

GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT
van de
Nederlandse Orde van Advocaten
en de
Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
Advies inzake
‘Aanzet voor een wettelijke regeling voor een besloten vennootschap met
maatschappelijk doel (BvM)’

I. Inleiding

1. De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de NOvA en de KNB (de **GCV**) heeft kennisgenomen van de consultatie over de ‘Aanzet voor een wettelijke regeling voor een besloten vennootschap met maatschappelijk doel (BvM)’ (de **Aanzet**).
2. Hoewel de Aanzet nog geen conceptwetsvoorstel inhoudt, het zijn eerder enkele brede lijnen die worden uiteengezet dan specifieke wetsartikelen, acht de GCV het nuttig om daarop te reageren door middel van dit advies.

II. Algemene opmerkingen

3. De Aanzet heeft in belangrijke mate nog een algemeen en verkennend karakter. Concrete wetsbepalingen ontbreken, als gezegd, en ook de toelichting en motivering, met name achtergrond en eventuele alternatieven, zijn beknopt gehouden. Verwezen wordt naar een onderzoek waarin geconcludeerd wordt dat in de praktijk behoefte bestaat aan een meer specifiek rechtskader voor de maatschappelijke onderneming.¹ Het gaat hier met name om erkenning en herkenning van maatschappelijke ondernemingen. Over het algemeen is men het er wel over eens dat de bestaande rechtsvormen – juridisch technisch – als zodanig voldoende ruimte bieden voor de opzet, inrichting en profilering van maatschappelijke ondernemingen.² De Aanzet geeft tegen die achtergrond nog geen direct antwoord op de vraag naar de meerwaarde van een nieuwe wettelijke regeling. Naast een verwijzing naar de afspraken in het Regeerakkoord en enkele algemene bewoordingen in de beantwoording van de IAK-vragen (namelijk: “*Er is een weinig gestructureerd ecosysteem voor het type ondernemerschap dat een maatschappelijk doel belangrijker vindt dan het maken van winst ten behoeve van de aandeelhouders.*”) wordt de toegevoegde waarde van de BvM voor de praktijk nog onvoldoende geadresseerd. Herkenning en erkenning van maatschappelijk ondernemerschap zijn ook naar het oordeel van de GCV valide overwegingen, maar hoeven als zodanig nog geen overheidsinterventie door middel van wetgeving te legitimeren als daarvoor bruikbare alternatieven voorhanden zijn, zoals de Code Sociale Ondernemingen.
4. Met de introductie van de BvM wordt geen nieuwe rechtspersoon in het stelsel van Boek 2 BW geïntroduceerd en evenmin een modaliteit van een bestaande rechtspersoon, maar

¹ *Stimuleren van (h)erkenning van sociale ondernemingen*, Rapport van KPMG/Neyenrode Business Universiteit, opgesteld in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, Den Haag, maart 2020, p. 27-28.

² M.J. van Uchelen-Schipper, *Sociale ondernemingen in Nederland: is het BV-recht nog flexibel genoeg?*, WPNR 2020/7298.

geopteerd voor een afzonderlijke privaatrechtelijke wettelijke regeling als *lex specialis* voor de BV die een maatschappelijke onderneming exploiteert. Dat de Aanzet ervoor kiest om geen nieuwe rechtsvorm in het leven te roepen, vindt de GCV een juiste keuze. Een nieuwe rechtsvorm zou mogelijk rechtsonzekerheid met zich kunnen brengen en door haar onbekendheid niet bijdragen aan de gewenste erkenning van de maatschappelijke onderneming in het rechtsverkeer. Aansluiten bij een bestaande rechtsvorm voorkomt dat.

5. De GCV ziet niet in waarom de regeling van de BVm, gelet op haar werkingssfeer, zou moeten worden opgenomen in een afzonderlijke 'BVm-wet'. Als rechtspersoon blijft het een BV waarop niet alleen de bepalingen van Boek 2 BW van toepassing zijn, maar daarnaast ook nog aanvullende voorschriften vanwege de specifieke aard van de maatschappelijke ondernemingsactiviteiten. Vanuit systematische en praktische optiek ligt verwerking van de regeling als een aparte afdeling van Boek 2 BW meer voor de hand, zoals ook is gedaan met de structuurregeling, zeker als deze (zoals de GCV voorstaat) ook voor andere rechtsvormen zal openstaan. Daarmee wordt niet alleen een verdere versnippering van de vennootschapsrechtelijke wet- en regelgeving voorkomen, maar ook aansluiting gezocht bij de tendens van onder meer de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (Wbtr) om rechtspersoon- en vennootschapsrechtelijke regelgeving zoveel als mogelijk in één samenhangend en eenduidig privaatrechtelijk kader onder te brengen in plaats van meerdere privaaf- of publiekrechtelijke wetten of uitvoeringsbesluiten.

