, blz. 14-17.
Fortney, S.S. (1997), 'Seeking Shelter in the Minefield of Unintended Consequences – The Traps of Limited Liability Firms', 54 Washington & Lee Law Review, blz. 717-768.
Fortney, S.S. (2003), 'High Drama and Hindsight: The LLP Shield, Post Andersen', 12 Business Law Today, blz. 47-49.
Freedman, J. (1994), 'Small Businesses and the Corporate Form: Burden or Privilege?', 57 Modern Law Review, blz. 555-584.
Freedman, J. (2000), 'Limited Liability: Large Theory and Small Firms', 63 Modern Law Review, blz. 317-354.
Freedman, J. (2004), 'Limited Liability Partnerships in the United Kingdom: Do They Have a Role for Small Firms? in: J.A. McCahery et al. (2004), The

Governance of Close Corporations and Partnerships US and European Perspectives', New York: Oxford University Press Inc.
Friedland, J.A. (1996), 'Tax Considerations in Selecting a Business Entity: The New Entity Classification', 9 DePaul Business Law Journal, blz. 109-125.

Galjaart, M.W. (2006), 'Het wetsvoorstel personenvennootschappen: quo vadit?', V&O 2006-6, blz. 106-108.
Gecombineerde commissie vennootschapsrecht van de Orde van Nederlandse Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (2005), 'Eerste Tranche Ambtelijk Voorontwerp Vereenvoudiging en Flexibilisering van het BV-recht Orgaanstructuur en bevoegdheden, aandelen en certificaten'.
Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (2007), 'Advies inzake Wetsvoorstel Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en Flexibilisering BV-recht, Kamerstukken 31 058)', d.d. 20 september 2007.
Geld, J.A.G. van der (2007), 'Hoofdzaken vennootschapsbelasting', Deventer: Kluwer.
Geppaart, Ch. P. A. (1990), 'De rechtsbescherming van de belastingplichtige', FED 1990, blz. 36.
Geradin, D. en J.A. McCahery (2005), 'Regulatory Co-opetition: Transcending the Regulatory Competition Debate', Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2005-06.
Germann, J. en Y. van der Tempel (2007), 'Het nieuwe overdrachtsregime voor contractuele samenwerkingsvormen', WPNR 07/6723, blz. 778-795.
Goosen, H.P.J. (1991), 'Belastingplicht in de vennootschapsbelasting', FED Fiscale brochures, Deventer: FED.
Graaf, A.C.G.A.C. de, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens (2008), 'Internationaal Belastingrecht', Deventer: Kluwer.
Groene Serie Personenassociaties.
Groot, H. de (1998), 'Wie draagt de schade in het ondernemingsrecht?', in: N.F. van Manen en R.H. Stutterheim (1998), 'Wie draagt de schade', Nijmegen: Ars Aequi Libri.
Grundfest, J.A. (1993), 'The Limited Future of Unlimited Liability: A Capital Markets Perspective', 102 Yale Law Review, blz. 387-425.
Grundmann, S. (2007), 'European Company Law; Organization, Finance and Capital Markets', Antwerpen – Oxford: Intersentia.

Halpern, P. et al. (1980), 'An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law', 30 University of Toronto Law Journal, blz. 118-150.
Hamill, S.P. (1989), 'The Limited Liability Company: A Possible Choice of Doing Business?', 41 Florida Law Review, blz. 721-772.

Hamill, S.P. (1998), 'The Origins Behind the Limited Liability Company', 59 Ohio State Law Journal, blz. 1459-1522.
Hamilton, R.W. (1995), 'Registered Limited Liability Partnerships: Present at the Birth (Nearly)', 66 University of Colorado Law Review, blz. 1065-1104.
Hamilton, R.W. (1996), 'The law of corporations; in a nutshell', St. Paul, Minnesota: West Publishing.
Hamilton, R.W. en L.E. Ribstein (1997), 'Limited Liability and the Real World', 54 Washington and Lee Law Review, blz. 687-715.
Hamilton, R.W. (2001), 'Professional Partnerships in the United States', 26 Journal of Corporate Law, blz. 1045-1060.
Hansmann, H. en R. Kraakman (1991), 'Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts', 100 Yale Law Review, blz. 1879-1934.
Hansmann, H. en R. Kraakman (1992), 'A Procedural Focus on Unlimited Shareholder Liability', 106 Harvard Law Review, blz. 446-459.
Hansmann, H. et al. (2005), 'The New Business Entities in Evolutionary Perspective', 2005 University of Illinois Law Review, blz. 5-14.
Hartlief, T. (1997), 'Ieder draagt zijn eigen schade; enige opmerkingen over de fundamenten van en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht', Deventer: Kluwer.
Hartlief, T. (2004), 'De notariële beroepsaansprakelijkheid en haar verzekering. Spannende tijden voor het notariaat?', WPNR 04/6586, blz. 575-586.
Hessels S.J.A. en E.H. Hooge (2006), 'Small Business Governance; een verkenning naar de betekenis en de praktijk van corporate governance in het MKB', Zoetermeer: EIM Onderzoek voor Bedrijf en Beleid.
Hertig, G. en H. Kanda (2006), 'Creditor Protection', in R.R. Kraakman et al. (2006), 'The Anatomy of Corporate Law; A Comparative and Functional Approach', Oxford: Oxford University Press.
Hertig, G. en J.A. McCahery (2006), 'A Legal Options Approach to EC Company Law', Berkeley Program in Law & Economics, Working Paper Series Paper No. 180.
Hillman, R.W. (1992), 'Limited Liability and Externalization of Risk: A Comment on the Death of Partnership', 70 Washington University Law Quarterly, blz. 477-487.
Hillman, R.W. (2005), 'The Bargain in the Firm: Partnership Law, Corporate Law, and Private Ordering within Closely-Held Business Associations', 2005 University of Illinois Law Review, blz. 171-194.
Hofstra, H.J. en R.E.C.M. Niessen (2002), 'Inleiding tot het Nederlands belastingrecht', Deventer: Kluwer.
Hol, A.M. (1991), 'Rechten en Doeleinden: Enkele morele aspecten van aansprakelijkheid', in A.M. Hol en M.A. Loth (1991), 'Dilemma's van aansprakelijkheid', Zwolle: Tjeenk Willink.
Hol, A.M. (1993), 'Gewogen recht; billijkheid en efficiëntie bij onrechtmatige daad', Deventer: Kluwer.

House of Commons Trade and Industry Committee (2003), 'The White Paper on Modernising Company Law: Sixth Report of Session 2002-03', London: The Stationary Office.
Hsu, S-L. (2003), 'Fairness versus Efficiency in Environmental Law', The George Washington University Law School Public Law and Legal Theory Working Paper No. 72.
Huizink, J.B. (2000), 'Contractuele samenwerkingsvormen in beroep en bedrijf', Deventer: Kluwer.
Huizink, J.B. (2003), 'Vertegenwoordiging door en aansprakelijkheid van vennoten', WPNR 03/6524, blz. 227-235.
Huizink, J.B. (2008), 'Insolventie en bestuurdersaansprakelijkheid', in: J.A. van de Hel et al. (Ed.) (2008), 'Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd', Nijmegen: Ars Aequi Libri.
Hynes, J.D. en M.J. Loewenstein (2005), 'Agency, Partnership, and the LLC', St. Paul: Thomson / West.

Ippel, P.C. en P.P. Rijpkema (2001), 'Recht in perspectief: Over de normatieve grondslagen van het recht', Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

Jansen, J.J.M. (2008), 'Ondernemers in 2008', MBB nr. 2, blz. 47-57.
Jensen, M. en W. Meckling (1976), 'Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Capital Structure', 3 Journal of Financial Economics, blz. 305-360.
Jones, H.B. (1953), 'The Professional Corporation', 27 Fordham Law Review, blz. 353-372.
Johnson, R. (1983), 'The Florida Limited Liability Company Act', 11 Florida State University Law Review, blz. 387-406.
Johnson, J.J. (1995), 'Limited Liability for Lawyers: General Partners Need Not Apply', 51 Business Lawyer, blz. 85-145.
Johnson, J.J. (1997), 'Risky Business: Choice-of-Law and the Unincorporated Entity', 1 Journal of Small & Emerging Business Law, blz. 249-296.

Kahan, M. en E. Kamar (2002), 'The Myth of State Competition in Corporate Law', 55 Stanford Law Review, blz. 679-749.
Kahan, M. (2006), 'The Demand for Corporate Law: Statutory Flexibility, Judicial Quality, or Takeover Protection?', 22 Journal of Law Economics & Organization', blz. 340-365.
Kamp, P.A.J. (1995), 'Beroepsaansprakelijkheid in stroomversnelling', De Naamloze Vennootschap 73, ½ januari/februari 1995, blz. 21-25.
Kamphuisen, J.G.C. (1987), 'Is het wenselijk wettelijke maatregelen te treffen tot beperking van de aansprakelijkheid van beoefenaren van vrije beroepen?', Preadvies voor de NJV 1987.

Kaplow, L. en S. Shavell (2002), 'Fairness versus Welfare', Cambridge: Harvard University Press.
Kaplow, L. en S. Shavell (2003), 'Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences and Distributive Justice', Harvard Law School John M. Olin Centre for Law, Economics and Business Discussion Paper Series, Paper 411.
Kaptein, H.J.R. (1998), 'Solidariteit door individualisering van aansprakelijkheid', in: N.F. van Manen en R.H. Stutterheim (1998), 'Wie draagt de schade', Nijmegen: Ars Aequi Libri.
Karjala, D.S. (1989), 'An Analysis of Close Corporation Legislation in the United States', 21 Arizona State Law Journal, blz. 663-704.
Keatinge, R.R. et al. (1992), 'The Limited Liability Company: A Study of the Emerging Entity', 47 The Business Lawyer, blz. 375-460.
Kelly, D. et al. (2002), 'Business Law', London: Cavendish Publishing Limited.
Kempen, M.L.M. van (1999a), 'Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen', Deventer: Tjeenk Willink.
Kempen, M.L.M. van (1999b), 'Verslag van de vergadering van de Vereeniging 'Handelsrecht' van 6 november 1998 over vraagpunten en adviezen over titel 13 van Boek 7 inzake de personenvennootschappen', Deventer: Tjeenk Willink.
Kempen, M.L.M. van (2000a), 'De fiscale behandeling van vennoten in personenvennootschappen in de Wet inkomstenbelasting 2001', TFO 2000/51, blz. 195-216.
Kempen, M.L.M. van (2000b), 'De kwalificatie van vennoten in personenvennootschappen in de Wet IB 2001', in: P.H.J. Essers (2000), 'Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht; opstellen over (fiscaal) ondernemingsrecht, erfrecht en insolventierecht', Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
Kempen, M.L.M. van (2002), 'Misverstand dreigt transparantie personenvennootschap', WFR 2002/6506, blz. 1699-1710.
Kempen, M.L.M. van (2005), 'Kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen', WFR 2005/6621, blz. 573-582.
Kerkmeester, H.O. (1998), 'Nieuwenhuis over de rechtseconomie', Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, 15(8), blz. 261-267.
Kerkmeester, H.O. (2000), 'Methodology: general', in B. Bouckeart en D. de Geest (2000), 'Encyclopedia of Law and Economics, Volume I: The History and Methodology of Law and Economics', Cheltenham: Edward Elgar, blz. 383-401.
Kieninger, E-M. (2004), 'The Legal Framework of Regulatory Competition Based on Company Mobility: EU and US Compared', 6 German Law Journal, blz. 741-770.
Klein, W.A. en E. M. Zolt (1995), 'Business Form, Limited Liability, and Tax Regimes: Lurching Toward a Coherent Outcome?', 66 University of Colorado Law Review, blz. 1001-1041.

