

Reactie Florent op de internetconsultatie “Aanzet voor een wettelijke regeling voor een besloten vennootschap met maatschappelijk doel (BVM)”.

Aan: Ministerie van Economische Zaken en Klimaat

Van: Florent B.V.

Amsterdam, 30 april 2021

Geachte heer, mevrouw,

Florent heeft met grote belangstelling kennisgenomen van de “Aanzet voor een wettelijke regeling voor een besloten vennootschap met maatschappelijk doel (BVM)” (hierna de “**Aanzet**”). Graag maken wij van de gelegenheid gebruik onze reactie te geven op de Aanzet. Op bepaalde onderdelen behoeft de Aanzet enige verduidelijking of nadere overweging. Daartoe doen wij enkele aanbevelingen. In onze reactie gaan wij in op de volgende deelonderwerpen:

- bereik en toepasselijkheid van de BVM-wet;
- BVM-status en naamvoering;
- maatschappelijk belang van het doel;
- maatschappelijk doel in relatie tot winst, vermogen en uitkering;
- maatschappelijk winst- en reservebeleid;
- verslaglegging maatschappelijke resultaten;
- beëindiging toepasselijkheid anders dan door fusie en splitsing;
- overschot bij ontbinding; en
- toegang enquêteprocedure Ondernemingskamer.

Bereik en toepasselijkheid van de BVm-wet

Toepasselijkheid van de BVm-wet

De Aanzet vermeldt in de eerste twee onderdelen alleen dat de bestuurders van de vennootschap de wil dienen te hebben om de BVm-wet van toepassing te laten zijn op de vennootschap. Het al dan niet van toepassing verklaren van de BVm-wet op de vennootschap vormt onzes inziens een onderdeel van de strategiebepaling en is daarmee inderdaad een aangelegenheid van het bestuur.¹

In de Aanzet worden echter de bevoegdheden en taken van andere organen van de vennootschap bij het aangaan van de BVm-status niet of slechts summier besproken. Wij achten het raadzaam dat ook beschreven wordt wat de rol is van de andere organen van de vennootschap. Indien een raad van commissarissen is ingesteld, dan dient hij op grond van artikel 2:250 lid 2 BW toezicht te houden op het bestuur. Uit de Aanzet moet duidelijk volgen dat een besluit van het bestuur tot het van toepassing verklaren van de BVm-wet op de vennootschap de goedkeuring behoeft van de raad van commissarissen (indien aanwezig).

Uit onderdeel 2 sub b van de Aanzet lijkt impliciet te volgen dat ook de algemene vergadering van aandeelhouders in de besluitvorming dient te worden betrokken. Om een BVm te kunnen worden is immers een statutenwijziging noodzakelijk, en daarmee is dus ook een besluit van de algemene vergadering vereist (artikel 2:231 lid 1 BW).

Voorts menen wij dat indien een ondernemingsraad is ingesteld, een besluit van de ondernemer tot het van toepassing verklaren van de BVm-wet op de vennootschap onder het adviesrecht van artikel 25 lid 1 sub e WOR valt. De ondernemingsraad dient derhalve door de ondernemer in de gelegenheid te worden gesteld advies uit te brengen over het voorgenomen besluit.

Omzetting in een BVm zal de winstrechten van de aandeelhouders beperken. Een besluit tot statutenwijziging met als doel om onder de toepasselijkheid van de BVm-wet te vallen, zal afbreuk doen aan enig recht van houders van aandelen (van een bepaalde soort) en behoeft derhalve (i) op grond van artikel 2:216 lid 7 – 8 BW de instemming en (ii) op grond van artikel 2:231 lid 4 BW de goedkeuring van deze groep van aandeelhouders.

¹ Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*llb* 2019/139; HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972 (*ABN AMRO*), r.o. 4.3-4.5; HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976 (*ASMI*), r.o. 4.4.1; HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797 (*Cancun*) en HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:652 (*Fugro*).

Aanbeveling: wij achten het raadzaam dat in de BVm-wet ook wordt beschreven wat de rol is van de andere organen van de vennootschap en van de ondernemingsraad. Het verdient daarbij aanbeveling aandacht te besteden aan de vereiste meerderheden binnen de vennootschappelijke organen.

Bestuur / bestuurders

Uit de Aanzet blijkt dat álle bestuurders (i) de wil moeten hebben om de BVm-wet van toepassing te laten zijn op de vennootschap en (ii) ten overstaan van de notaris deze wil moeten uiten. Dit impliceert een unaniem bestuursbesluit. Er lijkt een discrepantie te bestaan tussen het van toepassing verklaren van de BVm regeling (zie onderdeel 2 sub a van de Aanzet) waarvoor kennelijk nodig is dat alle bestuurders voor zijn en het beëindigen van de toepasselijkheid van de BVm regeling (zie hierna en onderdeel 22 van de Aanzet) waarvoor een besluit van het bestuur nodig is en dus slechts een gewone meerderheid binnen dat bestuur vereist lijkt. Het is niet duidelijk waarom dit onderscheid wordt gemaakt. Consistentie lijkt op zijn plaats.

Aanbeveling: dezelfde meerderheden moeten gelden bij (i) het van toepassing verklaren (ii) en het beëindigen van de BVm-status.

Naamvoering

In de Aanzet wordt de “besloten vennootschap met een maatschappelijk doel” afgekort tot “BVm”. Voor de schrijfwijze dient aansluiting te worden gezocht bij artikel 2:177 lid 2 BW. De volledige naam dient te zijn: de “Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid met een maatschappelijk doel” en de afkorting: “B.V.m” (mèt punten). In deze reactie zullen we echter de in de Aanzet gehanteerde schrijfwijze zonder punten hanteren.

