

Reactie op de internetconsultatie van de Aanzet voor een wettelijke regeling voor een besloten vennootschap met maatschappelijk doel (BvM)

Aan: het Ministerie van Economische Zaken

HOUTHOFF

29 april 2021

1. Inleiding

- 1.1. Houthoff heeft met veel belangstelling kennisgenomen van de aanzet voor een wettelijke regeling voor een besloten vennootschap met maatschappelijk doel (de "**Aanzet**"). Graag maken wij gebruik van de mogelijkheid om op de Aanzet te reageren. Allereerst merken wij op dat wij ons graag aansluiten bij het uitgangspunt om maatschappelijke ondernemingen (voorheen ook aangeduid als sociale ondernemingen) te ondersteunen en te faciliteren. Wij hebben enkele vragen en opmerkingen over de vormgeving en de inhoud van de regeling die is voorgesteld in de Aanzet.
- 1.2. In Nederland kunnen ondernemers de rechtsvorm kiezen die het beste past. Wij onderschrijven de benadering die is gekozen in de Aanzet dat ondernemers straks ook een vrije keuze hebben of zij een maatschappelijke BV willen worden. Wij merken daarbij op dat de keus voor een BvM in de praktijk mogelijk minder vrij blijkt te zijn als de kwalificatie BvM als voorwaarde wordt gesteld voor het verkrijgen van een vergunning of toelating tot een bepaalde markt door de overheid en/of het verkrijgen van subsidie. Dat pleit voor een weloverwogen regeling. Als voornaamste doel van de voorziene regeling wordt genoemd dat de herkenbaarheid van de maatschappelijke onderneming moet worden verbeterd. In de memorie van toelichting bij het nog in procedure te brengen wetsvoorstel zou uitgebreider stil gestaan kunnen worden bij de reikwijdte en het doel van de herkenbaarheid. In hoeverre gaat het naast herkenbaarheid ten opzichte van zakelijke relaties om herkenbaarheid ten opzichte van de overheid?
- 1.3. Hierna volgen per thema onze opmerkingen en suggesties waarbij wordt verwezen naar de kopjes en nummers die zijn vermeld in de Aanzet.

2. Verhouding tot Boek 2 BW

- 2.1. Volgens de Aanzet komt er een aparte wet (de "**BvM-Wet**") en wordt Boek 2 BW niet gewijzigd. Wij gaan in deze reactie niet in op de mogelijke alternatieven, maar merken op dat het nuttig is dat straks in de memorie van toelichting wordt ingegaan op de redenen waarom andere varianten of alternatieve regelingen minder geschikt zijn (zoals bijvoorbeeld beschreven in het onderzoeksrapport van KPMG/Nyenrode uit 2020).
- 2.2. Volgens de Aanzet is een BvM "een BV die beschikt over bepaalde kenmerken die met de BvM-wet worden gewaarborgd, zoals ten aanzien van het maatschappelijke doel, het doen van winstuitkeringen en verslaglegging over maatschappelijke impact" (p. 1 en 2 van de Aanzet). Opgemerkt wordt dat de BvM geen aparte vennootschap en geen modaliteit op de BV is. De BvM moet, net als elke BV, voldoen aan de eisen en voorschriften van Boek 2 BW voor het zijn van en handelen als BV. Een vraag die

naar onze mening nog te veel openblijft is hoe de BVm-wet past in het systeem van Boek 2 BW. Het lijkt onvermijdelijk in deze opzet om ook in Boek 2 BW aanvullingen op te nemen of in ieder geval de verhouding tussen de BVm-wet en Boek 2 BW verder te verduidelijken. Wij denken met name aan de wettelijke bepalingen in Boek 2 BW over de naamgeving, de uitkeringstest (gronden voor onthouden van goedkeuring door het bestuur), fusie en ontbinding. In de paragrafen hierna komen wij daarop terug.