Kluiver, H.J. de (2003), 'Titel 7.13: een 'missing link' gelegd. Het wetsvoorstel personenvennootschappen in hoofdlijnen en kernpunten', WPNR/6524, blz. 205-213.
Kluiver, H.J. de et al. (2004), 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht: Rapport van de expertgroep ingesteld door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken', Den Haag: 6 mei 2004.
Kobayashi, B.H. en L.E. Ribstein (1996), 'Evolution and Spontaneous Uniformity: Evidence from the Evolution of the LLC', 34 Economic Inquiry, blz. 464-483.
Kortmann, S.C.J.J. (1995), 'Beperking van de (verhaals-)aansprakelijkheid van de vrije beroepsbeoefenaar', De Naamlooze Vennootschap 73, ½ januari/ februari 1995, blz. 14-20.
Koster, H. (2006), 'Boekbespreking', Ondernemingsrecht 2006/17, blz. 638-640.
Kozyris, P.J. (1985), 'Corporate Wars and Choice of Law', 1 Duke Law Journal, blz. 1-99.
Kraakman, R.H. (1984), 'Corporate Liability Strategies and Costs of Legal Controls', 93 Yale Law Journal, blz. 857-898.
Kroeze, M.J. (2005), 'Bange Bestuurders: Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Erasmus Universiteit Rotterdam op 28 oktober 2005', Kluwer: Deventer.
Kroeze, M.J. en H.M. Vletter – van Dort (2006), 'Eenvormig vennootschapsrecht: een oud deuntje of toekomstmuziek', in: F. de Ly, et al. (2006), 'Eenvormig bedrijfsrecht: realiteit of utopie?', Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

Landers, J.M. (1975), 'A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy, 42 University of Chicago Law Review, blz. 589-652.
Law Commission en de Scottish Law Commission (2003), 'Partnership Law, Law Commission Report No. 283 / Scottish Law Commission Report No. 192'.
Latty, E.R. (1955), 'Pseudo-Foreign Corporations', 65 Yale Law Journal blz. 137-173.
Leebron, D.W. (1991), 'Limited Liability, Tort Victims, and Creditors', 91 Columbia Law Review, blz. 1565-1650.
Leemrijse, J.J.C.A. (2005), 'De Eerste Tranche van het vereenvoudigd BV-recht', Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2005-2, blz. 39-46.
Lennarts, M.L. en J.N. Schutte-Veenstra (2004), 'Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht', Instituut voor Ondernemingsrecht Groningen.
Lennarts, M.L. (2006a), 'Enige kanttekeningen bij de voorstellen tot wijziging van het kapitaalbeschermingsrecht bij de BV', O&F 2006/72, blz. 32-43.
Lennarts, M.L. (2006b), 'De Twilight Zone: het schermergebied tussen vennootschaps- en insolventierecht', Deventer: Kluwer.

Lennarts, M.L. (2008), 'Titel 8 van het Voorontwerp Insolventiewet: bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement', Ondernemingsrecht 2008/13, blz. 460-467.
Litjens, F.P.J. (1985), 'Het stelsel van aftrek primair rendement in de vennootschapsbelasting', WFR 1985/5668, blz. 109-118.
London Economics in association with Professor Ralf Erwert (2006), 'Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes' (MARKT/2005/24/F), Final Report to EC-DG Internal Market and Services.
Loth, M.A. en A.M.P. Gakeer (2002), 'Meesterlijk recht', Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

Macey, J.R. (1995), 'The Limited Liability Company: Lessons from Corporate Law', 73 Washington University Law Quarterly, blz. 433-454.
Maeijer, J.M.M. (1998), 'Vraagpunten en adviezen over titel 13 van Boek 7 inzake de personenvennootschappen', Vereeniging van Handelsrecht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink.
Maeijer, J.M.M. (2008), 'De personenvennootschap: enkele gedachten van de ontwerper van het eerste uur', in: J.M.M. Maeijer (2008), 'Flexibele rechtsvormen', Serie vanwege het van der Heijden instituut, Deventer: Kluwer.
Manen, N.F. van en R.H. Stutterheim (1998), 'Wie draagt de schade', Nijmegen: Ars Aequi Libri.
Mankowski, M. (2006), 'Does Contract Suffice to Protect the Interests of the Creditors of a Company Properly?', in: M. Lutter (ed.) (2006), 'Legal Capital', Berlijn: De Gruyter.
Mann, F.A. (1964), 'The Doctrine of Jurisdiction in International Law', Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1964-I.
Mann, R.J. (1997), 'The Role of Secured Credit in Small-Business Lending', 86 Georgetown Law Journal, blz. 1-44.
Manne, H.G. (1967), 'Our Two Corporation Systems: Law and Economics', 53 Virginia Law Review, blz. 259-284.
McCahery, J.A. en E.P.M. Vermeulen (2001a), 'High-tech Start-ups in Europe: The Effect of Regulatory Competition on the Emergence of New Business Forms', European Law Journal, vol. 7, no. 4, blz. 459-481.
McCahery, J.A. en E.P.M. Vermeulen (2001b), 'The Evolution of Closely Held Business Forms in Europe', 26 Journal of Corporation Law, blz. 855-878.
McCahery, J.A. en E.P.M. Vermeulen (2004), 'The Changing Landscape of EU Company Law', TILEC Discussion Paper no. 2004-023, blz. 32-33.
McCahery, J.A. (2004), 'Introduction: Governance in Partnership and Close Corporation Law in Europe and the United States', in: J.A. McCahery et al. (2004), 'The Governance of Close Corporations and Partnerships US and European Perspectives', New York: Oxford University Press Inc.

McCahery, J.A. en E.P.M. Vermeulen (2005a), 'De behoefte aan een Nederlandse 'personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid", Ondernemingsrecht 2005/11, blz. 382-391.
McCahery, J.A. en E.P.M. Vermeulen (2005b), 'De weg naar een Nederlandse L(imited) L(iability) P(artnership); waarom de totstandkoming van nieuwe rechtsvormen moeizaam verloopt in: 'Tussen Themis en Mercurius'; bedrijfsjuridische bijdragen aan een Europese beleidsconcurrentie bij gelegenheid van het 75 jarig bestaan van het Nederlands genootschap van bedrijfsjuristen Deventer: Kluwer.
McCahery, J.A. (2006), 'Harmonisatie in het Europese vennootschapsrecht: de politieke economie van economische integratie', preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging: in: Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging (2006), 'Verslag van de op 9 juni 2006 te Maastricht gehouden vergadering over: Europese integratie', Deventer: Kluwer.
McCahery, J.A. et al. (2006a), 'Traditional and Innovative Approaches to Legal Reform: 'The New Company Law', RIETI Discussion Paper Series 07-E-033.
McCahery J.A. et al. (2006b), 'The New Company Law: What Matters in an Innovative Economy?', ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper no. 75/2006.
McCahery, J.A. en E.P.M. Vermeulen (2007a), 'Understanding Corporate Mobility in the EU: towards the Foundations of a European 'Internal Affairs Doctrine', a working paper prepared for the 5th European Company Law and Corporate Governance Conference in Berlin on 27-28 June 2007.
McCahery, J.A. en E.P.M. Vermeulen (2007b), 'Is de 'nieuwe' BV voldoende aantrekkelijk in internationaal verband?', Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk 2007/6, blz. 263-271.
Medema, S.G. en R.O. Zerbe (2000), 'Coase Theorem', Encyclopedia of Law and Economics, nr. 0730.
Meijeren, D.J.S. (2009), 'Reactie op artikel prof. Mr. C.A. Schwarz', Ondernemingsrecht 2009/2, blz. 112-115.
Meijers, V.A.E.M. (2001), 'Personenvennootschappen nieuwe stijl', WPNR/6462, blz. 882-886.
Meiners R.E. et al. (1979), 'Piercing the Veil of Limited Liability', 4 Delaware Journal of Corporate Law', blz. 351-367.
Memorie van toelichting bij Ambtelijk Voorontwerp wijziging Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid eerste tranche: orgaanstructuur en bevoegdheden / aandelen en certificaten.
Merkus, M.J.C. (2006), 'Emigratieheffingen in de vennootschapsbelasting art. 15c en 15d Wet VPB 1969 getoetst aan het EG-Verdrag', WFR 2006/6694, blz. 1293-1300.
Mohr, A.L. (1995), 'De rechtsvorm van het vrije beroep', De Naamloze Vennootschap 73, ½ januari /februari, blz. 2-13.

Mohr, A.L. (1998), 'Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap', Deventer: Kluwer.
Mohr, A.L. et al. (2003a), 'Preadvies van de Vereeniging Handelsrecht; Personenvennootschappen', Deventer: Kluwer.
Mohr, A.L. (2003b), 'Goederenrechtelijke aspecten van de "openbare vennootschap"', WPNR 03/6524, blz. 213-218.
Mohr, A.L. (2008), 'Bijzondere aansprakelijkheidsregelingen in relatie tot draagplicht', in: J.M.M. Maeijer (2008), 'Flexibele rechtsvormen', Serie vanwege het van der Heijden instituut, Deventer: Kluwer.
Mol-Verver, S.J. (2005), 'De BV als belastingsubject?', O&F, 2005/65, blz. 67-74.
Monchy, C.W. de (2003), 'Nieuwe omzettingen in het vennootschapsrecht', Ondernemingsrecht 2003/4, blz. 124-132.
Moodie, G. (2004), 'Forty Years of Charter Competition: A Race to Protect Directors from Liability', John M. Olin Center for Law, Economics and Business Fellows' Discussion Paper Series, Discussion Paper No. 1, 09/2004.
Morse, G. (2004), 'Limited Liability Partnerships and Partnership Law Reform in the United Kingdom', in: J.A. McCahery et al. (2004), 'The Governance of Close Corporations and Partnerships US and European Perspectives', New York: Oxford University Press Inc.
Mulder, W.F. (1987), 'Aanschrijving Financiën inzake CV ernstige bedreiging voor fournering risicodragend vermogen', MBB 1987/2, blz. 33-37.
Mülbert, P.O. en M. Birke (2002), 'Legal Capital – Is there a Case against the European Legal Capital Rules?', 3 European Business Organization Law Review, blz. 695-732.
Mülbert, P.O. (2008), 'A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection', in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), 'The Law and Economics of Creditor Protection', The Hague: TMC Asser Press.
Murphy, N.S. (1995), 'Note, It's Nothing Personal: The Public Costs of Limited Liability Law Partnerships, 71 Indiana Law Journal, blz. 201-233.
Myers, S. (1977), 'Determinants of Corporate Borrowing', 5 Journal of Financial Economics, blz. 147-175.

Nass, E.C.A. (2008), 'Buitencontractuele aansprakelijkheid van de openbaar accountant als jaarrekeningcontroleur', Ondernemingsrecht 2008/5, blz. 185-192.
National Bankruptcy Review Commission (1997), 'Bankruptcy: The Next Twenty Years'.
Nederlandse Vereniging van Participatiemaatschappijen (2005), 'Reactie op ambtelijk voorontwerp van wet inzake flexibilisering BV-recht'.
Nieuwenhuis, J.H. (2001), 'Ambitieus aansprakelijkheidsrecht', in: R.J. van den Bergh et al. (2001), 'Aansprakelijkheid; gronden en grenzen', Deventer: Kluwer.