In onderdeel 1 en 4 van de Aanzet wordt voorgesteld dat indien de BVm-wet op een B.V. van toepassing is, dit kan worden geregistreerd in het handelsregister. De BVm mag dan de toevoeging “besloten vennootschap met maatschappelijk doel” in haar handelsnaam gebruiken. De handelsnaam is de naam waaronder een onderneming wordt gedreven en is niet (noodzakelijkerwijs) hetzelfde als de statutaire naam.² De statutaire naam moet tenminste de rechtsvorm van de betreffende rechtspersoon bevatten.³

Conform de Aanzet zal de statutaire naam derhalve de toevoeging “B.V.” of “Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid” bevatten (artikel 2:177 lid 2 BW), terwijl in de handelsnaam de toevoeging “besloten vennootschap met maatschappelijk doel” of “BVm” mag worden gebruikt. Nu is het zo dat de statutaire naam bij veel rechtspersonen die een onderneming drijven tevens dienst doet als handelsnaam. Uitgangspunt van de wettelijke regeling is de erkenning en daarmee betere herkenning van maatschappelijke ondernemingen. Het uitsluitend in de handelsnaam opnemen van de toevoeging kan echter tot mogelijke verwarring en minder transparantie leiden. Immers: juist als een geïnteresseerde de statuten bekijkt, zou daarin meteen duidelijk moeten zijn dat een B.V. een BVm is. Onder de huidige Aanzet zal dat niet het geval zijn, dan is immers nadere bestudering van de statuten vereist om te kunnen zien of een B.V. ook een BVm is. De toevoeging “BVm” (of liever: B.V.m.) dient derhalve tevens expliciet in de statutaire naam opgenomen te kunnen worden.

Een aanbeveling is om (i) de bepalingen voor de B.V. onverkort van toepassing te verklaren op de BVm en (ii) de regeling van de BVm in Boek 2 BW als aparte titel op te nemen, die voorgaat op de overige bepalingen van Boek 2 BW als sprake is van tegenstrijdigheid.

² Artikel 1 Handelsnaamwet.

³ Artikel 2:177 lid 2 BW.

In de Aanzet wordt de rechtsvorm N.V. niet geschikt geacht als juridisch raamwerk voor een maatschappelijke onderneming, omdat de aandelen van de N.V. in tegenstelling tot de B.V. vrij verhandelbaar zijn. Hiermee wordt miskend dat met de invoering van de Flex-B.V. in 2012 de verplichte blokkeringsregeling voor de B.V. niet meer bestaat. Onder de huidige tekst van de Aanzet kan een BVm zelfs een beursnotering krijgen.

De vraag die hierbij rijst is of de (statuten van de) BVm niet altijd een blokkeringsregeling zouden moeten bevatten. De Aanzet dient hier naar onze mening nader op in te gaan. Een fluctuerend aandeelhoudersbestand resulteert mogelijk eerder in discussies over winstuitkeringen en de wijze waarop het maatschappelijk doel van de BVm moet worden bereikt. Een recent voorbeeld is het ontslag van de CEO van Danone SA waarbij waardecreatie voor de aandeelhouders uiteindelijk zwaarder woog dan de eerder vastgestelde en goedgekeurde sociale en maatschappelijke doelen.⁴ Onzes inziens kunnen besloten verhoudingen bijdragen aan een goed evenwicht tussen het vooropstellen van het maatschappelijk doel enerzijds en een zekere mate van winstuitkering anderzijds. Als vrije verhandelbaarheid van de aandelen in het kapitaal van een BVm inderdaad niet wenselijk is, dan zou gesteld moeten worden dat de statuten van een BVm altijd een blokkeringsregeling moeten bevatten.

Aanbevelingen: (i) voor de schrijfwijze dient aansluiting te worden gezocht bij artikel 2:177 lid 2 BW. De volledige naam dient te zijn: de "Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid met een maatschappelijk doel" en de afkorting: "B.V.m.", (ii) de bepalingen voor de B.V. dienen onverkort van toepassing te zijn op de BVm en de regeling van de BVm dient als eigen titel in Boek 2 BW te worden opgenomen, die voorgaat op de overige bepalingen van Boek 2 BW als sprake zou zijn van tegenstrijdigheid, en (iii) de Aanzet dient nader in te gaan op de vraag of de statuten van de BVm altijd een blokkeringsregeling zouden moeten bevatten.

⁴ L. Abboud, 'The fall from favour of Danone's purpose-driven chief', Financial Times, 17 maart 2021.

Maatschappelijk belang van het doel

Kwalificatie doel als “maatschappelijk”

Uit de Aanzet volgt dat uit de doelomschrijving van de BVm moet blijken dat zij een maatschappelijk doel nastreeft. Voor de kwalificatie van doelen als “maatschappelijk” is hierbij aangeknoopt bij de limitatieve lijst met ANBI-doelen. Uit de toelichting op de Aanzet volgt verder dat de BVm zich “rechtstreeks” op het maatschappelijk belang dient te richten en dat onvoldoende is “dat slechts zijdelings een gunstig effect op het maatschappelijk belang uitgaat”.

We delen de mening dat de wettelijke regeling voor de BVm vraagt om een heldere afbakening van de ondernemingen die in aanmerking komen voor toepassing van het BVm-regime. De keuze dat het maatschappelijke belang in de doelomschrijving tot uitdrukking komt, ligt daarbij voor de hand. Ook het voorstel om aan te knopen bij de gelimiteerde lijst van ANBI-doelen is te volgen, gelet op de bekendheid van notarissen met toepassing van dit kader en de rol die ook bij oprichting van de BVm voor notarissen is weggelegd. Wij signaleren echter dat door de BVm status voor te behouden aan ondernemingen die volledig en rechtstreeks zijn gericht op het nastreven van één van de ANBI-doelen een categorie ondernemingen geheel buiten de regeling valt: ondernemingen die weliswaar primair een winstoogmerk hebben, maar dit op een verantwoorde manier uitvoeren en daarmee ook een als “maatschappelijk” te kwalificeren doel dienen. We doelen op ondernemingen die verder gaan dan het nastreven van een zijdelings gunstig maatschappelijk effect en waarvoor het dienen van het maatschappelijke belang een serieus nevendoeel is van de onderneming. Wij zien in onze cliëntenkring ondernemingen die juist vanuit hun commerciële drijfveren trachten hun positieve maatschappelijke impact zo groot mogelijk te maken. Omdat de huidige Aanzet geen ruimte laat voor gradaties of nuances in de mate waarin de onderneming zich richt naar het maatschappelijke doel, is voor die categorie ondernemingen hierin geen ruimte.