III. Bereik en toepasselijkheid BVm

6. In de Aanzet wordt weliswaar een aantal kenmerken van de BVm genoemd: (i) maatschappelijke doelstelling, (ii) beperking van winstuitkeringen en (iii) publieke verslaglegging over de gerealiseerde maatschappelijke impact, maar een nauwkeurige en operationele omschrijving van de maatschappelijke onderneming of maatschappelijk ondernemerschap ontbreekt. Dat ziet de GCV als een wezenlijke omissie. Door het ontbreken van een dergelijke begripsomschrijving krijgt de werkingssfeer van de wettelijke regeling een diffuus en vrij onbepaald karakter en kunnen afbakenings- en grensdiscussies ontstaan die niet bijdragen aan de praktische toepassing en rechtszekerheid. Meer in het bijzonder blijft de relatie tot (andere) maatschappelijke ondernemingen of organisaties in het private en semipublieke domein en de gevolgen van dergelijke maatschappelijke ondernemingen daardoor ongewis.
7. Dat klemt te meer omdat de verwijzing naar het maatschappelijk doel of maatschappelijk ondernemerschap in de handelsnaam voortaan verboden wordt als er niet in alle opzichten wordt voldaan aan de toekomstige wettelijke vereisten van deze regeling (p. 5 en 6). In zoverre heeft deze wettelijke regeling dan ook een minder facultatief karakter. Zo worden bijvoorbeeld zorginstellingen gekwalificeerd als privaatrechtelijke ondernemingen met een maatschappelijke doelstelling gericht op het realiseren van maatschappelijke waarde. Voor dergelijke ondernemingen met de rechtsvorm van een BV geldt al op grond van de Governancecode Zorg 2017 dat (i) hun maatschappelijke doelstelling gericht is op het bieden van goede zorg en (ii) de besluitvorming van de algemene vergadering over eventuele winstuitkeringen en andere vermogensonttrekkingen vanuit dit maatschappelijke doel dient plaats te vinden. Het risico bestaat dat dergelijke privaatrechtelijke zorgondernemingen via de verbodsbepalingen van deze nieuwe wettelijke regeling of door sectorale regelgeving dan wel

contractuele eisen van zorgverzekeraars of gemeentelijke overheden voortaan gedwongen worden om gebruik te maken van de BVm. Daardoor worden zij onderworpen aan alle verplichtingen uit dien hoofde of kunnen zij anderszins in hun externe uitingen zich te profileren respectievelijk in hun bedrijfsvoering worden beperkt. Van een daadwerkelijk vrijwillige keuze is dan geen sprake meer. De BVm-vorm kan zo evolueren tot een reguleringsinstrument. Dat lijkt de GCV een ongewenste ontwikkeling.

8. In formeel opzicht wordt de reikwijdte van deze wettelijke regeling wel beperkt, namelijk tot de BV als rechtsvorm voor de (h)erkenning van maatschappelijk ondernemerschap. Het is evenwel de vraag of de 'm-status' alleen toegankelijk zou moeten zijn voor de BV. De GCV is daar niet direct van overtuigd. Het op voorhand terzijde schuiven van andere rechtsvormen, waarbij vooral kan worden gedacht aan de stichting en de coöperatie, doet volgens de GCV geen recht aan de belangrijke maatschappelijke economische rol die ook deze rechtsvormen (kunnen) vervullen.³ Stichtingen en coöperaties worden al van oudsher gebruikt om sociale en maatschappelijke activiteiten te ondernemen.⁴ Voor een groot deel van de huidige maatschappelijke ondernemingen zou de toekomstige 'm-status' onder de nieuwe wetgeving dan niet meer gehanteerd kunnen of mogen worden. Zo bezien, biedt de voorgestelde Aanzet in de Nederlandse maatschappelijke en economische verhoudingen slechts perspectief en oplossingen voor de gepercipieerde problematiek voor een deel van de populatie van maatschappelijke ondernemingen. Tenzij deze stichtingen of coöperaties hun rechtsvorm via een formele omzettingsprocedure zouden wijzigen in een BV. Een dergelijke gedwongen rechtsvormwijzigingen past naar het oordeel van de GCV niet bij het gepresenteerde vrijwillige karakter van de nieuwe wettelijke regeling voor de BV, laat staan dat een dergelijk dwang afbreuk doet aan de vrijheid van rechtsvormkeuze. In diverse sectoren worden kapitaalvennootschappen bovendien niet direct geïdentificeerd met maatschappelijke of sociale of initiatieven of zelfs uitgesloten. De nieuwe wetgeving zou daardoor zelfs een averechts effect kunnen krijgen.
9. Maatschappelijk ondernemerschap is een rechtsvormneutraal concept en als zodanig niet inherent aan een specifieke rechtsvorm.⁵ Aard, opzet en karakter van de meeste privaatrechtelijke rechtspersonen van Boek 2 BW, in het bijzonder de coöperatie en de stichting, zijn in ieder geval ruim genoeg om onderdak te bieden aan maatschappelijke ondernemingen. Voor de erkenning en een betere herkenning van maatschappelijk ondernemerschap, waarbij het realiseren van positieve maatschappelijke impact voorop staat in plaats van het winstoogmerk, zijn de stichting en coöperatie typologisch juist bij uitstek een geschikte rechtsvorm. Stichtingen kennen zowel formeel en materieel al een wettelijke winst- en vermogensklem waarbij uitkeringen van sociale of ideële aard nog wel in beperkte mate mogelijk blijven. Dat sluit weer goed aan bij een van de wezenskenmerken om de financiële baten zoveel mogelijk te (her)investeren ten behoeve van de maatschappelijke doelstellingen en ondernemingsactiviteiten. De coöperatie heeft in tegenstelling tot de BV geen