O'Hara, E. en L.E. Ribstein (2008), 'Rules and Institutions in Developing a Law Market: Views from the U.S. and Europe', University of Illinois College of Law, Law and Economics Working Papers.
Olffen, M. van (2003), 'De openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid. Verkrijgen en opgeven van rechtspersoonlijkheid. verhouding met Boek 2 BW', WPNR/6524, blz. 218-226.
Olffen, M. van (2008), 'Hybride rechtsvormen en alternatieven', in: J.M.M. Maeijer (2008), 'Flexibele rechtsvormen', Serie vanwege het van der Heijden instituut, Deventer: Kluwer.
Olffen, M. van (2009), 'Naschrift', WPNR/6788, blz. 175-178.
O'Neal, F.H. (1952), 'Restrictions on Transfer of Stock in Closely Held Corporations: Planning and Drafting', 65 Harvard Law Review, blz. 773-816.
O'Neal, F.H. (1972), 'Close Corporation Legislation: A Survey and an Evaluation', 1972 Duke Law Journal, blz. 867-894.
O'Neal, F.H. (1978), 'Preventive Law: Tailoring the Corporate Form of Business to Ensure Fair Treatment of All', 49 Mississippi Law Journal, blz. 529-590.
O'Neill T.A. (1994), 'Toward a New Theory of the Closely-Held Firm', 24 Seton Hall Law Review, blz. 603-652.

Painter, M.E. (1984), 'Tort Creditor Priority in the Secured Credit System: Asbestos Times, the Worst of Times', 36 Stanford Law Review, blz. 1045-1085.
Payne, J. (2008a), 'Legal Capital and Creditor Protection in UK Private Companies', 5 European Company Law, blz. 220-228.
Payne, J. (2008b), 'Legal Capital in the UK Following the Companies Act 2006', University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Working Paper No. 13/2008.
Pendell, J.W. en P.J. Hinton (2007), 'Tort Liability Costs for Small Businesses', U.S. Chamber Institute for Legal Reform.
Philips, B.D. (2004), 'Small Business Problems and Priorities', National Federation of Independent Business Research Foundation, June 2004.
Pitlo/Raaijmakers (2006), 'Ondernemingsrecht', Deventer: Kluwer.
Portier, G.M. en D.F.M.M. Zaman (2003), 'Het einde van de openbare maatschap als rechtsvorm voor vrije beroepsbeoefenaars?', Ondernemingsrecht 2003/9, blz. 326-333.
Posner, R.A. (1976), 'The Rights of Creditors of Affiliated Corporations', 43 University of Chicago Law Review, blz. 499-526.
Posner, R.A. (1979), 'Utilitarianism, economics and legal theory', 8 Journal of Legal Studies, blz. 103-140.
Posner, R.A. (1987), 'The Justice of Economics', 1 Economica delle Scelte Pubbliche, blz. 15-25.
Posner, R.A. (1992), 'Economic Analysis of Law', Boston: Little, Brown and Company.

Presser, S.B. (1992), 'Thwarting the Killing of Corporation: Liability, Democracy, and Economics', 87 Northwestern University Law Review, blz. 148-179.

Raad van State (2006), 'Het advies van de d.d. 10 mei 2006, No. W06.06.0125/IV; inzake het voorstel van wet tot wijziging van belastingwetten ter realisering van de doelstelling uit de nota 'Werken aan Winst'.

Raaijmakers, M.J.G.C. (1999), 'Persoonsgebonden samenwerkingsvormen en de 'onderneming' in het privaatrecht' in: W.W. Bratton et al. (1999), 'Personenvennootschap en 'onderneming'; over persoonsgebonden ondernemingen en titel 7.13 ONBW', Deventer: Tjeenk Willink.

Raaijmakers M.J.G.C. et al. (2003a), 'Herziening persoonsgebonden ondernemingsvormen; Enkele kanttekeningen bij het wetsvoorstel tot invoering van titel 7.13 BW, Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Raaijmakers, M.J.G.C. (2003b), 'Reorganisaties van personenvennootschappen in het ontwerp Titel 7.13 NBW', WPNR 03/6524, blz. 246-253.

Raaijmakers, M.J.G.C. (2005), 'Vrijheid van ondernemerschap en 'bruikbaar ondernemingsrecht'; alternatieven voor formele wetgeving in het ondernemingsrecht?', in: 'Tussen Themis en Mercurius'; bedrijfsjuridische bijdragen aan een Europese beleidsconcurrentie bij gelegenheid van het 75 jarig bestaan van het Nederlands genootschap van bedrijfsjuristen, Deventer: Kluwer.

Raaijmakers, M.J.G.C. (2006), 'De toekomst van het ondernemersrecht: back tot basics', Ars Aequi 2006-11, blz. 792-804.

Raaijmakers, M.J.G.C. (2009), 'Vereenvoudiging titel 7.13 BW (personenvennootschappen)', Ondernemingsrecht 2009/2, blz. 70-81.

Radbruch, G. (1932), 'Rechtsphilosophie', in E. Wolf en H-P. Schneider (hrsg.) (1973), 'Rechtsphilosophie', Stuttgart: Koehler.

Ramboll Management (2007), Study on administrative costs of EU Company Law Acquis.

Rammeloo, S.F.G. (2003), 'HvJ EG Zaak 208/00 Überseering: de "long and winding road" naar vestigingsvrijheid voor rechtspersonen in de Europese Unie', WPNR 03/6521, blz. 153-154.

Rammeloo, S.F.G. (2007), "Flex-BV', 'Blitz-GmbH', Private Limited Company, of toch maar wachten op de European Private Company (EPC)?', Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2007-1, blz. 1-10.

Rawls, J. (1999), 'A Theory of Justice', Oxford: Oxford University Press.

Reese, W.L.M. en E.M. Kaufman (1958), 'The Law Governing Corporate Affairs: Choice of Law and the Impact of Full Faith and Credit', 58 Columbia Law Review, blz. 1118-1145.

Rensema, J. (1976), 'Fiscale winst en draagkracht van zelfstandigen', Deventer: Kluwer.

Reuvers, M.R. (1975), 'De grens van de verzelfstandiging van het aandeel', WFR 1975/5251, blz. 1133-1139.

Ribstein, E. (1991), 'Limited Liability and Theories of the Corporation', 50 Maryland Law Review, blz. 80-130.
Ribstein, L.E. (1992), 'The Deregulation of Limited Liability and the Death of Partnership', 70 Washington University Law Quarterly, blz. 417-475.
Ribstein, L.E. (1993), 'Efficiency, Regulation and Competition: A Comment on Easterbrook & Fischel's Economic Structure of Corporate Law', 87 Northwestern University Law Review, blz. 254-286.
Ribstein, L.E. (1994), 'The Closely Held Firm: A View From the United States', 19 Melbourne University Law Review, blz. 950-976.
Ribstein, L.E. (1995), 'Statutory Forms for Closely Held Firms: Theories and Evidence from LLCs', 73 Washington University Law Quarterly, blz. 369-432.
Ribstein, L.E. (1996), 'Possible Futures for Unincorporated Firms', 64 University of Cincinnati Law Review, blz. 319-368.
Ribstein, L.E. (1998), 'Ethical Rules, Agency Costs and Law Firm Structure', 84 Virginia Law Review, blz. 1707-1760.
Ribstein, L.E. en B.H. Kobayashi (2000), 'The Fable of the B.A.'s Network Externalities and the Choice of Business Form', George Mason University of Law, Law and Economics Working Papers Series, Working Paper no. 00-18.
Ribstein, L.E. (2001), 'The Evolving Partnership', 26 Journal of Corporation Law, blz. 819-854.
Ribstein, L.E. (2002), 'Market vs. Regulatory Responses to Corporate Fraud: A Critique of the Sarbanes-Oxley Act of 2002', 28 Journal of Corporation Law blz. 1-67.
Ribstein, L.E. (2003), 'Limited Liability of Professional Firms after Enron', 29 Journal of Corporation Law, blz. 427-447.
Ribstein, L.E. (2006), 'The Evolving Partnership', University of Illinois College of Law, Law and Economics Working Papers, Paper 68.
Ribstein, L.E. (2007), 'Corporations and the Market for Law', Illinois Law and Economics Working Papers Series Research Paper No. LE07-002.
Rickford, J. et al. (2004), 'Reforming Capital: Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance', 15 European Business Law Review, blz. 919-1027.
Rickford, J. (2008), 'Legal Approaches to Restricting Distributions to Shareholders: Balance Sheet Tests and Solvency Tests', in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), 'The Law and Economics of Creditor Protection', The Hague: TMC Asser Press.
Romano, R. (1985), 'Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle', 1 Journal of Law, Economics and Organization, blz. 225-284.
Romano, R. (1993), 'Genius of American Corporate Law', Washington; AEI Press.
Romano, R. (2005), 'Is Regulatory Competition a Problem or Irrelevant for Corporate Governance', ECGI Law Working Paper Series, Working Paper No. 26/2005

Romley, J.A. en B. Savych (2008), 'Does Liability Affect Small Business?', Kauffmann-RAND Institute for Entrepreneurship Public Policy, Working Paper WR-541-EMKF.
Rovers, J.M. (2006), 'Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en de SE-Verordening: nog een beetje toekomst voor de werkelijke zetelleer?', NTER 2006-3, blz. 49-54.

Sangen, G.J.H. van der en M.J.G.C. Raaijmakers (2004), 'Modernisering van het BV-recht en crediteurenbescherming', Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2004-6, blz. 247-257.
Sangen, G.J.H. van der (2005), 'Rechtssubjectiviteit en afgescheiden vermogen van de eenmanszaak', Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur, 2005-5, blz. 165-174.
Sangen, G.J.H. van der (2008), 'Een beschouwing over de interne markt, vrijheid van ondernemerschap en competitive law-making binnen de EU', Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2008-4, blz. 98-105.
Schepel, J. (1996), 'De advocaat vergeleken met de (register)accountant', in: J. Ekelmans et al. (1996), 'Beroepsaansprakelijkheid', Den Haag: Nederlandse Orde van Advocaten en Sdu Uitgevers.
Schie, P.M. van et al. (2006), 'Hoofdlijnen van het Nederlands belastingrecht', Deventer: Kluwer.
Schilfgaarde, P. van (1974a), 'De vennootschap volgens het ontwerp B.W.', Preadvies uitgebracht voor de Vereeniging 'Handelsrecht', Zwolle: Tjeenk Willink.
Schilfgaarde, P. van (1974b), 'De rechtspersoonlijkheid van de openbare vennootschap volgens het ontwerp B.W.', WPNR 74/5251, blz. 113-119.
Schilfgaarde, P. van (1979), 'Rechtspersonen: Algemeen deel', Deventer: Kluwer.
Schilfgaarde, P. van (2009), 'Van de BV en de NV', Deventer: Kluwer.
Schmidt, K.M. (2008), 'The Economics of Covenants as a Means of Efficient Creditor Protection', in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), 'The Law and Economics of Creditor Protection', The Hague: TMC Asser Press.
Schneeman, A. (2002), 'The Law of Corporations and Other Business Organizations', St. Paul: Thomson.
Schön, W. (2004), 'The Future of Legal Capital', 5 European Business Organization Law Review, blz. 429-448.
Schön, W. (2008), 'Balance Sheet Tests or Solvency Tests – or Both?', in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), 'The Law and Economics of Creditor Protection', The Hague: TMC Asser Press.
Schutte-Veenstra, J.N. et al. (2005), 'Alternative Systems for Capital Protection', Institute for Company Law, Deventer: Kluwer.
Schutte-Veenstra J.N. (2009), 'Zetelverplaatsing; herbevestiging Daily Mail met nuancering', Ondernemingsrecht 2009/2, blz. 105-111.