Aanbeveling: *onzes inziens zou nader moeten worden nagedacht hoe ook de erkenning en herkenning van ondernemingen die zich niet primair en alleen richten op het maatschappelijke doel, maar die wel als serieus nevendoeel maatschappelijke impact willen maken, kan worden vergroot.*

Doelwijziging

In de Aanzet wordt geen aandacht besteed aan de gevolgen van een doelwijziging van de BVm. Het ligt in de rede dat wanneer het doel zodanig wijzigt dat de betreffende onderneming zich niet langer (primair) richt op een van de limitatieve maatschappelijke doelen zoals genoemd in de Aanzet, de vennootschap het predicaat "maatschappelijk" verliest en wijzigt in een "gewone" B.V. Net als bij de oprichting zou de toets of het doel na de wijziging nog binnen de reikwijdte van de regeling valt door de notaris kunnen worden uitgevoerd. Gelet op de mogelijke implicaties strekt het tot aanbeveling voor een doelwijziging bij een BVm een hoge drempel op te werpen.

Aanbeveling: *in de regeling dient te worden opgenomen dat een doelwijziging slechts op basis van een unaniem aandeelhoudersbesluit kan worden doorgevoerd, waarbij de BVm-status na een te bepalen uitlooperperiode zal eindigen (N.B.: de uitlooperperiode zal later in deze reactie afzonderlijk aan bod komen).*

De taak van het bestuur / de commissarissen en de inkleuring van het vennootschappelijk belang

De Aanzet vermeldt dat de BVm verplicht is met haar werkzaamheden een in de statuten omschreven doel van maatschappelijk belang na te streven of te bevorderen. Het vennootschappelijk belang wordt in dit kader niet benoemd. Wat betekent de verschuiving van het vennootschappelijk belang naar het maatschappelijk belang voor de taak van bestuurders en/of commissarissen in het licht van de artikelen 2:239 lid 5 / 2:250 lid 2 BW? Onzes inziens zou het ook goed mogelijk zijn om het vennootschappelijk belang in te kleuren met het maatschappelijk belang, in welk geval de bestuurders en/of commissarissen van de BVm zich binnen de huidige wettelijke kaders kunnen blijven richten naar het vennootschappelijk belang.

Een vervolgvraag die daarbij opkomt, is in hoeverre het vennootschappelijk belang wordt ingekleurd met het maatschappelijk belang en welke handvatten bestuurders en/of commissarissen in de regeling geboden kunnen worden. Enerzijds is het maatschappelijk belang een gewichtig onderdeel van de doelstelling van de BVm, waar wat ons betreft terecht grote waarde aan wordt gehecht. Anderzijds zou onzes inziens wel moeten worden gewaakt voor een regeling waarbij het maatschappelijk belang te allen tijde als prevalerend belang wordt gekozen. Wij menen dat het voor bestuurders en/of commissarissen in de praktijk wenselijk is om een zekere mate van vrijheid te hebben bij het maken van beleidskeuzes. Bij de

inkleuring van het vennootschappelijk belang zou als uitgangspunt kunnen gelden dat bestuurders en/of commissarissen zich bij beleidskeuzes moeten richten op de lange termijn verwezenlijking van het in de statuten omschreven doel van maatschappelijk belang op een wijze die strookt met het bevorderen van de continuïteit van de vennootschap.

Aanbeveling: *het bestuur en de commissarissen dienen zich bij de vervulling van hun taak te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, waarbij het belang van de vennootschap grotendeels wordt ingekleurd door het maatschappelijk belang. Bij de inkleuring van het vennootschappelijk belang kan gelden dat bestuurders en/of commissarissen zich bij beleidskeuzes moeten richten op de lange termijn verwezenlijking van het in de statuten omschreven doel van maatschappelijk belang op een wijze die strookt met het bevorderen van de continuïteit van de vennootschap.*

Maatschappelijk doel in relatie tot winst, vermogen en uitkering

Maatschappelijk doel dienen met winst- en dividenduitkeringen

De Aanzet bepaalt in onderdeel 7 dat een BvM een maatschappelijk doel dient te hebben en dat de door haar gegenereerde winst grotendeels dient terug te vloeien naar de onderneming ten behoeve van het maatschappelijk doel. Dit kunnen investeringen zijn die gericht zijn op uitbreiding van de onderneming met het oog op het maatschappelijk doel, maar kunnen bijvoorbeeld ook vervangingsinvesteringen zijn.⁵ In verschillende landen met het equivalent van een BvM is ten aanzien van de winst- en dividenduitkering gekozen voor een strikte beperking van de mogelijkheid tot winstuitkering.⁶ In tegenstelling tot deze andere landen met het equivalent van een BvM, wordt in de Aanzet geen strikte beperking voorgesteld met betrekking tot (de hoogte van) de winst die mag worden uitgekeerd.