³ Zo gaat de Code Sociale Ondernemingen, die op verzoek van Social Enterprise NL is ontwikkeld, in haar toelatingscriteria voor opname in het Register Sociale Ondernemingen uit van de rechtsvormen BV, NV, coöperatie en stichting. Zie www.codesocialeondernemingen.nl.

⁴ Volgens de survey onder ongeveer 300 sociale ondernemingen, hanteert ruim 30% de rechtsvorm van een stichting of coöperatie: *Stimuleren van (h)erkenning van sociale ondernemingen*, Rapport van KPMG/Neyenrode Business Universiteit, opgesteld in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, Den Haag, maart 2020, p. 20.

⁵ L.G.H.J. Houwen, Van maatschappelijk belang, Maatschappelijk ondernemerschap als normatief governance model, oratie Tilburg University 7 oktober 2011.

winstoogmerk, maar is gericht op het creëren van ledenwaarde. Coöperaties met een maatschappelijke doelstelling worden in toenemende mate ingezet voor burgerinitiatieven om maatschappelijke impact voor de aangesloten stakeholders te realiseren, zoals bijvoorbeeld energie-, onderwijs-, of zorgcoöperaties. De motivering in de Aanzet om deze categorie maatschappelijke ondernemingen uit te sluiten, namelijk: het voorzien in de stoffelijke behoeften van haar leden (p. 3), overtuigt niet, indien men bedenkt dat een BV typologisch een winstoogmerk heeft.

10. Deze ‘rechtsvormspecifieke’ benadering van de Aanzet laat zich naar de indruk van de GCV bovendien moeilijk verenigen met de huidige rechtsvormoverstijgende uniformeringstendens om voor belangrijke rechtspersoonsrechtelijke onderwerpen, zoals richtsnoer taakvervulling bestuurders en commissarissen, tegenstrijdig belang, aansprakelijkheid, meervoudig stemrecht, belet en ontstentenis, inhoudelijk steeds meer identieke of vergelijkbare wettelijke bepalingen te introduceren, zoals recentelijk nog in weliswaar wat afgezwakte vorm door de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen heeft plaatsgevonden.
11. In verband met de toepasselijkheid van de BVm-wet vraagt de GCV zich ten slotte nog af of, naast de bestuurders, met name ook de aandeelhouders van een BVm, al dan niet ten overstaan van een notaris, uitdrukkelijk en onvoorwaardelijk blijk dienen te geven van de wil om toepassing te geven aan deze wettelijke regeling en met name het primaat van de maatschappelijke doelstelling respectievelijk impact: dat zullen uiteindelijk immers toch (naast het bestuur) de belangrijkste initiators en (bepalende respectievelijk controlerende) actoren van de maatschappelijke vennootschap zijn.

IV. BV-status en naamvoering

12. Door middel van een wijziging van de Handelsnaamwet wordt een verplichte vermelding van de BVm-status voorgeschreven. De vermelding van BVm in de handelsnaam krijgt een exclusief karakter, in die zin dat het verboden is om deze toevoeging te gebruiken als de nieuwe BVm-wetgeving niet van toepassing is. De GCV vraagt aandacht voor een uiterst nauwkeurige wettelijke omschrijving van deze verbodsbepaling met een beperkte reikwijdte, in die zin dat een BV die geen BVm is deze toevoeging niet mag gebruiken. De toelichting op deze verbodsbepaling impliceert een ruimere werking, namelijk dat een BV: *“evenmin op andere wijze in de handelsnaam de indruk mag wekken dat het een maatschappelijke onderneming betreft.”* (p. 6). Een dergelijke uitbreiding kan in de praktijk onwenselijke effecten hebben, indien men zich realiseert dat er nu al veel organisaties in bijvoorbeeld de arbeidsmarktparticipatie en gezondheidszorg zijn die zich – zowel in naamgeving als positionering – uitdrukkelijk profileren als maatschappelijke ondernemingen.