Schwarz, C.A. (2008), 'Het einde van de Nederlandse CV', Ondernemingsrecht 2008/15, blz. 542-546.
Schwarz, C.A. (2009), 'Statutaire of contractuele prijsfixatie bij overdracht van aandelen; wijzigende gezichtspunten en de rol van de redelijkheid en billijkheid', Tijdschrift voor ondernemingsbestuur 2009-1, blz. 14-21.
Schwidetzky, W.D. (2009), 'Integrating Subchapter K and S, Just Do It', 62 Tax Lawyer, blz. 749-822.
Shavell, S. (1982), 'On liability and insurance', 13 Bell Journal of Economics, blz. 120-132.
Shavell, S. (1986), 'The Judgement Proof Problem', 6 International Review of Law and Economics, blz. 45-58.
Shavell, S. (2004), 'Minimum asset requirements and compulsory liability insurance as solutions to the judgement-proof problem', Harvard John M. Colin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper No. 456.
Slagter, W.J. (1995), 'Beperking van beroepsaansprakelijkheid', TVVS 95/7, blz. 173-178.
Slagter, W.J. (2003), 'Opvolging van vennoten', WPNR 03/6524, blz. 235-240.
Slot, P.J. en M. Bulterman (2004), 'Globalisation and Jurisdiction', Den Haag: Kluwer International Law.
Smith, C.W. en J.B. Warner (1979), 'On Financial Contracting; An Analysis of Bond Covenants', 7 Journal of Economics, blz. 117-161.
Smith, D.G. (2008), 'A Federalism-Based Rationale for Limited Liability', George Mason University Law and Economics Research Paper Series No. 08-15.
Smits, J.M. (2004), 'Europa en het Nederlandse privaatrecht', NTBR 2004/10, blz. 490-500.
Smits, J.M. (2006), 'Competitie tussen vennootschapsvormen: wat is het 'beste' stelsel van ondernemingsbestuur?', Tijdschrift voor ondernemingsbestuur 2006-1, blz. 21-26.
Smits, P.R. (1969), 'De externe gebondenheid van het vennootschapsvermogen; een studie betreffende vennootschapsgoederenrecht', Deventer: Kluwer.
Soest, A.J. van, en J.B.J. Peeters (1954), 'Belastingen; inkomstenbelasting, vermogenbelasting, vennootschapsbelasting', Arnhem: Gouda Quint.
Solinge, G. van (2003), 'Relativering van rechtspersoonlijkheid', in: C.J.M. Klaassen et al. (2003), 'Aansprakelijkheid in Beroep, Bedrijf of Ambt', Deventer: Kluwer.
Staatssecretaris van Financiën (2005), 'Antwoorden van de staatssecretaris van Financiën van 9 februari 2005', nr. WDB 2005-00077U.
Steffens, D. (2007), 'Onrechtmatige daadvordering en aansprakelijkheid van bestuurders. De samenloop van de onrechtmatige daadvordering met bijzondere wettelijke aansprakelijkheidsgronden en de actio Pauliana', Tilburg: Celsus juridische uitgeverij.

Stevens, A.J.A. (2008a), 'Ooh LLP, gij schoonste aller vrouwen?!?', NTFR 2008/337, blz. 1-4.
Stevens, A.J.A. (2008b), 'Enige internationaalrechtelijke, fiscale aspecten van het Wetsvoorstel titel 7.13 BW', TFO 2008/95, blz. 21-26.
Stevens, A.J.A. (2010), 'Het nieuwe classificatiebesluit', NTFR 2010/12, blz. 7-13.
Stevens, L.G.M. (2005), 'Basisboek Belastingen', Deventer: Kluwer.
Stokkermans, Chr. M. (2005), 'Pleidooi voor meer flexibiliteit en lastenverlichting; reactie van Allen & Overy naar aanleiding van het ambtelijk voorontwerp van wet inzake Flexibilisering BV-recht (eerste tranche)'.
Stokkermans, Chr. M. (2008), 'Omzetting van personenvennootschappen', V&O 2008-1, blz. 2-6.
Stone, C.D. (1980), 'The Place of Enterprise Liability in the Control of Corporate Conduct', 90 Yale Law Review, blz. 1-77.
Stover, F.O. en S.P. Hamill (1999), 'The LLC versus LLP Conundrum: Advice for Business Contemplating the Choice', 50 Alabama Law Review, blz. 813-848.

Tervoort, A.J.S.M. (1995), 'Haalt de Personenvennootschap het jaar 2015?', in: M.J.G.C. Raaijmakers (1995), 'Ondernemingsrecht in internationaal perspectief', Deventer: Kluwer.
Tervoort, A.J.S.M. (2003a) 'Bestuur en gebondenheid tegenover derden', in: J.M. Gerretsen (red.) (2003), 'De vennootschap volgens titel 7.13 BW. Een civiele en fiscale verkenning van komend personenvennootschapsrecht', Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers.
Tervoort, A.J.S.M. (2003b), 'Bestuur en vertegenwoordiging', in: M.J.G.C. Raaijmakers et al. (2003a), 'Herziening persoonsgebonden ondernemingsvormen; Enkele kanttekeningen bij het wetsvoorstel tot invoering van titel 7.13 BW, Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
Tervoort, A.J.S.M. (2003c), 'Inleiding', in: J.M. Gerretsen (red.) (2003), 'De vennootschap volgens titel 7.13 BW. Een civiele en fiscale verkenning van komend personenvennootschapsrecht', Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers.
Tervoort, A.J.S.M. (2003d), 'De nieuwe wettelijke regeling inzake personenvennootschappen', Njb 2003-8, blz. 362-370.
Tervoort, A.J.S.M. (2003e) 'Administratie; winst en verlies', in: J.M. Gerretsen (red.) (2003), 'De vennootschap volgens artikel 7.13 BW. Een civiele en fiscale verkenning van komend personenvennootschapsrecht', Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers.
Tervoort A.J.S.M. (2005), 'Van jurisdictionele competitie naar jurisdictionele competentie in besloten vennootschapsverhoudingen?', Lustrum Bundel Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, 'Tussen Themis en Mercurius', Deventer: Kluwer.
Tervoort, A.S.J.M. (2007), 'Recensie: Prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, Pitlo, Het Nederlandse burgerlijk recht, Deel 2, Ondernemingsrecht (Pitlo/

Raaijmakers, Ondernemingsrecht), Deventer: Kluwer 2006', NTBR 2007-3, blz. 130-135.
Tervoort, A.J.S.M. (2007), 'Invoeringswet titel 7.13 BW (vennootschap)', Ondernemingsrecht 2007/13, blz. 486-493.
Tervoort, A.S.J.M. (2008), 'Kabinetsreactie op onderzoek naar rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's', Ondernemingsrecht 2008/4, blz. 167-169.
The World Bank (2009), 'Doing Business 2010; Reforming through Difficult Times', New York: Palgrave Macmillan.
Thompson, R.B. (1991), 'Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study', 76 Cornell Law Review, blz. 1036-1074.
Thompson, R.B. (1994), 'Unpacking Limited Liability: Direct and Vicarious Liability of Corporate Participants for Torts of the Enterprise', 47 Vander Bilt Law Review, blz. 1-41.
Thompson, R.B. (1995), 'The Taming of Limited Liability Companies', 66 University of Colorado Law Review, blz. 921-946.
Thompson, R.B. (1997), 'The Limits of Liability in the New Limited Liability Entities', 32 Wake Forest Law Review, blz. 1-29.
Thompson, R.B. (2003), 'Agency Law and Asset Partitioning', 71 University of Cincinnati Law Review, blz. 1321-1343.
Tiebout, Ch. M. (1956), 'A pure Theory of Local Expenditures', 64 Journal of Political Economy, blz. 416-424.
Timmerman, L. (2000), 'Preadvies: Deel II Onderstromen in het privaatrechtelijke rechtspersonenrecht', NJV 2000, blz. 105-165.
Timmerman, L. (2005), 'Gedragsrecht, belangenpluralisme en vereenvoudiging van het vennootschapsrecht: Wat moet dwingend blijven in het vennootschapsrecht van de toekomst?', Ondernemingsrecht 2005/1, blz. 2-8.
Timmerman, L. (2007), 'Welfare, Fairness and the Role of Courts in a Simple and Flexible Private Company Law', 8 European Business Organization Law Review, blz. 325-334.
Timmermans, C.W.A. (2002), 'Europees vennootschapsrecht', SEW 2002, blz. 249-252.
Tjittes, R.P.J.L. (1996), 'De werking van exoneratiebedingen', in: J. Ekelmans et al. (1996), 'Beroepsaansprakelijkheid', Den Haag: Nederlandse Orde van Advocaten en Sdu Uitgevers.
Trachtman, J.P. (1993), 'International Regulatory Competition, Externalization, and Jurisdiction', 34 Harvard International Law Journal, blz. 47-104.
Trade and Industry Select Committee (1999), 'Fourth report: Draft Limited Liability Partnership Bill, HC 59 1998-99'.

UPA Revision Subcommittee of the Committee on Partnerships and Unincorporated Business Organizations, Section of Business Law, American

Bar Association (1987), 'Should the Uniform Partnership Act be Revised?', 43 Business Lawyer, blz. 121-184.
U.S. Chamber Institute for Legal Reform (2007), '2007 U.S. Chamber of Commerce State Liability Systems Ranking Study'.

Ventoruzzo, M. (2006), '"Cost-based" and "Rules-Based" Regulatory Competition: Markets for Corporate Charters in the U.S. and in the E.U.', 3 New York University Journal of Law and Business, blz. 91-153.
Verburg, J. (2000), 'Vennootschapsbelasting', Deventer: Kluwer.
Verdoner, L.A. (1999), 'Belastingbeginselen en internationaal belastingrecht', MBB 1999/11, blz. 383-388.
Verhoeff, Th.J.M.L. (2007), 'Nieuwe rechtsvorm is nodig', Financieele Dagblad van 6 december 2007.
Vermeulen, E.P.M. (2003), 'The Evolution of Legal Business Forms in Europe and the United States: Venture Capital, Joint Venture and Partnership Structures', Proefschrift Universiteit van Tilburg, Den Haag: Kluwer Law International.
Verslag van de Vergadering van de Vereeniging Handelsrecht van 6 november 1998, in: J.M.M. Maeijer (1998), 'Vraagpunten en adviezen over titel 13 van Boek 7 inzake de personenvennootschappen', Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink.
Vetter, H.J. (2008), 'Advocatuur en de nieuwe personenvennootschap', O&F 2008/1, blz. 6-15.
Visscher, L.T. en H.O. Kerkmeester (1996), 'Kenbaarheidsvereiste en gewoonte als verweren tegen een aansprakelijkheidsactie: een rechtseconomische benadering', Tijdschrift voor Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht, 10(3), blz. 48-57.
Visscher, L.T. en R.J. van den Bergh (1998), 'Over fietsende juristen en autorijdende rechtseconomen of een nieuwe fase in het debat over verkeersaansprakelijkheid', Nederlands Juristenblad, 1998-3, blz. 122-127.
Visscher, L.T. (2006), 'Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht', Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
Vlas, P. (2002), 'Rechtspersonen', Praktijkreeks IPR deel 9, Deventer: Kluwer.
Vlas, P. (2003), noot bij het arrest Überseering in *NJ* 2003, 58.
Vlas, P. (2003), noot bij het arrest Centros in*NJ* 2000, 48.
VNO-NCW (2005), 'Commentaar op het consultatiedocument 'vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht eerste tranche'.
Voorde, H. ten (2006), 'Deponering, publicatie en verzet: Een onderzoek naar de procedures rond vereffening, omzetting, kapitaalvermindering, fusie, splitsing en beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid uit een 403-verklaring', Deventer: Kluwer.
Vranken, J.B.M. (1997), 'De derde in het overeenkomstenrecht (I)', WPNR 97/6288, blz. 715-720.
Vries, F. de (1990), 'Wettelijke limitering van aansprakelijkheid', Zwolle: Tjeenk Willink.