In dit verband willen wij graag onderstrepen dat de bereidheid van investeerders om risicodragend kapitaal te verstrekken deels samenhangt met eventueel dividend dat in de toekomst uitgekeerd wordt. Om deze reden kunnen wij ons goed vinden in het voorstel in de Aanzet dat geen 'one size fits all'/standaardbeperking zal gelden met betrekking tot de hoogte van de winst die mag worden uitgekeerd. Dat geeft bestuurders de vrijheid om te ondernemen en risicodragend kapitaal aan te trekken, ten dienste van het maatschappelijk doel.⁷

Daarnaast kunnen wij ons om een tweede reden tevens goed vinden in het voorstel in de Aanzet dat geen 'one size fits all'/standaardbeperking zal gelden met betrekking tot de hoogte van de winst die mag worden uitgekeerd. Zoals hiervoor al aangegeven dient de door de BvM gegenereerde winst grotendeels terug te vloeien naar het maatschappelijk doel van de onderneming. Er zijn meerdere manieren om de opbrengsten van een onderneming terug te laten vloeien ten behoeve van het maatschappelijk doel. Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat een BvM het maatschappelijk doel dient door minder winst te maken dan een "gewone B.V." zou doen. Het is voor te stellen dat van die beperktere winst een wezenlijk deel terugvloeit naar de aandeelhouders.

Aanbeveling: wij achten het raadzaam om geen 'one size fits all'/standaardbeperking op te nemen die zal gelden voor iedere BvM met betrekking tot de hoogte van de winst die mag

⁵ Aanzet, p. 11.

⁶ In het Verenigd Koninkrijk kent de CIC een "cap" op winst- en dividenduitkeringen van 35%; in België kent de VSO een "cap" aan dividenduitkeringen van 6%, in Luxemburg mag de SIS maximaal 50% van haar winst uitkeren, en in Duitsland heeft de GmbH VE een winstklem die ziet op volledige herbelegging van de winst in de onderneming.

⁷ Aanzet, p. 2 & 10.

worden uitgekeerd. Dit geeft bestuurders de vrijheid om te ondernemen, ten dienste van het maatschappelijk doel. Een 'one size fits all' /standaardbeperking past daarnaast niet, omdat per onderneming afhangt in welke mate winst wordt gemaakt.

Afweging bestuur bij dividenduitkering

Op grond van artikel 2:216 lid 2 BW weigert het bestuur slechts goedkeuring van het besluit tot uitkering, indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. De goedkeuring van het bestuur is veelal gebaseerd op een materiële test op basis van de daadwerkelijke liquiditeitspositie van de vennootschap.

In onderdeel 8 van de Aanzet wordt voorgesteld een weigeringsgrond toe te voegen die bepaalt dat het bestuur goedkeuring van een besluit van de algemene vergadering dat strekt tot uitkering weigert, indien het bestuur meer dan gerede twijfel heeft of behoort te hebben dat deze uitkering de BVm belemmert het maatschappelijk doel voorop te stellen. Deze extra toets geeft de bestuurders de ruimte om per situatie een belangenafweging te maken of eventueel dividend uitgekeerd kan worden. Bij deze belangenafweging is van belang dat het bestuur zich bij de invulling van zijn taak niet enkel richt naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (artikel 2:239 lid 5 BW), maar ook met het door haar te dienen maatschappelijk doel.⁸

Uit de Aanzet blijkt echter niet wat het vooropstellen van het maatschappelijk doel precies inhoudt. De Aanzet doet een poging deze open norm deels in te kleuren met een rekenkundige benadering die stelt dat een bestemming van meer dan 50% van het resultaat ten behoeve van het maatschappelijk doel zou duiden op het vooropstellen van het maatschappelijk doel. In de Aanzet wordt, onzes inziens terecht, erkend dat deze zienswijze te absoluut is. Wij zouden ook niet willen opteren voor het noemen van een dergelijk rekenkundig referentiepunt. Een rekenkundig referentiepunt lijkt niet te stroken met de gewenste vrijheid tot de bestemming van de winst. Bovendien lijkt een dergelijk referentiepunt uit te gaan van de veronderstelling dat gelden die niet direct aan het maatschappelijk doel worden besteed (wat wellicht ook lastig meetbaar is) het maatschappelijk doel per definitie niet zouden dienen. Die veronderstelling is wat ons betreft onjuist. Besteding van gelden uit het resultaat buiten "het maatschappelijke doel" (denk aan bepaalde investeringen in bijvoorbeeld de kantoororganisatie, maar ook de mogelijkheid tot het uitkeren van winst en het daarmee

⁸ B. Bier, 'Enkele mijmeringen over artikel 2:216 BW', TvJ 2014/4.

aantrekkelijker maken van het aantrekken van kapitaal van potentiële investeerders) kan er immers toe leiden dat het maatschappelijk doel wordt gediend.

Daar komt nog bij dat de toets een tweede open norm bevat, namelijk dat het bestuur “meer dan gerede twijfel heeft of behoorde te hebben”. Het gebrek aan bruikbare richtsnoeren voor de invulling van deze twee open normen zorgt wat ons betreft voor een te grote mate van onzekerheid bij bestuurders en is mogelijk ook van invloed op de bereidheid van aspirant-bestuurders om een BVm te besturen.

Om deze reden willen wij benadrukken dat (in de memorie van toelichting) meer handvatten moeten worden gegeven over welke factoren de bestuurder in acht moet nemen om het maatschappelijk doel voorop te stellen. Gedacht kan worden aan handvatten die een norm voor de gezonde solvabiliteit, liquiditeit en weerstandsvermogen van de BVm bepalen. In de Aanzet is nu enkel bepaald dat wanneer het bestuur in strijd met de BVm-wet oordeelt dat er geen sprake is van gerede twijfel, het bestuur niet per definitie verkeerd handelt. Het zal van de door het bestuur gemaakte afwegingen afhangen in hoeverre er sprake is van een verkeerd gemaakte keuze. Het is belangrijk dat bestuurders per geval goed motiveren waarom een winstuitkering in de gegeven omstandigheden wel of niet wordt goedgekeurd in verband met een mogelijke blootstelling aan bestuurdersaansprakelijkheid.