V. Maatschappelijk belang van het doel

13. De voorgenomen wettelijke regeling voor de BVm zal nadere eisen stellen aan de statutaire inhoud van de doelstelling en de werkzaamheden. De statutaire doelstelling dient een maatschappelijk belang te behelzen en aard en inhoud van de werkzaamheden dienen daarmee – statutair – in overeenstemming te zijn. Daarvoor zal, mede bij gebrek aan een beter alternatief, een wettelijk kader worden opgenomen dat voornamelijk aan de fiscale ANBI-regelgeving is ontleend (p. 9). Hoewel deze fiscale faciliteit een wezenlijk ander doel,

strekking en karakter heeft dan de voorgenomen BVm, kan de GCV deze benadering uit praktische overwegingen volgen. Daar de maatschappelijke opvattingen zich natuurlijk verder ontwikkelen zou het de voorkeur verdienen als dit kader geen statisch karakter zou hebben maar op een dynamische wijze operationeel wordt gemaakt.

VI. Maatschappelijk doel in relatie tot winstvermogen en uitkeringen

14. De Aanzet gaat niet uit van een absolute *cap*, in de vorm van een percentage, op uitkeringen aan aandeelhouders van de BVm. Wel moet het maatschappelijk doel van de BVm centraal staan bij iedere uitkering die wordt gedaan. Als vuistregel, referentiepunt, zou (zo blijkt uit de Aanzet) kunnen dienen dat ten minste 50% van de over een boekjaar gemaakte winst moet worden bestemd ten behoeve van het maatschappelijk doel (p. 12). Maar het blijft afhankelijk van de desbetreffende BVm en de financiële positie waarin deze zich van tijd tot tijd bevindt. De bijzonderheden die spelen bij een BVm kan zij meenemen in het winst- en reserveringsbeleid (waarover hierna in onderdeel VII), dat het kader biedt voor uitkeringen door de algemene vergadering.
15. De GCV begrijpt het voorgestelde systeem zo, dat artikel 2:216 BW ook voor de BVm blijft gelden. Dit betekent dat de algemene vergadering bevoegd is om te besluiten tot bestemming van de winst en tot vaststelling van uitkeringen en dat vervolgens goedkeuring van het bestuur nodig is die kan worden geweigerd als de vennootschap door de uitkering – kort gezegd – in betalingsonmacht zou raken.
16. In de Aanzet wordt een tweede weigeringsgrond voor het bestuur toegevoegd: het bestuur van een BVm mag een uitkeringsbesluit ook niet goedkeuren, indien het ‘meer dan gerede twijfel heeft of behoort te hebben’ dat met de uitkering een belemmering ontstaat om het maatschappelijk doel van de BVm voorop te stellen. Het bestuur moet afwegen hoe het uitkeringsbesluit zich verhoudt tot het vooropstellen van het maatschappelijk doel (p. 14). De enkele aanwezigheid van twijfel is niet voldoende voor het bestuur om goedkeuring van een uitkering te weigeren. Het moet buiten discussie staan dat een uitkering het vooropstellen van het maatschappelijk doel zal belemmeren, zo staat in de Aanzet.
17. De GCV kan zich erin vinden dat de Aanzet niet uitgaat van een absolute uitkerings*cap*, omdat juist op dit punt maatwerk nodig is. Of de voorgestelde toets die de Aanzet bevat, goed werkbaar zal zijn in de praktijk, valt volgens de GCV nog te bezien: wanneer staat het voor het bestuur immers buiten twijfel dat het maatschappelijk doel door de uitkering wordt belemmerd? Uiteraard kan het bestuur deskundigen in de arm nemen om de afweging van de belangen in het kader van een uitkering te vergemakkelijken, maar dat neemt de bestuurdersverantwoordelijkheid voor de uitkering niet weg en, niet onbelangrijk, inschakelen van een deskundige brengt kosten voor de BVm met zich. Bovendien zou de voorgestelde toets gemakkelijk tot discussie of zelfs juridische procedures (zoals het in de Aanzet voorziene, zware, instrument van de enquêteprocedure) kunnen leiden, bijvoorbeeld met belanghebbenden die de jaarrekening inzien waarin de desbetreffende uitkering is verantwoord. Voorkomen moet worden dat alleen al de dreiging van dergelijke moeilijkheden een averechts effect heeft op de aantrekkelijkheid van de BVm voor sociale ondernemers. Dit

zou kunnen worden ondervangen door belanghebbenden een recht van verzet toe te kennen ten aanzien van een voorgenomen besluit tot (goedkeuring van een) uitkering. Die systematiek kent ons recht momenteel weliswaar nog niet, maar past volgens de GCV wel bij het bijzondere karakter van de BVm en de positie van belanghebbenden daarbij. Gedacht kan worden aan een verplichting van het bestuur om een door hem voorgenomen goedkeuring van een uitkeringsbesluit aan te kondigen en te publiceren op de website van de BVm en bij de Kamer van Koophandel. Die voorgenomen goedkeuring zou dan de overwegingen moeten bevatten op grond waarvan het bestuur meent dat goedkeuring kan worden verleend. Vervolgens kan een belanghebbende daartegen gedurende een maand in verzet komen bij de rechtbank. De rechtbank wijst het verzet tegen een voorstel tot goedkeuring van de uitkering toe indien er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat de voorgenomen uitkering de BVm belemmert het maatschappelijk doel voorop te stellen. Indien het verzet wordt toegewezen, kan de uitkering niet plaatsvinden, althans niet (in de omvang) zoals voorgesteld.