Vroom, A.M. en J.P. Scheltens (1957), 'De commanditaire vennootschap in het private- en fiscale recht', Ars Notariatus IX, Haarlem: Tjeenk Willink.

Waard, T. de (2003), 'De vormgeving van grensoverschrijdende samenwerking tussen vrije beroepsbeoefenaren', in: L.J. Hijmans van den Bergh et al. (2003), 'Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief', Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, Deventer: Kluwer.

Wagner, G. (2008), 'Distributions to Shareholders and Fraudulent Transfer Law', in: H. Eidenmüller en W. Schön et al. (2008), 'The Law and Economics of Creditor Protection', The Hague: TMC Asser Press.

Wansink, J.H. (1991), 'Enige aspecten van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering', in: F.H.A. Arisz et al. (1991), 'Beroepsaansprakelijkheid: recht op een scheve schaats', Bundel ter gelegenheid van het Jonge Balie Congres 1991, Zwolle: Tjeenk Willink.

Wautelet, P. (2004), 'What has international private law achieved in meeting the challenges posed by globalisation', in: P.J. Slot en M. Bulterman (2004), 'Globalisation and Jurisdiction', Den Haag: Kluwer International Law.

Wechem, T.H.M. (1994), 'Exoneratie en verzekering bij in- en verkoop van diensten', in: C.C. van Dam et. al. (1994), 'Opdracht en dienstverlening', Zwolle: Tjeenk Willink.

Wessels, B. (1995), 'Zorgen om morgen: beheersing van beroepsaansprakelijkheid in discussie', NJB 1995/7, blz. 233-239.

Wessels, B. (1997), 'Is Nederland toe aan een PMBA; Praktijk-Maatschap met Beperkte Aansprakelijkheid?', NJB 1997/27, blz. 1207-1211.

Wessels, B. (2007), 'Insolventierecht: Gevolgen van faillietverklaring (2)', Deventer: Kluwer.

Wezeman, J.B. (2003), 'Bevoegdheden, aansprakelijkheid en verhaal bij de personenvennootschap nieuwe stijl', Ondernemingsrecht 2003/4, blz. 99-104.

Wezeman, J.B. en M.H.A. van Houtum (2004), 'Van geïnspireerde kunst, vestigingsvrijheid en vreemde vennootschappen', Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2004-4, blz. 176-183.

Wezeman, J.B. (2007), 'Tussen contract en instituut: de personenvennootschap nieuwe stijl privaatrechtelijk belicht', MBB, 2007-11, blz. 356-365.

Wezeman, J.B. (2008), 'One-tier of two-tier?', Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht 2008/6, blz. 127.

Wheeler, T. en M. Parsons (2004), 'Partnership Returns, 2002', SOI Bulletin: Fall 2004, blz. 46-125.

Wheeler, T. en N. Shumofsky (2005), 'Partnership Returns, 2003', SOI Bulletin: Fall 2005, blz. 50-129.

Wheeler, T. en N. Shumofsky (2006), 'Partnership Returns, 2004', SOI Bulletin: Fall 2006, blz. 104-191.

Wheeler, T. en N. Shumofsky (2007), 'Partnership Returns, 2005', SOI Bulletin: Fall 2007, blz. 69-155.
Wheeler, T. en N. Shumofsky (2008), 'Partnership Returns, 2006', SOI Bulletin: Fall 2008, blz. 129-216.
Wheeler, T. en N. Shumofsky (2009), 'Partnership Returns, 2007', SOI Bulletin: Fall 2009, blz. 70-159.
Wijk, R.J.A. van (2008), 'Wetsvoorstel personenvennootschappen: administratie; winst en verlies', Vastgoedrecht 2008-3, blz. 77-79.
Woolcock, S. (1996), 'Competition among rules in the single European market', in: W. Bratton et al. (1996), 'International Regulatory Competition and Coordination', Oxford: Clarendon Press.
Wormser, M. (1912), 'Piercing the Veil of Corporate Entity', 12 Columbia Law Review, blz. 496-519.
Wulf, H. de (1999), 'Centros: vrijheid van vestiging zonder race to the bottom', Ondernemingsrecht 1999/12, blz. 318-324.

Zaman D.F.M.M. (2004), 'De vennootschap (titel 7.13 BW): een hybridisch schepsel dat uitstekend past in de flexibilisering van het ondernemingsrecht', WPNR 04/6583, blz. 499-506.
Zaman, D.F.M.M. (2007), 'Een nieuwe rechtsvormgeving', Den Haag: Sdu Uitgevers.
Zaman, D.F.M.M. (2007a), 'Grensoverschrijdende fusie: enige juridische aspecten', TFO 2007/119, blz. 119-125.
Zaman, D.F.M.M. (2008), 'Karakterverschillen tussen de flexibele BV en de personenvennootschap', in: J.M.M. Maeijer (2008), 'Flexibele rechtsvormen', Serie vanwege het van der Heijden instituut, Deventer: Kluwer.
Zaman, D.F.M.M. (2009), 'De rechtspersoonlijkheid van de OVR en de CVR nader belicht', Tijdschrift voor ondernemingsbestuur 2009-3, blz. 85-92.
Zanden, P. van der, et al. (2008), 'Ontwikkelingen in beroepsaansprakelijkheid van accountants jegens derden', Maandblad voor Accountancy en bedrijfseconomie 2008/7-8, blz. 317-323.
Zeben, C.J. van, Parlementaire Geschiedenis Boek 2.
Zilinsky, M. (2003), 'Einde van de siège réel?; Beschouwingen over het arrest van het Hof van Justitie EG van 5 november 2002 (Überseering)', Tijdschrift SV&V 2003-2, blz. 60-65.
Zwemmer, J.W. (1978), 'De fiscale positie van de aandeelhouder', WFR 1987/5378, blz. 1037-1051.
Zwemmer, J.W. (1979), 'Het onderscheid tussen 'open' en 'besloten', WFR 1979/5431, blz. 1309-1316.
Zwemmer, J.W. (1982), 'De betekenis van de rechtspersoonlijkheid in het fiscale recht (I)', TVVS nr. 82/1, blz. 1-5.
Zwemmer, J.W. (1986), 'Aantekening bij de resolutie van 6 november 1986', FED 1986/13339.

Kamerstukken

Kamerstukken II, 1911-1912, 144, nr. 3.
Kamerstukken II, 1958-1959, 5 380, nr. 3.
Kamerstukken II, 1958-1959, 5 380, nr. 8.
Kamerstukken II, 1959-1960, 5 380, nr. 9.
Kamerstukken II, 1962-1963, 5 380, nr. 19.
Kamerstukken II, 1959-1960, 6 000, nr. 3.
Kamerstukken II, 1962-1963, 6 000, nr. 9.
Kamerstukken II, 1968-1969, 6 000, nr. 19.
Kamerstukken II, 1984-1985, 17 725, nr. 7.
Kamerstukken II, 2007-2008, 22 112, nr. 600.
Kamerstukken II, 1994-1995, 24 141, nr. 3.
Kamerstukken II, 1995-1996, 24 761, nr. 3.
Kamerstukken II, 1997-1998, 25 810, nr. 2.
Kamerstukken II, 2002-2003, 28 746, nr. 3.
Kamerstukken II, 2002-2003, 28 746, nr. 4.
Kamerstukken II, 2003-2004, 28 746, nr. 5.
Kamerstukken II, 2003-2004, 28 746, nr. 6.
Kamerstukken II, 2002-2003, 28 746, B.
Kamerstukken I, 2005-2006, 28 746, C.
Kamerstukken I, 2005-2006, 28 746, D.
Kamerstukken I, 2006-2007, 28 746, E.
Kamerstukken II, 2003-2004, 29 752, nr. 1.
Kamerstukken II, 2003-2004, 29 752, nr. 2.
Kamerstukken II, 2004-2005, 29 752, nr. 3.
Kamerstukken II, 2007-2008, 29 752, nr. 6.
Kamerstukken II, 2007-2008, 29 752, nr. 7.
Kamerstukken II, 2004-2005, 30 107, nr. 2.
Kamerstukken II, 2005-2006, 30 572, nr. 5.
Kamerstukken II, 2006-2007, 31 058, nr. 2.
Kamerstukken II, 2006-2007, 31 058, nr. 3.
Kamerstukken II, 2006-2007, 31 058, nr. 4.
Kamerstukken II, 2007-2008, 31 058, nr. 5.
Kamerstukken II, 2008-2009, 31 058, nr. 6.
Kamerstukken II, 2008-2009, 31 058, nr. 7.
Kamerstukken II, 2009-2010, 31 058, nr. 15.
Kamerstukken II, 2006-2007, 31 065, nr. 2.
Kamerstukken II, 2006-2007, 31 065, nr. 3.
Kamerstukken II, 2006-2007, 31 065, nr. 5.
Kamerstukken II, 2007-2008, 31 065, nr. 7.
Kamerstukken II, 2008-2009, 31 065, nr. 15.
Kamerstukken II, 2008-2009, 31 065, nr. 16.
Kamerstukken II, 2008-2009, 31 948, nr. 3.

Ongecorrigeerd stenogram van het wetgevingsoverleg van de vaste commissie voor Justitie van maandag 26 oktober 2009.

Besluiten

Resolutie van 6 november 1986, *BNB* 1987/40.
Besluit van 4 mei 1994, nr. DGO 94-04107.
Besluit van 18 september 1997, nr. DGO 97-00417.
Besluit van 8 september 1999, nr. DB99/2344M.
Besluit van 1 december 2000, nr. CPP2000/2666M.
Besluit van 19 december 2000, nr. CPP2000/2157M.
Besluit van 13 februari 2001, nr. CPP2000/3210M.
Besluit van 18 december 2004, nr. CPP2004/2730M.
Besluit van 28 februari 2006, nr. CPP2005/2530M.
Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M.
Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/529M.

Richtlijnen en Verordeningen

Richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten.
Richtlijn 2005/19/EG van de Raad van 17 februari 2005 tot wijziging van Richtlijn 90/434/EEG betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten.
Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, L 310 (Tiende Richtlijn).
Verordening (EEG) Nr. 2137/85 van de Raad van 25 juli 1985 tot instelling van Europese economische samenwerkingsverbanden (EESV)
Verordening (EG) Nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, L 160/1 (Insolventieverordening).
Verordening (EG) Nr. 1435/2003 van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap, L 207.

Jurisprudentie Nederland

Rechtbank 's-Gravenhage 16 april 2008, *JA* 2008/92.
Hof 's Gravenhage 14 juli 1981, *BNB* 1982/264.
Hof Den Bosch 28 september 1983, *NJ* 1985, 120.
Hof Amsterdam 4 januari 1995, nr. 93/1467, Infobulletin 1995/315 (Franse SNC).
Hof Amsterdam EK X 24 november 2004, nr. 04/0906.
HR 20 maart 1914, *NJ* 1915, 148.
HR 25 november 1927, *NJ* 1928, 364.
HR 8 januari 1937, *NJ* 1937, 431.