Aanbeveling: *wij achten het raadzaam om af te zien van een rekenkundige benadering als referentiepunt voor het vooropstellen van het maatschappelijk doel. Daarnaast achten wij het raadzaam dat de wetgever in de BVm-wet de nodige handvatten formuleert die een bestuurder in acht moet nemen om het maatschappelijk doel voorop te stellen. In de volgende aanbeveling gaan wij op dit punt verder in.*

Maatschappelijk winst- en reservebeleid

Handvatten voor winst- en reservebeleid

In onderdeel 9 van de Aanzet staat dat het wetsvoorstel zal bepalen dat op voorstel van het bestuur van de BVm de algemene vergadering een beleid tot winstbestemming en aanwending van vermogen voert, waarin het maatschappelijk doel voorop wordt gesteld. Dit wordt het maatschappelijk winst- en reservebeleid genoemd.⁹ Omdat het bestuur het voorstel voor het beleid bepaalt, kan het bestuur invloed uitoefenen op de wijze waarop de BVm het maatschappelijk doel vooropstelt bij winstbestemming en uitkeringen.¹⁰

In de voorgaande aanbevelingen is gesteld dat de mate van genereren van winst in iedere onderneming afhankelijk is van verschillende factoren. Om deze reden is een 'one size fits all'/standaardbepaling voor de BVm niet wenselijk. Dit geldt eveneens ten aanzien van het winst- en reservebeleid. Het bestuur van de BVm moet het winst- en reservebeleid bepalen, waarin het maatschappelijk doel voorop wordt gesteld. Het is raadzaam dat de wetgever nader concretiseert welke elementen bij het winst- en reservebeleid aan de orde dienen te komen (solvabiliteit, liquiditeit, het businessplan en budget, geplande investeringen (ook op de langere termijn), de beperkingen opgelegd uit hoofde van bankfinanciering, etc.).

In de Aanzet is verder bepaald dat indien komt vast te staan dat het winst- en reservebeleid van een BVm ernstig tekortschiet door het maatschappelijk doel daarin niet voorop te stellen, het besluit tot vaststelling van dat beleid op grond van artikel 2:14 lid 1 BW nietig is wegens strijdigheid met de statuten of de wet.¹¹ Bij gebreke van voldoende handvatten in de Aanzet lijkt nietigheid van het beleid voorshands een (te) strenge sanctie. Daarnaast lijkt het gevolg van een nietig verklaard winst- en reservebeleid te zijn, dat besluiten tot winstuitkering vernietigbaar worden wegens strijd met een reglement (artikel 2:15 lid 1 sub c BW). Voor een aandeelhouder lijkt het niet wenselijk dat dergelijke onzekerheid bestaat over een gedane uitkering.

Aanbeveling: *wij achten het raadzaam dat de wetgever ten behoeve van het winst- en reservebeleid meer handvatten biedt ten aanzien van het vooropstellen van het maatschappelijk doel. Het is de vraag of mogelijke nietigheid van het winst- en reservebeleid niet te veel onzekerheid met zich brengt, met name bij winstuitkeringen.*

⁹ Aanzet, p. 15.

¹⁰ Aanzet, p. 16.

¹¹ Aanzet, p. 16.

Verslaglegging maatschappelijke resultaten

Verslaglegging

Ten aanzien van de verslaglegging beperken wij ons tot één opmerking. De Aanzet geeft terecht veel aandacht aan winstuitkering. Wij menen echter dat een BVm er in de bedrijfsvoering voor kan kiezen om haar toeleveranciers (bijvoorbeeld boeren in ontwikkelingslanden) een grotere marge te gunnen, ten koste van haar eigen marge en dus winst. Dat is wat ons betreft een verdedigbare manier om het maatschappelijk doel te dienen. Wij menen echter wel dat, voor zover de BVm op een dergelijke manier te werk gaat, daarover expliciet dient te worden gerapporteerd.

Aanbeveling: wij bevelen aan dat de BVm in de verslaglegging omtrent de maatschappelijke resultaten verantwoording aflegt omtrent transacties die tussen volledig commerciële partijen niet op geldende arm's length voorwaarden zijn gesloten ten einde het maatschappelijk doel te dienen.

Beëindiging toepasselijkheid anders dan door fusie en splitsing

Beëindiging toepasselijkheid

Zoals gezegd, lijkt er een discrepantie te bestaan tussen enerzijds het van toepassing verklaren van een BVm (zie onderdeel 2 sub a van de Aanzet), waarvoor kennelijk nodig is dat alle bestuurders voor zijn, en anderzijds het beëindigen van de toepasselijkheid van de BVm-wet (zie hierna en onderdeel 22 van de Aanzet), waarvoor een besluit van het bestuur vereist is en dus slechts een gewone meerderheid binnen dat bestuur lijkt te vereisen. Het is niet duidelijk waarom dit onderscheid wordt gemaakt.

De beëindiging van de toepasselijkheid van de BVm-wet vormt onderdeel van de strategiebepaling en is dus een aangelegenheid van het bestuur. De (toelichting van de) BVm-wet dient echter – net als met betrekking tot het van toepassing verklaren van de BVm-wet – ook te beschrijven wat de taken en bevoegdheden zijn van de andere organen van en betrokkenen bij de vennootschap bij de beëindiging van de toepasselijkheid van de BVm-wet, zoals de raad van commissarissen (artikel 2:250 lid 2 BW), de algemene vergadering van aandeelhouders (statutenwijziging – artikel 2:231 lid 1 BW) en de ondernemingsraad (artikel 25 lid 1 sub e WOR). Wij verwijzen naar onze opmerkingen hierover onder het kopje 'toepasselijkheid van de BVm-wet'.