18. Een regeling zoals hiervoor gesuggereerd door de GCV maakt het criterium en daarmee de uitkeringstest niet per se beter werkbaar in de praktijk, maar geeft het bestuur wel meer comfort dat hij niet, nadat de uitkering is gedaan, door belanghebbenden met succes ter zake in juridische procedures verzeild raakt omdat de uitkering het maatschappelijk doel zou belemmeren. Daarnaast worden belanghebbenden nauwer betrokken bij een vermindering van het vermogen van de BVm ten gunste van de aandeelhouders, wat volgens de GCV goed past bij een BVm.
19. In aansluiting op het huidige artikel 2:216 lid 2 BW zou overigens nog moeten worden bepaald dat een uitkering zonder goedkeuring van het bestuur geen gevolgen heeft.

VII. Maatschappelijk winst- en reservebeleid

20. De Aanzet gaat ervan uit dat de algemene vergadering van de BVm een beleid vaststelt tot winstbestemming en reservering, waarin het maatschappelijk doel van de BVm centraal staat. Dit beleid vormt het instrument om meerjarig sturing te geven aan de wijze waarop het maatschappelijk belang bij uitkeringen voorop wordt gesteld (p. 16). Het bestuur is bevoegd om het voorstel voor dat beleid te doen aan de algemene vergadering. In de statuten van de BVm kan van het voorgaande worden afgeweken en zou bijvoorbeeld ook het bestuur de bevoegdheid toebedeeld kunnen worden om het beleid vast te stellen.
21. De GCV acht het denkbaar dat in het winst- en reserveringsbeleid een percentage of verschillende percentages en omstandigheden worden opgenomen inzake uitkeringen van winst en uitkeringen ten laste van reserves.
22. De opmerking in de Aanzet (p. 16) dat een gebrekkig winst- en reserveringsbeleid, of het ontbreken van een dergelijk beleid, kan leiden tot te hoge uitkeringen die belemmeren om het maatschappelijk belang voorop te stellen, kan de GCV niet helemaal volgen. Als een uitkering daartoe zou leiden, is het bestuur gehouden om zijn goedkeuring daaraan te onthouden: dit is immers een weigeringsgrond in de Aanzet. Dat neemt niet weg dat ook de GCV waarde hecht aan een winst- en reserveringsbeleid, omdat dit juist ook de algemene vergadering richting geeft bij besluitvorming omtrent uitkeringen. Bovendien geeft het een zekere rust aan het

bestuur, doordat hij aandeelhouders die meer zouden willen uitkeren dan passend binnen dat beleid, kan wijzen op het beleid.⁶ Ook moet worden bedacht dat zelfs als een voorgenomen uitkering past binnen het beleid, het bestuur goedkeuring ex artikel 2:216 lid 2 BW zal moeten weigeren als de BVm door de uitkering in betalingsonmacht zou komen te verkeren.

23. De GCV onderschrijft het belang dat de Aanzet hecht aan openbare toegankelijkheid van het winst- en reserveringsbeleid van de BVm. Uitkeringen door een BVm aan haar aandeelhouders is en blijft een heikel onderwerp. Hierover moet transparantie worden betracht jegens derden.

VIII. Verslaglegging maatschappelijke resultaten

24. De Aanzet verplicht micro- en kleine BV's om ieder jaar een maatschappelijk jaarverslag op te stellen dat openbaar toegankelijk is. Middelgrote en grote BVm's zullen in hun bestuursverslag een paragraaf moeten opnemen over onder meer de maatschappelijke waarde.
25. Dit is een lastig punt, er moet namelijk inzicht worden verschaft in de 'met de werkzaamheid gerealiseerde maatschappelijke waarde' over het afgelopen jaar. Het hoeft daarbij niet te gaan om een kwantitatieve beoordeling, maar het moet (ten minste) wel gaan om een kwalitatieve beoordeling. Een kwantitatieve beoordeling is in sommige gevallen misschien wel eenvoudiger te geven dan een kwalitatieve, denk aan een BVm die een sociale werkplaats in stand houdt. Deze BVm kan eenvoudig laten zien aan hoeveel personen zij het afgelopen boekjaar werk heeft geboden en welke werkzaamheden zij hebben verricht. Het is echter nog niet zo eenvoudig om dit te vertalen naar een kwalitatieve beoordeling, al bestaan daarvoor wel richtinggevende kaders.⁷ Het wetsvoorstel zal daar toch handvatten voor moeten gaan bieden, al dan niet via een algemene maatregel van bestuur.
26. De GCV constateert dat de Aanzet op het punt van verslaglegging nog zoekende is. Er moet nog nader worden bekeken op welke onderwerpen de verslaglegging precies betrekking moet hebben. Ook zouden er op grond van de BVm-wet geen kwaliteitseisen gaan gelden, mogelijk wel in zelfregulering (p. 17). Voor dit laatste kan de GCV ten aanzien van micro- en kleine BVm's nog enigszins begrip opbrengen, maar voor middelgrote en grote BVm's zou de BVm-wetgeving moeten voorschrijven dat de maatschappelijke verslaglegging wordt gecontroleerd door de accountant. Het creëren van maatschappelijke waarde is de kern van de BVm, de verslaglegging daarover kan niet vrijblijvend zijn. Partijen in het rechtsverkeer, zoals private partijen maar ook overheden (de staat, gemeenten) die juist BVm's willen betrekken in hun zakelijk verkeer, moeten kunnen afgaan op deze verslaglegging. Maar wat is de waarde daarvan als deze niet is gecontroleerd?