HR 8 april 1937, *NJ* 1937, 640.
HR 8 april 1938, *NJ* 1938, 1076.
HR 16 juni 1944, *NJ* 1944/45, 443.
HR 18 maart 1956, *NJ* 1956, 322.
HR 6 november 1957, *BNB* 1957/320.
HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514 (Erba I).
HR 29 mei 1964, *NJ* 1965, 104.
HR 3 mei 1968, *NJ* 1968, 267.
HR 7 maart, *NJ* 1969, 249 (Gegaste uien).
HR 9 mei 1969, *NJ* 1969, 307.
HR 24 november 1976, *BNB* 1978/13.
HR 12 januari 1979, *NJ* 1979, 362 (Securicor).
HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443 (Osby-Pannan/LVM).
HR 9 mei 1986, *NJ* 1986, 792 (Keulen/BLG).
HR 20 juni 1986, *NJ* 1987, 35 (Deka-Hanno/Citronas).
HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 487 (Albada Jelgersma II).
HR 9 juni 1989, *NJ* 1990, 40 (Vojvodina/ECT).
HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286.
HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (Nimox/Van den End q.q.).
HR 9 december 1992, *BNB* 1993/94.
HR 10 juni 1994, *NJ* 1994, 766 (Romme/Bakker).
HR 18 november 1994, *NJ* 1995, 170 (Benzol/Securicor).
HR 12 januari 1996, *RvdW* 1996, 31.
HR 23 december 1996, *NJ* 1996, 628 (Notaris E./Gerritse q.q. c.s.).
HR 23 december 1996, *NJ* 1996, 629 (Notaris M./Gerritse q.q. c.s.).
HR 30 mei 1997, *NJ* 1997, 663 (HCT Engineering).
HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 270 (Henkel/JMG).
HR 12 juni 1998, *NJ* 1998, 727 (Coral/Stalt).
HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 148 (Veenbrink/Baarsma).
HR 5 november 1999, *RdvW* 1999, 167 (Cunera).
HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295 (NHB/Oosterhof).
HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 578 (Van Dooren/ABN Amro I).
HR 8 juni 2001, *JOR* 2001/171 (Panmo).
HR 21 december 2001, *JOR* 2002, 38 (Sobi/Hurks II).
HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 95 (Lunderstädt/De Kok q.q.).
HR 18 oktober 2002, *JOR* 2003, 22 (Uniekaas/Voerman).
HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 563 (Kuipers/Wentink).
HR 6 februari 2004, *JOR* 2004, 67 (Reinders Didam Beheer/Gunning q.q).
HR 8 april 2005, *JOR* 2005, 119 (Laurus).
HR 16 september 2005, *NJ* 2006, 311 (De Bont/Bannenberg q.q.).
HR 2 juni 2006, *BNB* 2006/288.
HR 14 juli 2006, *BNB* 2006/321c.

HR 13 oktober 2006, *JOR* 2006, 296.
HR 8 december 2006, *JOR* 2007, 38 (Ontvanger/Roelofsen).

Jurisprudentie Europese Hof

HvJ EG 5 februari 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration*, Zaak 26/62 (Van Gend en Loos).
HvJ EG 15 juli 1964, *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, Zaak 6/64 (Costa-ENEL).
HvJ EG 9 maart 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SPA*, Zaak 106/77 (Simmenthal).
HvJ EG 27 september 1988, *The Queen v H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue v. Daily Mail and General Trust PLC.*, Zaak 81/87 (Daily Mail).
HvJ EG 11 juli 1989, *Ford Espana SA v. Estado espanol*, Zaak 170/88 (Ford Espana).
HvJ EG 31 maart 1993, *Dieter Kraus v. Land Baden- Württemberg*, Zaak 19/92 (Kraus).
HvJ EG 30 november 1995, *Reinhard Gebhard v. Consiglio Dell'Orgine Degli Avvocati E Procuratori di Milano*, Zaak 55/94 (Gebhard).
HvJ EG 9 maart 1999, *Centros Ltd. v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, Zaak 212/97 (Centros).
HvJ EG 5 november 2002, *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumangament GmbH*, Zaak 208/00 (Überseering).
HvJ EG 11 maart 2004, *Hughes de Lasteyrie de Saillant v. Ministere de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, Zaak 9/02 (Hughes de Lasteyrie de Saillant).
HvJ EG 13 december 2005, *Sevic Systems AG v. Landgericht Koblenz*, Zaak 411/03 (Sevic).
HvJ EG 2 mei 2006, *Eurofood IFSC Ltd.*, Zaak 341/04 (Eurofood).
HvJ EG 12 september 2006, *Cadbury Schweppes plc en Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue*, Zaak 196/04 (Cadbury Schweppes).
HvJ EG 16 december 2008, *Szegedi Itélötábla v. Cartesio Okató és Szolgáltato Betéti Társaság*, Zaak 210/06 (Cartesio).

Jurisprudentie Verenigde Staten

Albers v. Edelson Technology Partners L.P., 201 Ariz 47, 31 P3d 821, 111, A.L. R. 5th 715 (Ct. App. Div. 1 2001).
Apcar Inv. Partners VI, Ltd. v. Gaus, 161 S.W.3d 137 (Tex. App. 2005).
Balvik v. Sylvester, 411 N.W.2d 383 (N.D. 1987).
Bennett v. Cochran, 2004 WL 852298 (Tex. App. Apr. 22, 2004).
Canada Life Assur. Co. v. Estate of Lebowitz, 185 F.3d 231, 236 n.4 (4th Cir. 1999).

Citizens Bank of Massachusetts v. Parham-Woodman Medical Assocs., 874 F. Supp. 705 (E.D. Va. 1995).
CTS Corp. v. Dynamics Corp. Of America (481 U.S. 69, 90 (1987)).
Colliers, Dow & Condon, Inc. v. Schwartz, 2004 WL 1246004 (Conn. Super. May 24, 2004).
Conklin Farm v. Leibowitz, 274 N.J. Super. 525, 644 A.2d 687 (1994).
Dileo v. Ernst & Young, 901 F.2d 624 (7th Cir. 1990).
Griffin v. Fowler, 260 Ga. App. 443, 579 S.E.2d 848, n.1 (2003).
Hecht, Solberg, Robinson, Goldberg & Bagley v. Superior Court, 137 Cal. App. 4th 579, 595, 40 Cal. Rptr. 3d 446, 457 (2006).
Johns v. Caldwell, 601 S.W.2d 37 (Tenn. Ct. App. 1980).
Landstrom v. Shaver, 1997 SD 25, 561 N.W.2d 1 (D.D. 1997).
Mantell v. Samuelson, 4 Misc.3d 134(A), 2004 WL 1587555 (N.Y. Sup. App. Term July 7, 2004).
Maryland Associates, Ltd. Partnership v. Sheehan, 14 S.W. 3d 576 (Mo. 2000).
Pacific Employers' Ins. Co. V. Industrial Acc. Comm'n, 306 U.S. 493 (1939)).
Pinney v. Nelson, 183 U.S. 144 (1901).
Regency Foundation v. Robson, 14 Misc. 3d 1209(A), 836 N.Y.S.2d 489 (N.Y. Sup. Ct. 2006).
Resource Bankshares Corp. v. St. Paul Mercury Ins. Co., 323 F. Supp. 2d 709 (E.D. Va. 2004).
Robbins v. Shelby County Taxing District 120 U.S. 489 (1887).
Santos v. 305 West 56th Street Realty LLC, 2008 WL 2927804 (N.Y. Sup. Ct. July 30, 2008).
Thomas v. Matthiesen, 232 U.S. 221 (1914).
United States v. 175 Inwood Assocs. LLP, 330 F. Supp. 2d 213 (E.D>N.Y. 2004).
United States v. Stein, 463 F. Supp. 2d 459, 464 (S.D.N.Y. 2006), re Zecher, 2006 WL 3519316 (Bankr. D. Mass. Dec. 6 2006).
Weisenberg v. Mount Royal Assoc., 666 A.2d 1103, 1108 (Pa. Super. 1995).
Welton v. Missouri 91 U.S. 275 (1876).

Jurisprudentie Verenigd Koninkrijk

Adams v Cape Industries plc [1991] 1 All ER 929 (Court of Appeal).
DHN Foods Ltd v London Borough of Tower Hamlets [1976] 3 All ER 462 (Court of Appeal).
Firestone Tyre & Rubber Co Ltd v Levellin [1957], *Harold Holdsworth & Co (Wakefield) Ltd v Caddies* [1955] 1 WLR 352.
Gilford Motor Co ltd v. Horne [1933] Ch 935 (Court of Appeal).
Nicholas v Soundcraft Electronics Ltd [1993] BCLC 360.
Ord & Anor v Belhaven Pubs [1998] BCC 607 (Court of Appeal).
Re Buggle Press Ltd [1960] 3 All ER 791, *Wallsteiner v. Moir* [1974] 1 WLR 991 (Court of Appeal).

Re Hydrodan Ltd [1994] 2 BCLC 180.
Re PFTZM Ltd [1995] BCC 280.
Re Produce Marketing Consortium Ltd (no. 2) [1989] 5 BCC 569.
Re Sherborne Ltd [1995] BCC 40.
Smith, Stone and Knight Ltd v Birmingham Corporation [1939] 4 all ER 116.
Woolfson v Strathclyde regional Council [1979] SC (HL) 90, (House of Lords).

Websites

www.advocatie.nl
www.berr.gov.uk
www.businesscompleet.nl
www.companieshouse.gov.uk
http://encyclo.findlaw.com
www.hmrc.gov.uk
www.justitie.nl
www.governo.it
www.nncusl.org
www.pme-commerce-artisanat.gouv.fr
www.ssrn.com

Trefwoordenregister

Aansprakelijkheid	3.4, 4.5.6, 4.7.6, 4.8, 5.6.6, 5.8, 6.3.4, 6.3.5, 6.3.6, 6.5, 7.3, 7.5, 7.5.2, 7.5.2.6-7.5.2.10, 7.7, 7.8.1, 7.8.1.1, 7.8.3 en 7.9-7.12.
– Aansprakelijkheidsregimes	3.1, 3.4.1, 3.4.2, 3.4.5, 3.5, 3.6 en 3.11-3.17.
– Aansprakelijkheid in Titel 7.13	6.5.1-6.5.10, 6.5.17, 6.8.6.12, 6.8.6.13, 6.8.5, 6.8.6, 7.3 en 7.5.2.8.
– Contractuele aansprakelijkheidsbedingen	6.5.12-6.5.17 en 6.8.
– Doorbraak van aansprakelijkheid	3.6.7, 3.7, 3.10.8, 3.11, 3.11.1, 3.11.3-3.11.7, 3.11.7.2, 3.11.8-3.11.10, 3.12.4, 3.14.1, 3.14.6, 3.14.7, 4.5.6, 4.7.6.4, 5.6.6.2, 5.11, 6.8.6.6, 6.8.6.7 en 6.8.6.28.
– *Full shield*-aansprakelijkheid	4.7.6.2.3, 4.7.6.2.4, 4.10, 6.8.5 en 6.10.
– *Fraudulent transfer rule*	3.7, 3.11, 3.11.2, 3.11.10, 3.12.4, 3.14.1, 3.14.4, 3.14.7, 4.7.6.4, 6.8.6.4 en 6.8.6.22.
– *Fraudulent trading rule*	3.7, 3.11, 3.11.3-3.11.5, 3.12.4, 3.14.1, 3.14.6, 3.14.7, 5.6.6.2, 5.11, 6.8.5, 6.8.6.2 en 6.8.6.28.
– *Partial shield*-aansprakelijkheid	4.7.6.2.2 en 6.8.5.