3. Bereik en toepasselijkheid van de BVm-wet (punten 1 en 2)

- 3.1. Onder punt 1 van de Aanzet is te lezen dat de BVm-wet van toepassing is op een BV “als bestuurders dit willen”. Wij vragen ons af of hier bewust de aandeelhouders van de BV niet zijn genoemd. De Aanzet vervolgt onder punt 2 dat een BV pas een BVm als: (a) de bestuurders ten overstaan van de notaris de wil hebben geuit dat de BVm-wet op de BV onvoorwaardelijk van toepassing is; (b) de statuten van de BV op dat tijdstip in overeenstemming zijn met de eisen van de BVm-wet; en (c) een notaris in een notariële akte heeft verklaard dat is voldaan aan de hiervoor genoemde onderdelen (a) en (b). De statuten van de BV moeten dus worden aangepast aan de BVm-eisen en voor een statutenwijziging is in ieder geval een aandeelhoudersbesluit vereist (artikel 2:231 BW). Bovendien is op grond van artikel 2:216 lid 8 BW instemming van de betrokken aandeelhouders vereist als de BVm statuten bepalen dat de aandelen slechts een beperkt recht geven tot deling in de winst of reserves van de BV. Hoewel sommige wijzigingen in letterlijke zin mogelijk niet vallen onder artikel 2:216 lid 8 BW, zouden wij - in de geest van dit artikellid - willen aannemen dat zonder instemming van de betrokken aandeelhouder zijn financiële rechten niet beperkt kunnen worden.
- 3.2. Het is niet duidelijk of de notaris de verklaring in de akte van oprichting of statutenwijziging kan afgeven en in welke vorm dat gebeurt. Wij gaan er van uit dat de notaris een verklaring afgeeft over de verifieerbare onderdelen die in de akte zijn opgenomen.
- 3.3. Het wettelijk te regelen maatschappelijk label wordt in de BVm-wet voorbehouden aan BV's. Wij begrijpen dat dit een praktisch startpunt is, maar achten de argumentatie waarom andere rechtsvormen geen label zouden kunnen verkrijgen niet overtuigend. Waarom kan een coöperatie geen maatschappelijk label verkrijgen? De stoffelijke behoefte van de leden kan (ook) bestaan uit het verwezenlijken van een maatschappelijk doel of in ieder geval dat maatschappelijke doel omvatten. Wat betreft de NV is de vrije verhandelbaarheid van de aandelen geen argument. Een NV kan aandelen op naam hebben en kan in haar statuten een blokkeringsregeling opnemen. Andersom kunnen de aandelen in een BV aan de beurs genoteerd worden.

Wat betreft stichtingen wordt in de Aanzet opgemerkt dat deze na omzetting in een BV een wettelijk label kunnen verkrijgen. Daarvoor is wel rechterlijke machtiging vereist (artikel 2:18 lid 4 BW). Gelet op de zware procedure die de wet voorschrijft voor de omzetting van stichting in een BV betekent dit praktisch gezien een hoge drempel.

4. Maatschappelijk belang van het doel (punt 6)

4.1. De BVm streeft met haar werkzaamheden primair een in de statuten omschreven doel van maatschappelijk belang na of probeert dat te bevorderen. De BVm is beschikbaar voor BV's die een "publiek belang" nastreven, aldus de Aanzet. In de toelichting op dit punt is te lezen dat een zeker winstrecht van de aandeelhouders van de BVm gewaarborgd dient te blijven. Het winstrecht wordt volgens de Aanzet (p. 7) in zijn algemeenheid als "wezenlijk onderdeel van het aandeelhouderschap" erkend. Wij menen dat het mogelijk is om statutair te regelen dat *alle jaarlijkse winst* gereserveerd wordt. In de zorg zijn er bijvoorbeeld BV's met een WTZi-toelating¹ die geen winstuitkering mogen doen en daarom in hun statuten opnemen dat zij hun jaarlijkse winst volledig reserveren.² Dergelijke zorg-BV's willen straks mogelijk ook BVm worden en vallen in de door de Aanzet genoemde categorieën. Hoe verhoudt zich de in de zorg gestelde eis dan tot deze opmerking in de toelichting?

4.2. Voor de doelafbakening van wat een maatschappelijk belang is, wordt aansluiting gezocht bij de categorieën van doelen die voor de ANBI-regeling als algemeen nut worden beschouwd (Aanzet, p. 8). Aangezien de BVm geen zelfde fiscale voordelen geniet valt niet goed in te zien waarom voor deze aansluiting wordt gekozen en geen eigen doelen worden geformuleerd.