Aanbeveling: *dezelfde meerderheden moeten gelden bij het van toepassing verklaren en het beëindigen van de BVm-status.*

Aankondiging structuurwijziging - verzetsregister

Het is sterk de vraag of aankondiging in een landelijk verspreid dagblad nog de aangewezen manier is om belangrijke mededelingen aangaande de vennootschap te doen. Met een e-mail kunnen belanghebbenden gemakkelijk worden gewezen op belangrijke aankondigingen. Het moet voorkomen worden dat dergelijke belanghebbenden hun recht op verzet missen, omdat zij niet op de hoogte waren van een belangrijke voorgenomen wijziging. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer een opdrachtgever een bepaalde opdracht op basis van de BVm-status verleent, maar de BVm-status vervolgens wordt opgeheven en de opdrachtgever daar geen erg in heeft omdat hij de advertentie in de krant heeft gemist. Daarom lijkt het ons nuttig als een kring van belanghebbenden c.q. verzetsgerechtigden zou worden gedefinieerd (aandeelhouders, werknemers, wederpartijen bij materiële contracten (waaronder opdrachtgevers en financiers)), die zich kunnen inschrijven in een verzetsregister en een e-mail krijgen als een belangrijke wijziging ten aanzien van de BVm-status wordt voorgesteld en vervolgens het recht van verzet hebben.

Overigens verdient het aanbeveling voor de BVm en belanghebbenden om ook contractueel overeen te komen wat de gevolgen zullen zijn als de toepasselijkheid van de BVm-wet wordt beëindigd. Dit valt echter buiten het bestek van de Aanzet.

Aanbeveling: *in plaats van een aankondiging in een landelijk verspreid dagblad, dient een kring van belanghebbenden c.q. verzetsgerechtigden te worden gedefinieerd (i) die zich kan inschrijven in een verzetsregister, (ii) een e-mail krijgt indien belangrijke wijzigingen ten aanzien van de BVm-status worden voorgesteld, en (iii) vervolgens het recht van verzet heeft.*

Uitlooperperiode

Met de introductie van de BVm wordt tegemoetgekomen aan de gesignaleerde wens tot erkenning/herkenning van maatschappelijke ondernemingen, zodat zij hun maatschappelijke doelstelling(en) beter kunnen realiseren. De wettelijke verankering van de BVm zal bestuurders handvatten bieden voor het bereiken van het maatschappelijk doel.

Als de maatschappelijke doelstelling een belangrijk element is in de keuze voor een bepaalde BVm als contractspartner, dient die status wel gehandhaafd te worden tijdens de looptijd van het contract.

Ter bescherming van belanghebbenden kan bij de BVm gekeken worden naar een vaste uitlooperperiode van de BVm-status, net zoals bij de structuurregeling. Zodra de vennootschap aan alle criteria voor een BVm voldoet en heeft voldaan aan de vereisten zoals uiteengezet in onderdeel 2 van de Aanzet, dan is de BVm-wet direct op haar van toepassing. Indien de vennootschap – met inachtneming van de besluitvormingsregels ter zake (niet alleen een bestuursbesluit) – de toepasselijkheid van de BVm-wet wil beëindigen, dan kan zij in het handelsregister te kennen geven dat zij de BVm status wil opheffen (en daarvan ook mededeling doen aan de partijen die zich hebben geregistreerd in het verzetsregister). De melding van voorgenomen opheffing van de BVm-status doet de toepasselijkheid pas na een te bepalen uitlooperperiode eindigen. Pas als die periode is verstreken (de zgn. uitlooperperiode) mag (of beter: moet) de vennootschap c.q. de algemene vergadering de statuten (laten) aanpassen c.q. besluiten tot statutenwijziging. De uitlooperperiode strekt ertoe een bepaalde mate van rechtszekerheid en bescherming aan opdrachtgevers, financiers, afnemers en/of overige belanghebbenden te bieden en hen de tijd te geven de (rechts)verhouding met de vennootschap aan te passen conform de wijziging van de maatschappelijke doelstelling. De uitlooperperiode zou overigens de verzetsmogelijkheden onverlet moeten laten.

Aanbeveling: *te overwegen valt het invoeren van een uitlooperperiode voor de BVm, net zoals bij de structuurregeling.*

Overschot bij ontbinding

Overschot

Uit de Aanzet volgt dat het overschot na vereffening van het vermogen van de BVm toekomt aan een andere BVm of een andere rechtspersoon die een ideëel of sociaal doel nastreeft.

De BVm is een B.V. die aan het BV-recht en de BVm-wet dient te voldoen. In de (aanvullende) BVm-wet zal in afwijking van het B.V.-recht bij winstbestemming (en andere uitkeringen) de verwezenlijking van het maatschappelijk doel voorop moeten worden gesteld. Het lijkt ons passend dat het overschot na ontbinding (i) in lijn met het vastgestelde winst- en reservebeleid (zoals beschreven in de Aanzet) dient te worden uitgekeerd aan de aandeelhouder(s) en (ii) het resterende gedeelte in lijn met het maatschappelijk doel van de vennootschap moet worden uitgekeerd aan een derde partij, en dus niet zomaar aan elke BVm of aan elk sociaal doel. Een dergelijke derde partij kan een BVm zijn, maar ook een stichting of coöperatie die eenzelfde / vergelijkbaar maatschappelijk doel nastreeft.

Aanbeveling: *het overschot na ontbinding moet (i) in lijn met het vastgestelde winst- en reservebeleid te worden uitgekeerd aan de aandeelhouder(s) en (ii) het resterende gedeelte moet in lijn met het maatschappelijk doel van de vennootschap worden uitgekeerd aan een derde partij en niet zomaar aan elke BVm of aan elk sociaal doel.*

Toegang enquêteprocedure

In onderdeel 29 van de Aanzet wordt voorgesteld bepaalde stichtingen en verenigingen ("**Belangenorganisaties**") het enquêterecht bij bepaalde BVm's toe te kennen. Uit de toelichting leiden wij af dat hiermee vooral wordt beoogd een vorm van toezicht te creëren ("naleving van de BVm-wet te bevorderen").