– *Wrongful trading rule* 3.7, 3.11, 3.11.3-3.11.6, 3.11.7.2, 3.11.8, 3.12.4, 3.14.1, 3.14.6, 3.14.7, 5.6.6.2, 5.11, 6.8.5, 6.8.6.2 en 6.8.6.28.
Beschermingsmechanismen 3.1, 3.6, 3.7-3.12, 3.13.5, 3.13.6, 3.14, 3.16 en 3.17.
Beroepsregels 3.12.4, 3.13.3, 3.16, 4.7.6.5, 6.5.13 en 6.8.6.
Besturende derde 6.5.6, 6.8.6.10 en 6.8.6.19.
Creditor self help-mechanisme 3.1, 3.7, 3.9, 3.10, 3.10.1-3.10.8, 3.11, 3.12.2, 3.12.4, 3.13.5, 3.14.1, 3.14.8, 3.16, 3.17, 6.8.6.1 en 6.9.6.10.
Companies (UK) 5.2.1 en 5.5.3.1.
– *Limited en unlimited companies* 5.5.1.
– *Public en private companies* 5.5.3.
– *Small-, medium- en large companies* 5.5.2.
Corporations (US) 4.2.1, 4.3, 4.3.1, 4.3.1.1, 4.3.1.2, 4.3.2 en 4.4.
– *C-corporations* 4.4.1 en 4.5.7.3.
– *Close corporations* 4.3, 4.3.1, 4.3.1.1, 4.3.1.2, 4.8 en 4.11.
– *Professional corporations* 4.3, 4.3.2, 4.7.2 en 4.11.
– *S-corporations* 4.3, 4.4.2, 4.5.7.3 en 4.11.
Disculpatiemogelijkheid 6.5.3, 6.5.4, 6.5.5, 6.5.9, 6.5.16, 6.5.17, 6.7, 6.8.5.2, 6.8.6.12 en 6.8.6.25.
Doelmatigheid 3.4.1, 3.4.2, 3.4.3, 3.12.1, 3.12.2 en 3.17.
Dwingend recht 3.1, 3.2, 3.2.2, 3.7, 3.8, 3.8.4, 3.8.5, 3.9, 3.10.6, 3.10.8, 3.11.10, 3.12.3, 3.12.4, 4.2.1, 4.11, 6.3.1, 6.3.7, 6.4.2, 6.4.4, 6.5.2, 6.5.9, 6.5.11, 6.5.16, 6.5.17, 6.7, 6.8.4, 6.8.6.13 en 6.10.

Efficiëntietheorie 3.4.2, 3.6, 3.6.1-3.6.8, 3.12.1, 3.13.3, 3.13.7, 3.15, 3.15.1 en 3.17.
Expertgroep 1.1, 6.3.1, 6.3.6 en 6.4.2.
Fiscaliteit 3.1, 3.3, 3.16, 3.17, 4.4, 4.5.7, 4.7.7, 5.6.7, 5.7, 5.8, 5.11, 6.3.7, 6.5-6.8, 6.8.1, 6.8.3.2, 6.8.7, 6.10 en hoofdstuk 7.
– Aansprakelijkheid 7.3, 7.5, 7.5.2, 7.5.2.6-7.5.2.10, 7.7, 7.8.1, 7.8.1.1, 7.8.3 en 7.9-7.12.
– Afgescheiden winst 7.5, 7.5.1, 7.5.1.5-7.5.1.9 en 7.11.
– Buitenkansbeginsel 7.4.1.
– Buitenlandse classificatiemethode 7.1, 7.2.2, 7.3 en 7.5-7.11.
– *Check-the-box regulation* 4.5.7.2, 4.5.7.3, 6.6.9, 6.8.7 en 7.12.
– Draagkrachtbeginsel 7.4.3, 7.5.1 en 7.5.1.5.
– Inkomstenbelasting 6.6, 6.6.1-6.6.9, 6.8.7, 6.10 en hoofdstuk 7.
– *Kinter regulations* 4.5.7.1.
– Leer van het globale evenwicht 7.4.2.
– Niet-transparante entiteit Hoofdstuk 7.
– Rechtsgronden vennootschapsbelasting 7.4.
– Rechtspersoonachtigen 7.2.1.2, 7.5.1.8, 7.5.2, 7.5.2.11, 7.5.2.16 en 7.6.
– Rechtspersoonlijkheid 7.1, 7.2, 7.2.2, 7.3, 7.5, 7.5.1, 7.5.1.2, 7.5.1.3, 7.5.1.8, 7.5.2.2, 7.5.2.4, 7.5.2.6, 7.5.2.9, 7.5.2.10, 7.7, 7.8.1.2, 7.9, 7.11 en 7.12.
– Transparante entiteit Hoofdstuk 7.
– Vennootschapsbelasting 6.6, 6.6.1-6.6.9, 6.8, 6.8.7, 6.10 en hoofdstuk 7.
– Vereenzelviging 7.5.2, 7.5.2.2-7.5.2.5 en 7.11.
– Verhandelbaarheid 7.5.2, 7.5.2.11-7.5.2.15, 7.7.4, 7.8.2 en 7.11.

– Zelfstandigheid 7.4.3, 7.5, 7.5.1, 7.5.1.3, 7.5.1.5, 7.5.2 en 7.11.
– Zelfstandig vermogen 7.5, 7.5.1, 7.5.1.1-7.5.1.4, 7.5.19, 7.7.11, 7.8.1 en 7.10.
Functie van het aansprakelijkheidsrecht 3.4.5.
Flex-BV 1.1, 6.3.1, 6.3.6, 6.3.7, 6.4.1, 6.4.2, 6.5, 6.7, 6.8.6.7 en 6.8.23-6.8.6.26.
Garantstelling 3.8.2, 3.10, 3.10.2, 3.10.8, 3.13.5, 3.13.6, 3.14.8, 4.7.6.4, 5.6.6.2, 5.7 en 6.10.
Gerechtigheid 3.4.1, 3.4.2, 3.12.2 en 3.17.
Grensoverschrijdende fusie 2.4.6 en 2.4.6.3.
Juridisch karakter
– BV 6.2.2, 6.4.1, 6.4.2, 6.7, 6.8.3.14 en 6.10.
– Personenvennootschap 6.4.3, 6.4.4, 6.7, 6.8.3.3, 6.8.3.14, 6.8.3.15 en 6.10.
Jurisdictionele competitie
– Aanbodzijde 2.1, 2.2.4.1, 2.2.3, 2.2.4, 2.2.4.1, 2.3.3 en 2.4.9.
– Belastingheffing 2.2.1, 2.2.4.1, 2.2.4.2.1, 2.3.3, 2.3.4, 2.3.5, 2.4.3, 2.4.5.1, 2.4.6.4, 2.4.7, 2.4.7.2.2, 2.4.7.2.3, 2.4.8 en 2.5.
– Cadbury Schweppes 2.4.7 en 2.4.7.2.3.
– Centros 2.4.7 en 2.4.7.1.1.
– Daily Mail 2.4.7, 2.4.7.2.1, 2.4.7.2.2, 2.4.7.2.5 en 2.4.7.3.2.
– Emigratie 2.4.7, 2.4.7.2, 2.4.7.3 en 2.4.7.3.2.
– Europa 2.4, 2.5 en 2.6.
– Europees Hof van Justitie 2.1, 2.4.3, 2.4.4, 2.4.7, 2.4.7.1-2.4.7.2.5, 2.4.7.3, 2.4.7.3.1, 2.4.7.3.2, 2.4.7.4, 2.5 en 2.6.

– Herincorporatie (statutaire zetelverplaatsing) 2.1, 2.2.4, 2.3, 2.3.4, 2.3.5, 2.4.5.1, 2.4.6, 2.4.6.1-2.4.6.5, 2.4.7.3.2, 2.4.7.4, 2.4.8.1, 2.4.8.2, 2.5 en 2.7.
– *Home-state-preference* 2.3.4.1.
– Horizontale competitie 2.1 en 2.2.4.1.1.
– Immigratie 2.4.7, 2.4.7.1, 2.4.7.1.1-2.4.7.1.3 en 2.4.7.3.1.
– Incorporatie 2.1 en 2.2.4.
– Incorporatieleer 2.1, 2.2, 2.4.5, 2.4.5.2, 2.4.5.3, 2.4.6.3, 2.4.7, 2.4.7.2.1, 2.4.7.2.5, 2.4.7.3, 2.4.7.3.2, 2.4.7.4 en 2.6 en 2.7.
– Inspire Art 2.4.7 en 2.4.7.1.3.
– *Internal affairs*-doctrine 2.3, 2.3.1, 2.3.4.2, 2.3.5 en 2.5.
– Hughes de Lasteyrie du Saillant 2.4.7 en 2.4.7.2.2.
– Mobiliteit 2.1, 2.2.1, 2.2.3, 2.3.1, 2.3.2, 2.3.4, 2.3.4.2, 2.3.5, 2.4.4-2.4.7, 2.4.8.2, 2.5, 2.6 en 2.7.
– Model van Tiebout 2.2.1, 2.2.2 en 2.2.4.
– Sevic 2.4.7 en 2.4.7.2.4.
– Überseering 2.4.7, 2.4.7.1.2 en 2.4.7.2.1.
– Vennootschapsrecht 2.2.4 en 2.2.4.1.
– Verenigde Staten 1.1, 2.1, 2.2.4.1.1, 2.3, 2.5 en 2.7.
– Verschil EU en VS 2.5.
– Verticale competitie 2.1, 2.2.4.1.1, 2.4.3 en 2.5.
– Vraagzijde 2.1, 2.2.4, 2.2.4.2, 2.2.4.2.1, 2.2.4.2.2, 2.3.4,2.3.4.1, 2.3.4.2, 2.4.8 en 2.5.
– Vrijheid van vestiging 1.1, 2.1, en 2.4.7.

– Werkelijke zetelleer 2.1, 2.3.1, 2.4.5, 2.4.5.1, 2.4.5.3, 2.4.6.3, 2.4.7, 2.4.7.3.1, 2.4.7.3.2, 2.4.7.4, 2.5 en 2.7.
Kantianisme 3.4.2-3.4.5, 3.4.7, 3.4.8, 3.7, 3.12.1 en 3.17.
Limited Liability Company (US) 2.3.4.2, 4.5, 6.8, 6.8.1 en 6.8.6.
– Aansprakelijkheid 4.5.6.
– Fiscaliteit 4.5.7 en 4.5.7.1-4.5.7.3.
– Introductie 2.3.4.2, 4.2.2, 4.5.1 en 4.5.2.
– Kenmerken 4.5.4.
– Vennootschapsstructuur 4.5.5.
– Wetgeving 4.5.3.
Limited Liability Partnership (US) 2.3.4.2, 4.7-4.11, 6.3.6, 6.8, 6.8.1 en 6.8.2.
– Aansprakelijkheid 4.7.6, 4.8, 6.8.5, 6.8.5.2, 6.8.6.22, 7.8.1.1, en 7.8.3.
– Externe aansprakelijkheid 4.7.6.1 en 4.7.6.3.
– Interne aansprakelijkheid 4.7.6.1.
– Aantallen LLP's 4.9.
– Beschikbaarheid 4.8 en 6.8.1.
– Fiscaliteit 4.7.7, 7.7.4, 7.8.1, 7.8.1.1, 7.8.2 en 7.8.3.
– Generaties LLP's 4.7.6.2.
– Eerste generatie 4.7.6.2.1.
– Tweede generatie 4.7.6.2.2.
– Derde generatie 4.7.6.2.3.
– Introductie 2.3.4.2, 4.2.2, 4.7.1-4.7.3 en 6.8.
– Kapitaalbescherming 3.14.1, 3.14.2, 3.14.4, 3.14.7, 3.14.8, 3.17, 4.7.6.4, 4.8, 6.8.6, 6.8.6.4 en 6.8.6.21.
– Kenmerken 4.7.4 en 6.8.3.3.
– Omzetting 6.8.3.11 en 6.8.3.12.
– Oprichting 6.8.34.
– Vennootschapsstructuur 4.7.5.
Limited Liability Partnership (UK) 2.4.9, 3.14, 5.6-5.11, 6.3.6, 6.8, 6.8.1 en 6.8.6.
– Aantallen 5.9.