⁶ De opmerkingen in de Aanzet (p. 16) over nietigheid van het besluit tot vaststelling van het winst- en reserveringsbeleid zijn lastig te volgen. Op welke wijze verkleint nietigheid de kans op een besluit tot winstbestemming of uitkering dat het voorop stellen van het maatschappelijk belang teveel uit het oog verliest?

⁷ Zoals de door TNO ontwikkelde Prestatieladder Socialer Ondernemen (PSO), die inzicht geeft in de mate waarin organisaties meer dan gemiddeld sociaal ondernemen, gericht op arbeidsparticipatie van kwetsbare groepen op de arbeidsmarkt. Zie www.pso-nederland.nl.

IX. Deelnemingen, dochtermaatschappijen en groepsverbanden

27. In de Aanzet is vermeld dat er in de BVm-wet niets hoeft te worden bepaald over deelnemingen, dochtermaatschappijen en groepsverbanden van de BVm. Dat betekent dat op deze verhoudingen de ‘gewone’ regels van Boek 2 BW van toepassing zijn. De BVm wordt als zodanig dan ook niet beperkt in het aangaan van groepsverbanden.
28. Uit de Aanzet blijkt namelijk dat dit steeds zal moeten worden gezien in het licht van het statutaire doel van de BVm, waarin het maatschappelijk doel een belangrijke plaats inneemt. De Aanzet (p. 19) lijkt zelfs uit te gaan van een zich verder uitstrekkende werking daarvan, door aan te nemen dat *het doel, de statuten en de activiteiten* van een rechtspersoon waarin een BVm een deelneming verwerft niet in strijd mogen zijn met het statutaire doel van de BVm. De GCV meent dat dit criterium behoorlijk breed is en de beoordeling lastig kan zijn. Wanneer de doelstellingen van de BVm-moeder en haar dochter uiteenlopen, bijvoorbeeld omdat de dochter geen maatschappelijk doel in haar statuten heeft opgenomen of daarin wel refereert aan het maatschappelijk doel maar daarnaast nog een bredere doelomschrijving heeft, betekent dit nog niet per se dat er sprake is van strijdigheid met het doel van de BVm. Er moet, volgens de Aanzet, ook rekening worden gehouden met de overige omstandigheden, zoals de vraag of het belang van de BVm is gediend met de deelneming. Indien de deelneming rendement oplevert, kan dit bijdragen aan het maatschappelijke doel van de BVm-moeder – en zal het belang van de BVm ermee zijn gediend. De GCV verstaat een en ander zo, dat het bijvoorbeeld geoorloofd kan zijn dat een BVm haar onroerend goed onderbrengt in een voor dat doel door haar op te richten dochtermaatschappij of zelfs kleindochtermaatschappij. Ook een afsplitsing van bijvoorbeeld onroerend goed naar een dochtermaatschappij die bij de splitsing wordt opgericht en waarvan de BVm krachtens de splitsing enig aandeelhouder wordt, zou toelaatbaar moeten worden geacht.

X. Fusie en splitsing

29. De Aanzet geeft een additionele verzetsregeling (naast de mogelijkheid van verzet voor schuldeisers als bedoeld in de artikelen 2:316 BW en 2:334l BW) voor het geval van een fusie of splitsing van een BVm waarbij de beoogde verkrijgende partij geen BVm is. In het geval dat alle bij een fusie of splitsing betrokken partijen een BVm zijn, geldt dit additionele verzetsrecht niet. De Aanzet merkt hierbij op dat de toepasselijkheid van de BVm-wet voortduurt en er dan geen extra waarborgen nodig zijn (p. 20). De GCV vraagt zich af of het wenselijk is om deze extra verzetsregeling in dergelijke gevallen geheel achterwege te laten. Het kan immers het geval zijn dat de verkrijgende BVm een geheel ander maatschappelijk doel dient en daarmee de belangen van bepaalde betrokkenen bij de BVm worden geschaad.
30. Bij een fusie of splitsing waarbij de beoogde verkrijger geen BVm is geeft de Aanzet een additioneel verzetsrecht, waarbij iedere belanghebbende bij de BVm bij de rechtbank in verzet kan komen tegen dat voorstel. Voor deze regeling wordt aansluiting gezocht bij de bestaande procedure van verzet voor fusie en splitsing van een BV. De GCV onderschrijft deze extra verzetsmogelijkheid, op die manier kan onder meer worden voorkomen dat middels een fusie of splitsing de BVm-status kan worden beëindigd. De keuze om niet een verplichte rechterlijke machtiging voor een dergelijke fusie of splitsing in te voeren, lijkt de GCV de juiste; een dergelijke verplichte machtiging zou de mogelijkheden voor het doen van