5. Maatschappelijk doel in relatie tot winst, vermogen en uitkeringen (punten 7 en 8)

5.1. De algemene vergadering moet blijkens de Aanzet bij het bestemmen van de winst en het vaststellen van uitkeringen de verwezenlijking of bevordering van het maatschappelijk doel vooropstellen *voor zover* dit de instandhouding van langetermijnbelangen van de onderneming niet in gevaar brengt (punt 7). Het bestuur van een BVm onthoudt goedkeuring aan het besluit van de algemene vergadering indien het meer dan gereede twijfel heeft of behoort te hebben dat die uitkering de BVm belemmert het maatschappelijke doel voorop te stellen.

¹ De toelatingseis van de Wet toelating zorginstellingen (WTZi) zal binnenkort worden vervangen door de vergunningplicht van de Wet toetreding zorgaanbieders (Wtza).

² Zie hierover ook M.J. van Uchelen-Schipper, 'Sociale ondernemingen in Nederland: is het BV-recht nog flexibel genoeg?', *WPNR* 7298/723.

- 5.2. De “meeste winst” dient volgens de Aanzet terug te vloeien naar de onderneming ten behoeve van het maatschappelijk doel. Wij zijn het eens dat zich situaties kunnen voordoen waarin het vooropstellen van het maatschappelijk doel wordt omzeild doordat er verkapt uitkeringen plaatsvinden en dat dit niet eenvoudig is tegen te gaan met specifieke en technische voorschriften. In aanvulling op de in de Aanzet genoemde situaties van omzeiling zien wij een potentieel risico in de overweging dat aandeelhouders een kapitaalinjectie kunnen geven onder voorwaarde van een hoger uitkeringspercentage. In theorie zou een BvM kunnen worden opgericht met een (zeer) laag kapitaal, waarna de aandeelhouders additioneel kapitaal ter beschikking stellen onder voorwaarde van een hoog uitkeringspercentage. Dit risico wordt weer gemitigeerd door betrokkenheid van de notaris die dit zou moeten signaleren bij een statutenwijziging (zie ook paragraaf 8 hierna).
- 5.3. Volgens de toelichting kan bij goedkeuring later vast komen te staan dat het bestuur “meer dan gereede twijfel” had moeten hebben maar dat wil niet direct zeggen dat het bestuur verkeerd gehandeld heeft volgens de toelichting in de Aanzet. De Aanzet vervolgt: “het zal van de kwaliteit van de door het bestuur gemaakte afweging afhangen of daarvan sprake is”. Onduidelijk is wat daarmee wordt bedoeld en hoe zich dit verhoudt tot artikel 2:216 lid 2 BW. Dit artikellid zou dan toch aangepast moeten worden voor de BvM?
- 5.4. Wij vragen ons algemeen af hoe de negatief geformuleerde begrenzing van de algemene vergadering zich verhoudt tot het voor het bestuur positief geformuleerde wettelijke richtsnoer. Bestuurders dienen zich bij de vervulling van hun taak te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. In dat richtsnoer zijn de langetermijnbelangen begrepen. Dat gaat verder dan het niet in gevaar brengen van langetermijnbelangen. Bovendien zou je kunnen zeggen dat het maatschappelijk belang is verdisconteerd in het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming.
- 6. Maatschappelijk winst- en reservebeleid (punten 9-13)**
- 6.1. Op voorstel van het bestuur wordt door de algemene vergadering een beleid tot winstbestemming (en reservebeleid) vastgesteld (“maatschappelijk winst- en reservebeleid”). Als dat beleid tekortschiet omdat het maatschappelijk belang daarin niet vooropgesteld wordt kan het besluit tot vaststelling van het beleid nietig worden verklaard, aldus de Aanzet. Wij vragen ons af wat dit concreet betekent en wat daarvan de gevolgen zijn. Moet er dan eerst een nieuw beleid worden geformuleerd voordat er kan worden uitgekeerd? Wat is de invloed van die nietigverklaring op een reeds gedane uitkering? Hoe wordt de nietigheid vastgesteld? Het is verwarrend dat zowel wordt verwezen naar artikel 2:14 BW (de persoon die hier een beroep op doet moet

een voldoende belang hebben) als naar artikel 3:302 BW (hier wordt gesproken over een bij de rechtsverhouding onmiddellijk betrokken persoon). Is de nietigheidssanctie niet te zwaar en leidt dit niet tot rechtsonzekerheid?