In de kern komt dit onderdeel erop neer dat Belangenorganisaties een vorm van extern toezicht kunnen uitoefenen op het door de BVm gevoerde beleid. Hoewel het idee van een zekere controle op naleving van de BVm-wet ons op zichzelf aanspreekt, voelen wij minder voor de voorgestelde uitvoering daarvan. Om de hierna te noemen redenen achten wij een wettelijk enquêterecht voor Belangenorganisaties namelijk overbodig, onduidelijk en te verstrekkend voor de betrokken vennootschappen. Daarom stellen wij voor dit onderdeel volledig te laten vervallen, en in plaats daarvan aansluiting te zoeken bij de procedure en het belanghebbende-begrip van artikel 2:298 BW. Dit biedt wat ons betreft een minder ingrijpende mogelijkheid om alsnog in een vorm van beoogd toezicht te kunnen voorzien.

Op grond van de volgende vijf redenen achten wij het raadzaam om onderdeel 29 in zijn geheel te schrappen.

Ten eerste voorziet de huidige wet- en regelgeving naar onze waarneming reeds in hoge mate in toezicht op ondernemingsbeleid, te beginnen met de huidige regeling van het enquêterecht en de ruime kring van enquêtegerechtigden bij B.V.'s (waaronder sinds 2013 de vennootschap zelf). Voorts kent sectorale wetgeving het enquêterecht al toe aan (i) huurdersorganisaties en bewonerscommissies bij woningcorporaties (artikel 39 Woningwet) en (ii) cliëntenraden van zorginstellingen (artikel 12 Wmcz 2018). Ook zien wij met enige regelmaat dat rechtspersonen het enquêterecht bij overeenkomst toekennen aan ondernemingsraden of andere belanghebbenden, zoals externe financiers. Dat zou een BVm ook al onder het huidige recht met bijvoorbeeld belangrijke partners kunnen afspreken. Voor zover sectorale governance codes niet al een intern toezichthoudend orgaan voorschrijven, zullen BVm's die tevens structuurvennootschap zijn in ieder geval een raad van commissarissen moeten instellen. Tot slot zal het een verzoeker van een enquêteprocedure naar onze ervaring veelal te doen zijn om onmiddellijke voorzieningen en niet om het onderzoek zelf. Een belanghebbende kan belangrijke voorzieningen reeds in kort geding afdwingen.

Ten tweede zal in vele gevallen op voorhand onduidelijk zijn of bepaalde Belangenorganisaties bevoegd zijn een enquêteverzoek in te dienen ten aanzien van een

bepaalde BVm. Dat heeft alles te maken met de volgende, breed interpreteerbare, zin in de toelichting: "Voorwaarde is dat een dergelijke stichting of vereniging een of meer maatschappelijke belangen ingevolge haar statuten behartigt die tot eenzelfde categorie gerekend kunnen worden als die de te onderzoeken BVm met haar doel nastreeft of bevordert." Wanneer is sprake van 'eenzelfde categorie'? Heeft de ANWB¹² dan bijvoorbeeld een enquêterecht ten aanzien van een BVm die zichzelf ten doel heeft gesteld de Utrechtse binnenstad te verduurzamen door middel van 'vergroening' van platte daken? Een B.V. weet onder de huidige regeling op voorhand vrij precies of een bepaalde partij het enquêterecht toekomt. Dat zou met de voorgestelde regeling dus veranderen. Het is niet ondenkbaar dat een BVm zich gedwongen voelt op allerlei bezwarenbriefjes van Belangenorganisaties te reageren (artikel 2:349 lid 1 BW), terwijl de Ondernemingskamer die partijen vervolgens niet-ontvankelijk verklaart in hun enquêteverzoeken. Gelet op de mogelijke impact van dergelijke correspondentie zal dit onnodig veel managementaandacht en kosten vergen.

Ten derde zou de voorgestelde uitbreiding ertoe leiden dat de BVm zich moet verantwoorden tegenover Belangenorganisaties tot wie zij zich niet in een gestructureerde verhouding bevindt. Dat is ten opzichte van de huidige enquêtegerechtigden wel anders: dat zijn dicht bij de vennootschap betrokken partijen met wie zij doorgaans in voortdurende dialoog zal staan. Die onderlinge verhoudingen zijn vastgelegd in wet- en regelgeving. Dat brengt een mate van voorspelbaarheid mee die de ondernemer ruimte geeft om daadwerkelijk te ondernemen. Als voor een BVm echter niet duidelijk is welke Belangenorganisaties met welke belangen op basis van welke argumenten op enig moment een enquête zouden kunnen verzoeken, dan zou dat tot onnodig defensief beleid van de BVm kunnen leiden.

Ten vierde zullen Belangenorganisaties hun enquêteverzoek doorgaans slechts op openbare informatie kunnen baseren, waaronder de voorgestelde verslaglegging van maatschappelijke resultaten (de mogelijkheden van inzage ex artikel 843a Rv daargelaten). Anders dan beursgenoteerde rechtspersonen zullen BVm's naar onze verwachting weinig (gedetailleerde) bedrijfsinformatie publiceren. Hoewel de drempel relatief laag is ('gegronde redenen om te twijfelen'), voorzien wij dat enquêteverzoeken van Belangenorganisaties daarom in het algemeen minder kansrijk zullen zijn dan verzoeken van bijvoorbeeld aandeelhouders en medezeggenschapsorganen, die als gezegd over veel meer bedrijfsinformatie zullen

¹² De huidige doelomschrijving van de Koninklijke Nederlandse Toeristenbond ANWB luidt als volgt (artikel 3 statuten): "De vereniging heeft ten doel het behartigen van de belangen van haar leden op het gebied van recreatie, toerisme, verkeer en vervoer, alles in de meest uitgebreide zin van het woord. Bij het behartigen van deze belangen zal zij zich waar nodig mede inspannen voor het behoud en de verbetering van de kwaliteit van het milieu, alsmede van landschappelijke en cultuurhistorische waarden."

beschikken. Maar ook minder kansrijke enquêteverzoeken moeten worden beoordeeld, met alle belasting van en kosten voor de Ondernemingskamer en de BVm's van dien.