fusies en splitsingen waarschijnlijk sterk beperken, en daarmee de aantrekkelijkheid van de BVm verminderen.

31. De Aanzet gaat uit van een brede toegang tot de verzetsprocedure voor iedere belanghebbende. De rechter kan een verzet enkel toewijzen op 2 gronden: (i) strijd met het maatschappelijk doel van de BVm of (ii) *"dat een belanghebbende door de voorgestelde fusie of splitsing zodanig in zijn belang bij voortgezette toepasselijkheid van de BVm-wet wordt geschaad, dat het dulden van de uitvoering daarvan in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd."* Het lijkt de GCV dat, gelijk aan de insteek van de verzetsregeling voor schuldeisers, het aan de belanghebbende die verzet heeft aangetekend dient te zijn om aannemelijk te maken dat er aan een van de voornoemde verzetsgronden wordt voldaan.

XI. Beëindiging toepasselijkheid anders dan door fusie en splitsing

32. Het bestuur van de BVm kan besluiten tot beëindiging van de toepasselijkheid van de BVm-wet. De Aanzet bepaalt dat ook hierbij een verzetsprocedure geldt, die in essentie gelijk is aan de procedure zoals die geldt bij fusie en splitsing waar een niet-BVm bij betrokken is. Het lijkt voor de hand te liggen om in de regeling omtrent de BVm geen onduidelijkheid te laten bestaan dat dit verzetsrecht ook van toepassing is op een grensoverschrijdende omzetting van een BVm. De toetsingsmaatstaf voor gegrondverklaring van verzet bij een besluit tot beëindiging van de BVm-status is anders geformuleerd dan bij fusie of splitsing. Het zou voor de hand liggen om ook bij de beoogde beëindiging van de BVm-status door het bestuur, de toewijzingsgrond als hierboven in nr. 31 onder (ii) beschreven toepassing te laten vinden. Dat kan tot betere bescherming van de belangen van belanghebbenden leiden.

XII. Overschot bij ontbinding

33. De Aanzet verplicht een BVm om in geval van ontbinding het overschot na vereffening van het vermogen van de BVm te bestemmen voor een andere BVm of een andere rechtspersoon die een ideëel of sociaal doel nastreeft. De statuten kunnen de bestemming van het overschot bepalen of de wijze waarop de bestemming zal worden vastgesteld. De Aanzet vermeldt hierbij dat *"Aangezien een BVm deel uitmaakt van een gedefinieerde groep van ondernemers die allen een maatschappelijk belang voorop stellen onder dezelfde voorwaarden, wordt voorgesteld dat een eventueel overschot aan een van de anderen binnen deze groep ten goede komt of aan een andere rechtspersoon die een ideëel of sociaal doel nastreeft."*
34. De GCV begrijpt de koppeling van het liquidatieoverschot met een andere BVm of ideëel of sociaal doel; hier lijkt het echter ook voor de hand te liggen om een koppeling te maken met de winstregeling van de BVm. Daar is immers ook de mogelijkheid om, binnen de grenzen van het beleid, winst uit te keren aan de aandeelhouder(s) van de BVm. Dat zou ook in gelijke mate moeten kunnen bij de uitkering van het liquidatieoverschot. Indien dit niet als zodanig zou worden geregeld, zou deze regeling mogelijk ook omzeild kunnen worden door voorafgaand aan de liquidatie nog een uitkering aan de aandeelhouder(s) te doen (binnen de grenzen van het winstbeleid). Om eventueel misbruik van de ontbindingsroute te voorkomen zou het dan ook voor de hand liggen om het verzetsrecht voor belanghebbenden, zoals dat ook geldt bij fusies, splitsingen en beëindiging van toepasselijkheid van de BVm-wet, van

toepassing te laten zijn op een ontbinding en uitkering liquidatieoverschot. Op die manier zal ook bij de ontbinding van een BVm een waarborg van toepassing zijn voor personen wier belangen de BVm zich op grond van haar doel of op grond van andere statutaire bepalingen aan dient te trekken, terwijl er nog wel flexibiliteit zal zijn in het doen van liquidatie-uitkeringen.