- 6.2. De BV-wet stelt – naar onze mening terecht - veel transparantie-eisen, maar er worden nog niet veel concrete inhoudelijke eisen geformuleerd. Voor grote ANBI's is er onlangs een standaard verslaggevingsdocument verschenen waarin staat wat er concreet openbaar gemaakt moet worden: naast de balans en staat van baten en lasten moet bijvoorbeeld ook informatie over het beloningsbeleid openbaar worden gemaakt. Wij achten het van belang dat ook voor de BVm duidelijk wordt gemaakt wat gepubliceerd moet worden.
- 6.3. Daarnaast is het naar onze mening van belang dat er regelmatig een dialoog tussen het bestuur van de BVm en de belangrijkste betrokken belanghebbenden(vertegenwoordigers) plaatsvindt. In diverse governancecodes voor bepaalde sectoren, zoals bijvoorbeeld de zorg, is terug te zien dat het bestuur moet identificeren wie de bij instelling betrokken belanghebbenden zijn en dat het bestuur daarmee de dialoog moet aangaan. Op die manier houdt het bestuur van de BVm "voeling" met belanghebbenden en haalt zij relevante informatie op. Voor de BVm zou dit eveneens voorgeschreven kunnen worden. Bovendien kan een BVm er natuurlijk zelf voor kiezen om in haar statuten een belanghebbendenorgaan (maatschappelijke raad of een orgaan met een andere benaming) op te nemen en aan dit orgaan bepaalde (goedkeurings-)rechten toe te kennen. Wij menen dat een dergelijk belanghebbendenorgaan geen voorwaarde zou moeten zijn voor de kwalificatie als BVm, zeker niet voor "kleinere" ondernemingen. Overwogen zou kunnen worden een belanghebbendenorgaan voor te schrijven voor een BVm met een bepaalde grootte van de BVm (zoals bij de structuurvennootschap of in het jaarrekeningenrecht) of een bepaalde omzet.

7. Fusie en splitsing (punten 16-20)

- 7.1. Belanghebbenden mogen in verzet komen tegen een voorgenomen fusie of splitsing. Een belangrijke vraag is dus wie onder de "belanghebbenden" vallen. Een rechter die zich voor deze vraag gesteld ziet zal mogelijk aansluiting zoeken bij de jurisprudentie over het belanghebbendenbegrip in artikel 2:298 BW of het jaarrekeningenrecht. Zie hierover ook onze opmerking bij paragraaf 11.

8. Beëindiging toepasselijkheid anders dan door fusie en splitsing (punten 23-25)

- 8.1. De Aanzet voorziet in een verzetsrecht van belanghebbenden bij het beëindigen van de toepasselijkheid van de BVm status op initiatief van de aandeelhouders, namelijk bij juridische fusie, juridische splitsing of omzetting van de BVm. Naar onze mening ontbreekt in dit kader een regeling omtrent een statutenwijziging die ertoe leidt dat

de statuten niet langer in overeenstemming zijn met de BVm wetgeving, bijvoorbeeld omdat het doel wordt gewijzigd van een maatschappelijk doel naar een puur commercieel doel. De regeling die in de Aanzet is voorzien bij omzetting zou van toepassing kunnen worden verklaard op een statutenwijziging die ertoe leidt dat de statuten niet langer in overeenstemming zijn met de BVm wetgeving. Omdat voor omzetting per definitie een statutenwijziging is vereist, zou een dergelijke regeling ter zake van statutenwijziging tegelijkertijd een regeling bieden ter zake van omzetting.

- 8.2. De hiervoor beschreven rol van de notaris bij statutenwijziging brengt met zich dat de notaris bij elke statutenwijziging van een BVm zal moeten beoordelen of de statuten na de voorgenomen wijziging nog voldoen aan de BVm wetgeving. Verduidelijkt kan worden of en in hoeverre de notaris bij een statutenwijziging moet verifiëren en verklaren of de BVm aan alle wettelijke vereisten blijft voldoen.