Ten vijfde lijkt de Aanzet een beperking aan te brengen op de reikwijdte van enquêteverzoeken van Belangenorganisaties: het mag slechts het beleid en de gang van zaken betreffen "in relatie tot het maatschappelijk belang dat in de statuten van de BVm is neergelegd". Als gezegd volgt uit de toelichting dat een enquêterecht voor Belangenorganisaties beoogt "naleving van de BVm-wet" te bevorderen. Als belangrijkste onderdelen van de BVm-wet zien wij (i) het winst- en reservebeleid van de BVm in het kader van haar maatschappelijke doelstelling en (ii) de verslaglegging van maatschappelijke resultaten. Dit zijn echter bij uitstek terreinen waarop het bestuur (en een eventueel toezichthoudend orgaan) een hoge mate van beleidsvrijheid toekomt. Wij zien in de praktijk dat de Ondernemingskamer in dergelijke gevallen ver van de stoel van de ondernemer blijft en relatief terughoudend optreedt. Het is dus maar de vraag of Belangenorganisaties veel gebruik zullen maken van het enquêterecht en of hun verzoeken vervolgens ook toewijsbaar zullen zijn.

De behoefte aan toezicht op naleving van de BVm-wet zou ook door ondernemingsraden kunnen worden ingevuld. Zoals hiervoor toegelicht zal de ondernemer hen moeten betrekken bij het voornemen de BVm-status te verwerven en bij het beleid inzake de maatschappelijke doelstellingen. Een wettelijk enquêterecht voor ondernemingsraden zal die rol dan nog meer tanden geven. Het voert te ver om nu in te gaan op de langlopende discussie over het enquêterecht voor ondernemingsraden, maar de bezwaren die herhaaldelijk in de literatuur worden opgeworpen achten wij achterhaald of niet overtuigend.¹³

Als toch moet worden gedacht aan een enquêterecht voor Belangenorganisaties, dan zou wat ons betreft aansluiting kunnen worden gezocht bij de regeling van artikel 2:298 BW – ook omdat deze procedure en de enquêteregeling volgens de wetgever tot hetzelfde doel leiden.¹⁴ Op grond van artikel 2:298 BW kunnen belanghebbenden extern toezicht uitoefenen op het beleid van een stichting door de rechter te verzoeken een bestuurder te ontslaan. Met de inwerkingtreding van de Wet Bestuur en Toezicht Rechtspersonen worden de 'ontslaggronden' verruimd en wordt de regeling tevens van toepassing verklaard op interne toezichthouders. Evenals de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure is de rechtbank

¹³ Zie bijv. R.E.M. Vink-Dijkstra & G.L. Wife, 'Venootschapsrechtelijke medezeggenschap: de cliëntenraad aan kop, moet de ondernemingsraad volgen?', *TRA* 2020/87, par. 3.2.

¹⁴ *Kamerstukken II* 1972/73, 11 005, 11 416, nr. 7, p. 16: "Toepasselijkverklaring van de titel inzake het enquêterecht past niet goed bij de stichting die geen aandeelhouders of leden kent. In de artikelen 2.4.10 [thans: artikel 2:297 BW] en 2.4.11 [thans: artikel 2:298 BW] van het ontwerp is reeds een regeling opgenomen die wel bij de structuur der stichting past en die tot hetzelfde doel leidt."

in een 298-procedure bevoegd tot het treffen van voorlopige voorzieningen, zoals de benoeming van tijdelijke bestuurders, en de schorsing van bestuurders. Door deze regeling tevens van toepassing te verklaren op BVm's zou kunnen worden voorzien in toezicht dat in de regel minder ingrijpende gevolgen zal hebben dan een enquêteprocedure.

Overigens zou niet iedere Belangenorganisatie onder de reikwijdte van het belanghebbende-begrip in de zin van artikel 2:298 BW vallen. In dat kader is de welbekende 'tweekringenleer' bepalend. In rechtspraak en literatuur lijkt het belanghebbende-begrip steeds ruimer te worden uitgelegd, zeker als niet het eigen belang van een specifieke stakeholder maar het belang van de rechtspersoon in het gedrang is. Dat laatste zal bij naleving van de BVm-wet in beginsel het geval zijn. Hoewel een verzoeker in een 298-procedure niet in een formele relatie tot de rechtspersoon hoeft te staan, zal hij wel moeten aantonen dat hij nauw bij het onderwerp betrokken is. Die drempel moet dan de querulanten scheiden van de serieuze Belangenorganisaties wiens statutaire doelstelling en activiteiten zich sterk op het terrein van de betreffende BVm bevinden. Wij voelen dan wel voor analoge toepassing van de bezwarenbrief (artikel 2:349 lid 1 BW) als voorportaal van een op de BVm toepasselijke 298-procedure.

Aanbeveling: wij achten het raadzaam om het voorgestelde onderdeel 29 van de Aanzet volledig te laten vervallen. Als behoefte bestaat aan een vorm van aanvullend toezicht op naleving van de BVm-wet dan zou een wettelijk enquêterecht voor ondernemingsraden van BVm's kunnen worden overwogen. Ook kan de regeling van artikel 2:298 BW van toepassing worden verklaard op de B.V.

Afsluiting

Wij hopen in onze reactie handvatten te hebben aangereikt voor verduidelijking en heroverweging van de Aanzet. Wij zijn uiteraard bereid tot het verstrekken van nadere toelichting.

Namens Florent B.V.,

Pieter van den Brink

Pieter van Uchelen

Matthijs Brons

Emille Buziau

Katharina Bottenberg

Hester van Woudenberg

Lidewei Lankreijer

Lisette Smits van Oyen

Amber van der Spek

Tiffany Zandbergen

Lars Boersma

Floor van den Berg