XIII. Toegang enquêteprocedure

35. Voor controle en handhaving van de wettelijke vereisten die voor de BVm gelden, en dan met name de naleving van de maatschappelijke doelstelling, wordt niet voorzien in extern publiekrechtelijk toezicht, maar geopteerd voor een inmiddels ook in andere sectoren beproefde correctiemogelijkheid, namelijk door (collectieve acties vanuit) de betrokken belanghebbenden via een uitbreiding van de toegang tot het enquêterecht van Boek 2 BW. De GCV kan dit uitgangspunt van een privaatrechtelijke handhaving onderschrijven, maar plaatst bij deze keuze en uitwerking een tweetal kanttekeningen.
36. Een (dreiging van een) enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer vormt ook en met name voor maatschappelijke ondernemingen die toch meer in de publieke belangstelling zullen staan een zwaar rechtsmiddel dat maatschappelijke ondernemingen met onevenredig hoge (proces- en onderzoeks)kosten kan confronteren, zoals de ervaringen in andere sectoren inmiddels hebben geleerd. Het risico om geconfronteerd te worden met een (uitbreiding van de toegang tot een) zware en kostbare enquêteprocedure zou maatschappelijke ondernemingen kunnen weerhouden van het – optionele – gebruik van de BVm-status en daarmee een averechts effect kunnen sorteren.
37. De GCV betwijfelt of met deze uitbreiding van het enquêterecht een evenwichtige en proportionele voorziening wordt geïntroduceerd voor een mogelijk oneigenlijk gebruik van de BVm-status. Niet uit te sluiten valt immers dat de enquêteprocedure ook gebruikt zal worden om het beleid van het bestuur van de maatschappelijke onderneming aan de kaak te stellen, ook indien geen sprake is van oneigenlijk gebruik. Het zal bijvoorbeeld voor een collectieve belangenbehartiger vrij eenvoudig zijn om vraagtekens te zetten bij elke goedgekeurde uitkering aan aandeelhouders door de stelling in te nemen dat het bestuur meer dan gereede twijfel had behoren te hebben over de vraag of met de uitkering een belemmering zou ontstaan om het maatschappelijk doel van de BVm voorop te stellen. Naar de mening van de GCV zou een procedure bij de rechtbank in de trant van de bijzondere rechtsingang van artikel 2:298 BW de voorkeur verdienen, waarbij dan ook meer specifieke eisen kunnen worden gesteld aan de ontvankelijkheid van collectieve belangenorganisaties en de gronden voor het verzoek kunnen worden toegespitst op oneigenlijk gebruik van de BVm-regeling.
38. Ten slotte constateert de GCV dat de betrokkenheid van de belanghebbenden bij maatschappelijke ondernemingen in deze Aanzet voor een nieuwe wettelijke regeling BVm voornamelijk wordt gereduceerd tot formele rechtsmiddelen en correctiemechanismen achteraf. Hierdoor krijgt een belangrijk onderdeel van maatschappelijk ondernemerschap, namelijk een nauwe betrokkenheid en invloed van belanghebbenden, bij het functioneren van de BVm een (te) bescheiden plaats toebedeeld. Het zou aanbeveling verdienen als de invloed en betrokkenheid van de (interne en externe) belanghebbenden inhoudelijk al in een vroegtijdig stadium van de ontwikkeling, voorbereiding en besluitvorming ten aanzien van maatschappelijke activiteiten wordt geborgd door de nieuwe wettelijke regeling voor de BVm.

Den Haag, 30 april 2021

Bijlage: Samenstelling van de GCV

Bijlage

Samenstelling van de Gecombineerde Commissie Venootschapsrecht:

Mr. A.F.J.A. (Fons) Leijten, advocaat Stibbe, Amsterdam - voorzitter

Mr. M.Y.H.J. (Manon) den Boer, notaris DLA Piper, Amsterdam

Mr. Y. (Yvette) Borrius, advocaat Florent, Amsterdam

Mr. G.C. (Gerco) van Eck, notaris Loyens & Loeff, Rotterdam

Prof. mr. J.B.S. (Steven) Hijink, advocaat-lid, counsel Stibbe, Amsterdam

Prof. mr. L.G.H.J. (Louis) Houwen, advocaat Dirkzwager, Nijmegen

Mr. drs. R.H. (Reinier) Kleipool, notaris De Brauw Blackstone Westbroek, Amsterdam

Mr. M.L.E. (Mariëtte) Plaggemars, notaris Damsté, Enschede

Prof. mr. G.T.M.J. (Geert) Raaijmakers, advocaat NautaDutilh, Amsterdam

Prof. mr. G.J.C. (Günther) Rensen, notaris-lid, professional support lawyer Allen & Overy, Amsterdam

Mr. G.P. (Guido) Roth, advocaat Finnius, Amsterdam

Secretariaat:

Mr. N.J.M. Sjerps

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB)

Postbus 16020

2500 BA Den Haag

T 070 3307226

E j.sjerps@knb.nl