9. Overschot bij ontbinding (punt 28)

- 9.1. Wij vragen ons af waarom het liquidatieoverschot niet (deels) kan worden uitgekeerd aan aandeelhouders maar *slechts* aan een andere BVm (iedere andere BVm, ook een met een totaal ander doel?) of een rechtspersoon met een ideëel of sociaal doel.

10. Toegang enquêteprocedure Ondernemingskamer (punt 29)

- 10.1. Dit laatste onderwerp uit de Aanzet vormt een belangrijk sluitstuk van de regeling. In de Aanzet is ervoor gekozen om toezicht op de naleving van wettelijke bepalingen in handen te leggen van belanghebbenden die toegang hebben tot de Ondernemingskamer. Ook in dit verband is dus van belang wie kwalificeren als belanghebbenden en wie deze belanghebbenden vertegenwoordigen. Zoals gezegd helpt het de BVm (en mogelijk ook de rechter) als het bestuur moet nagaan wie (in ieder geval) haar belanghebbenden zijn.
- 10.2. Wij menen dat, net als bij fusie/splitsing, aan belanghebbenden in het algemeen (dus ongeacht of zij georganiseerd zijn in een collectieve belangenorganisatie) toegang tot de rechter verleend zou kunnen worden als mechanisme om naleving van de BVm-wet af te dwingen. Het is erg gemakkelijk om een stichting of een vereniging op te richten met een vergelijkbaar doel. Als aan die stichting of vereniging verder geen eisen worden gesteld, heeft deze rechtspersoonlijkheid naar onze mening niet veel toegevoegde waarde.
- 10.3. Een alternatieve mogelijkheid is om de BVm te verplichten in de statuten aan een belanghebbendenorgaan van de BVm en/of een belanghebbendenorganisatie enquête-recht te verlenen (op grond van artikel 2:346 lid 1 sub e BW). Dit systeem is te vergelijken met de regels voor zorginstellingen die voorschrijven dat de zorginstelling in haar statuten enquête-recht verleent aan de cliëntenraad.

- 10.4. In plaats van een enquêteprocedure, waarbij overigens in de Aanzet naar onze mening niet duidelijk is gemaakt aan welke norm de Ondernemingskamer moet toetsen, zou gekozen kunnen worden voor een op artikel 2:298 BW³ lijkende procedure. Een met artikel 2:298 BW te vergelijken procedure voor de BVm kan gebruikt worden om de bestuurder die de BVm-wet niet naleeft of – in de woorden van het nieuwe artikel 2:298 BW "zijn taak verwaarloost" - te laten schorsen of ontslaan als aandeelhouders daartoe niet overgaan. In de jurisprudentie is bovendien een lijn ontwikkeld over het belanghebbendenbegrip die de rechter ook hier zou kunnen toepassen.⁴
- 10.5. Als de wetgever kiest voor enquêterecht zou naar onze mening al snel de vraag op kunnen komen of belanghebbenden van stichtingen met een maatschappelijk doel niet ook enquêterecht zouden moeten krijgen.

11. Tot slot

Wij zijn graag bereid tot een nadere toelichting op onze reactie. Onze contactgegevens zijn hieronder te vinden.

³ Dat wil zeggen: het nieuwe artikel 2:298 BW zoals dat per 1 juli 2021, de datum van inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht, komt te luiden.

⁴ Zie onder meer HR 12 oktober 2018, RO 2018/77 (Stichting ANV Fondsen).

CONTACTGEGEVENS

Alexander Kaarls

T 020 605 6110

E a.kaarls@houthoff.com

Thomas de Rave

T 020 605 6519

E t.de.rave@houthoff.com

Marleen van Uchelen-Schipper

T 020 605 6430

E m.van.uchelen@houthoff.com

Paul de Vries

T 020 605 6187

E p.de.vries@houthoff.com

Jacques Kröner

T 010 217 2544

E j.kroner@houthoff.com

Cherlene Blankson

T 010 217 2596

E c.blankson@houthoff.com