– Aansprakelijkheid 5.6.6, 5.8, 6.8.5, 6.8.6.22-6.8.6.26 en 7.8.1.2.
  – Externe aansprakelijkheid 5.6.6.1.
  – Interne aansprakelijkheid 5.6.6.2.
– Beschikbaarheid 5.6.4.
– Fiscaliteit 5.6.7, 7.7.4, 7.8.1.2, 7.8.2 en 7.8.3.
– Introductie 5.6.1.
– Kapitaalbescherming 3.14, 3.14.1-3.14.3, 3.14.5, 3.14.6, 5.6.6.2, 5.8, 6.8.6.5 en 6.8.6.23-6.8.6.26.
– Kenmerken 5.6.3.
– Vennootschapsstructuur 5.6.5.
– Wetgeving 5.6.2 en 5.8.
Moral hazard 3.5, 3.6.3, 3.6.4, 3.6.7, 3.13.1, 3.14.8 en 3.16.
Minimumkapitaal 3.8.1, 3.8.2, 3.9, 4.7.6.4, 5.5.3, 5.6.6.2, 6.3.2, 6.8.6.2, 6.8.6.29, 6.9 en 6.10.
Openbaarmaking 3.8.7, 3.9, 3.14.3, 4.3.2, 4.7.6.2.4, 4.8, 5.6.6.2, 6.8.6.29, 6.9 en 6.10.
One-size-fits-all-benadering 1.1, 3.9, 6.3.1, 6.3.6 en 6.3.7.
Opvolging 4.7.6.1, 4.7.6.3, 6.5.7, 6.5.10, 6.8.3.2, 6.8.3.3, 6.8.3.5 en 6.8.5.3.
OVBA / Nederlandse *Limited Liability Partnership* Hoofdstuk 6.
– Aansprakelijkheid 6.8.5.1-6.8.5.5, 6.8.6, 6.9 en 6.10.
  – Externe aansprakelijkheid 6.8.5.2-6.8.5.4.
  – Interne aansprakelijkheid 6.8.5.5.
  – Beschikbaarheid 6.8.2.
  – Crediteurenbescherming 6.8.6.
  – Handelsregister 6.8.3.6, 6.8.3.7, 6.8.4 en 6.9.
– Notariële akte 6.8.3.2, 6.8.3.5, 6.8.3.7, 6.8.3.8, 6.8.3.17, 6.8.3.18 en 6.9.

– Omzetting 6.8.3, 6.8.3.2, 6.8.3.5, 6.8.3.8, 6.8.3.11-6.8.3.20, 6.8.5.4 en 6.9.
– Oprichting 6.8.3, 6.8.3.1-6.8.3.9 en 6.9.
– Rechterlijke machtiging 6.8.3.14-6.8.3.17 en 6.9.
– Rechtspersoonlijkheid 6.8.3 en 6.8.3.1-6.3.1.8.
– Reorganisaties 6.8.3.22.
– Uitkeringsregel 6.8.6.20-6.8.6.27.
– Verzetrecht 6.8.3.17, 6.8.3.20 en 6.9.
– Fiscale classificatie Hoofdstuk 7.
Partnership
– *General partnership* (US) 4.6, 4.6.1, 4.6.2, 6.8, 6.8.3.4 en 6.8.3.12.
– *General partnership* (UK) 5.4.1.
– *Limited partnership* (US) 4.6.3.
– *Limited partnership* (UK) 5.4.2.
Praktijk-BV's 6.3.6 en 6.5.16.
Pro rata theorie 3.4.2, 3.4.8, 3.5, 3.5.1, 3.5.2 en 3.17.
Rechtspersoonlijkheid 4.3, 4.5.4, 5.4.1, 5.5.1, 5.6.3, 5.6.6.1, 5.6.7, 5.11, 6.8.3, 6.8.3.1-6.3.1.8.7.1, 7.2, 7.2.2, 7.3, 7.5, 7.5.1, 7.5.1.2, 7.5.1.3, 7.5.1.8, 7.5.2.2, 7.5.2.4, 7.5.2.6, 7.5.2.9, 7.5.2.10, 7.7, 7.8.1.2, 7.9, 7.11 en 7.12.
Rechtszekerheid 3.4.1, 3.4.2, 3.12.3, 3.14.4 en 3.17.
Rechtseconomie 3.4.2, 3.4.3, 3.4.6, 3.6, 3.6.3, 3.12.4 en 3.17.
Regelend recht 3.12.4, 4.5.5, 4.6.2, 5.6.3, 5.6.5, 6.3.1, 6.3.6, 6.4.2, 6.4.3, 6.7, 6.8.5.2 en 6.10.
Reputatie 3.10.6, 3.10.7, 3.13.2, 3.13.3, 3.14.8, 3.16, 6.1, 6.8.5.1, 6.8.6.1 en 6.10.

Risico 3.1, 3.4, 3.4.1, 3.4.6, 3.5, 3.5.2, 3.6.2-3.6.8, 3.7, 3.8.3, 3.8.4, 3.10.1-3.10.8, 3.11.1, 3.11.6, 3.12.1, 3.13.1-3.13.6, 3.14.2, 3.14.8, 3.16, 3.17, 4.7.6.2.3, 5.6.1, 6.3.6, 6.5.15-6.5.17, 6.7, 6.8.4, 6.8.6.1 en 6.8.6.30.
Schuldeisers 3.1, 3.4.1, 3.4.3, 3.4.8, 3.5, 3.5.2, 3.6.2-3.6.8, 3.7, 3.8.1-3.8.7, 3.9, 3.10, 3.10.1-3.10.8, 3.11, 3.11.1-3.11.10, 3.12, 3.12.1, 3.12.4, 3.13.1, 3.13.5, 3.13.6, 3.14, 3.14.1-3.14.8, 3.16, 3.17, 4.5.6, 4.6.1, 4.7.6.1, 4.7.6.2.3, 4.7.6.3, 4.7.6.4, 4.11, 5.4.1, 5.5.1, 5.6.4, 5.6.6.2, 5.7, 5.10, 5.11, 6.3.1, 6.5.7, 6.5.10, 6.5.16, 6.5.17, 6.7, 6.8.3.13-6.8.3.17, 6.8.3.20, 6.8.5, 6.8.6, 6.9 en 6.10.
– *Adjusting*-schuldeisers 3.6.5, 3.6.7, 3.8.4, 3.9, 3.10.5, 3.10.6 en 3.10.8.
– *Non-adjusting*-schuldeisers 3.6.5, 3.6.7, 3.6.8, 3.9, 3.10.5-3.10.8, 3.12.4, 3.13.6, 3.16, 3.17, 6.8.6 en 6.8.6.1.
Societas Cooperativa Europaea 2.4.6 en 2.4.6.1.
Societas Europaea 2.4.6 en 2.4.6.1.
Societas Privata Europaea 2.4.6 en 2.4.6.2.
Toetreding 4.7.6.3, 6.4.3, 6.5.7, 6.5.10, 6.8.3.2, 6.8.3.3-6.8.3.6 en 6.8.5.3.
Transactiekosten 3.6, 3.6.2, 3.6.4, 3.9, 3.10.6, 3.12.4 en 5.7.
Utilisme 3.4.2, 3.4.3, 3.4.5, 3.4.8, 3.7, 3.11.10, 3.12.1 en 3.17.

Uitkeringen (vermogensonttrekking) 3.6.6, 3.8.1, 3.8.3-3.8.6, 3.9, 3.10.4, 3.10.6, 3.10.7, 3.11, 3.11.2, 3.11.6, 3.11.9, 3.11.10, 3.14.1, 3.14.4, 3.14.5, 3.14.7, 4.3.2, 4.5.6, 4.7.5.1, 4.7.6.4, 4.11, 5.6.6.2, 5.11,6.3.2, 6.8.3.17, 6.8.3.20, 6.8.4 en 6.8.6.3-6.8.6.27.
Uittreding 4.7.6.1, 4.7.6.3, 6.5.7, 6.5.10, 6.8.3.2, 6.8.3.3, 6.8.3.5, 6.8.3.14, 6.8.3.15, 6.8.3.20, 6.8.5.4, 6.8.5.5 en 6.9.
Vennootschapsstructuur 3.2, 4.1, 4.3.1, 4.5.5, 4.7.5, 4.8, 4.11, 5.6.5, 6.3.5, 6.4, 6.7, 6.8.4 en 6.10.
Veranderend ondernemingsrecht 1.1, 5.3, 5.5.3.1, 5.5.3.2, 6.3 en 6.7.
Verzekering 3.1, 3.4.6, 3.5, 3.5.1, 3.6.7, 3.6.8, 3.8.2, 3.10, 3.10.3, 3.10.7, 3.10.8, 3.11.6, 3.13, 3.13.1, 3.13.3, 3.13.5, 3.14.1, 3.14.2, 3.14.8, 3.15.2, 3.16, 3.17, 4.7.6.4, 5.8, 6.3.5, 6.5.11, 6.5.13, 6.5.17, 6.8.3.4, 6.8.3.7, 6.8.3.8, 6.8.3.20, 6.8.5.2, 6.8.6, 6.8.6.30, 6.9 en 6.10.
Vestigingsklimaat 1.1, 2.1, 6.1, 6.3, 6.7 en 6.10.
Welvaartsmaximalisatie 3.4.6, 3.6, 3.12.1, 3.12.3 en 3.12.4.
WODC-onderzoek 1.1, 6.3.6, 6.3.7, 6.7 en 6.8.6.

Curriculum vitae

Iris Wuisman werd op 20 februari 1981 geboren te Leiden. Na het behalen van het gymnasiumdiploma op het Stedelijk Gymnasium Leiden ging zij Economie en Rechten studeren aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. In 2003 heeft zij in het kader van haar studieprogramma gedurende een semester een aantal vakken gevolgd aan de University of Technology in Sydney, Australië.

Iris studeerde in 2004 af in Economie en slaagde in 2006 cum laude aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid. Na haar studie heeft Iris samen met de initiatiefnemer gezorgd voor de opbouw en het in de markt zetten van een bedrijf dat energiemanagement systemen ontwikkelt.

In 2007 kreeg zij de gelegenheid om haar afstudeerscriptie rechten te gaan uitbouwen tot een proefschrift. Vanaf medio 2008 tot medio 2009 heeft zij zich daaraan voltijds gewijd en daarna naast haar werkzaamheden als advocaat bij Stibbe.