

Met onderstaande reactie wil de Vereniging Ondernemingsrechtsspecialisten Notariaat (VON) reageren op de ter consultatie voorgelegde Aanzet voor een wettelijke regeling voor een besloten vennootschap met maatschappelijk doel (BVM) (de “**Aanzet**”).

Algemeen

Het idee voor een “maatschappelijke ondernemingsvorm” komt niet uit de lucht vallen. Er is in het verleden vaker voor gepleit en ook in andere jurisdicties bestaan rechtsvormen of varianten daarop die beogen een onderneming die zich niet of niet louter richt op winst en aandeelhouderswaarde, een eigen status te geven.

Wie de Aanzet leest kan de indruk krijgen dat een vennootschap ofwel maatschappelijk is, of niet. Die tegenstelling lijkt ons niet per se zo scherp.

Een commercieel doel en een maatschappelijk doel kunnen vaak ook goed samengaan. Het is niet altijd of/of. Neem als voorbeeld een onderneming die zich richt op de verhuur van deelfietsen. Die kan op commerciële instelling gebaseerd zijn maar daarnaast tegelijkertijd meerdere maatschappelijke doelen dienen (denk aan: volksgezondheid door het promoten van fietsen; en milieu door het promoten van fietsen t.o.v. andere vervoersmiddelen en tegelijkertijd door het deelkarakter bijdragen aan een lagere productiebehoefte van fietsen).

Of de onderneming uit dit voorbeeld erg geholpen is met een extra letter op haar briefpapier is maar zeer de vraag. Deze onderneming zal zich door haar intrinsieke missie al richten naar de combinatie van verwezenlijking van het maatschappelijk en het commerciële doel. Via haar marketing en andere uitingen zal ze haar klanten, financiers, medewerkers en andere betrokkenen dagelijks informeren over haar doel en *purpose*. Hoewel het wat flauw zou zijn te zeggen dat “het zijn van maatschappelijke onderneming” en “het voeren van BVM in de naam” daar weinig aan bijdraagt of toevoegt, vrezen wij toch dat het goedbedoelde effect beperkt is.

In de Aanzet is te lezen dat het doel van de voorgestelde wettelijke regeling is: “erkenning en daarmee betere herkenning van maatschappelijke ondernemingen”. Dit zou de onderneming beter voor het voetlicht brengen bij opdrachtgevers, financiers, afnemers en andere betrokkenen of belanghebbenden. De vraag kan worden gesteld of dat doel nu werkelijk wordt bereikt met deze regeling. Zal een wederpartij of anderszins belanghebbende werkelijk in het handelsregister of de statuten van een vennootschap kijken om te zien of deze maatschappelijk betrokken is? Ook de toegevoegde letter “m” in de volledige statutaire naam onderaan het briefpapier zal weinig bijdragen aan die herkenning. Relevanter zal zijn hoe een organisatie acteert in het maatschappelijk verkeer: welke boodschap geeft zij af?

Een andere opmerking van meer algemene aard die we graag nog plaatsen, is of de voorgestelde regeling voor maatschappelijke organisaties nu daadwerkelijk iets toevoegt aan de bestaande wettelijke regeling. Zien wij het goed, dan is in wezen alles dat wordt voorgesteld in de Aanzet nu ook al te regelen binnen het bestaande regelkader van Boek 2. Zo kan een maatschappelijke organisatie haar doel volledig op maat maken, kunnen statutaire reserves worden gecreëerd en kunnen transparantie en verantwoordingsmechanismen naar wens worden toegevoegd. Thans maken organisaties die zich maatschappelijk willen profileren gebruik van internationale keurmerken (zoals Bcorp). De nationale regeling voegt daar in een steeds meer internationale wereld misschien weinig aan toe.

Begrijpen wij het doel van de regeling goed, dan ligt daaraan mede ten grondslag het verankeren van een duurzaam op de lange termijn gericht beleid voor de vennootschap en dus niet een korte termijn winstgericht denken. Als "instrument" om dat te borgen wordt vervolgens alleen de beperking op uitkeringen gekozen. Wij denken dat er legio andere opties zijn die (mede) kunnen en zouden moeten worden ingezet teneinde dat lange termijnprincipe te bevorderen. Denk daarbij bijvoorbeeld aan lock up-regelingen, loyaliteitsdividend of loyaliteitsstemrecht en een beperking van de koopsom van de aandelen tot maximaal de intrinsieke werkelijke waarde. Juist bij de verkoop van aandelen wordt de cash-flow capaciteit van de onderneming vermenigvuldigd. Dit leidt ertoe dat er ondernemingen zijn die zich als een maatschappelijke onderneming profileren en daardoor een goed resultaat behalen, waarbij de aandeelhouders zich zuiver kapitalistisch laten leiden door een realisatie van de waarde van hun aandelen met hoge multiples. Niet zozeer het uitkeren van daadwerkelijk behaalde winsten beperkt het lange termijn denken, maar de maximalisatie van de EBITDA om bij verkoop een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren, frustreert zinnig maatschappelijk ondernemen.

Ten slotte willen wij als algemene opmerking noemen dat de Aanzet op twee gedachten lijkt te hinken:

1. de B.V. die tegelijk voor een deel kenmerken van een stichting heeft met een specifiek doelvermogen dat niet kan worden uitgekeerd maar slechts kan worden aangewend voor een maatschappelijk doel. In dat geval past de regeling omtrent een niet-uitkeerbare gedeelte van de winst dat moet worden gereserveerd. Daarbij behoort dan ook dat bij verkoop dit gedeelte van het vermogen niet mag worden meegenomen en dat er waarborgen moeten zijn dat dit vermogen op geen enkele wijze door een latere omzetting naar een gewone BV alsnog wordt opgemaakt door aandeelhouders.
2. de B.V. waarbij de lange termijn doelstelling en het maatschappelijk ondernemen voorop staat. In dat geval dienen er specifieke regelingen getroffen te worden om te duiden hoe het bestuur moet handelen. Dit kan door in artikel 2:239 BW het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming verder te omschrijven. Dit kan dan gecombineerd worden met regelingen omtrent maximale verkoopprijzen, lock-up periodes, loyaliteitsdividend en -stemrecht.

In beide varianten zou naar ons idee een aanwezig toezichthoudend orgaan, zoals een raad van commissarissen, een belangrijke rol kunnen spelen. De Aanzet lijkt daar geen afdoende aandacht aan te besteden.

Artikelsgewijs

Bereik en toepasselijkheid van de BVm-wet

De Aanzet ziet op een separate regeling binnen de wettelijke regels die gelden voor de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Er wordt dus alleen voorzien in een BVm. Het niet toepassen van een vergelijkbare regeling op personenvennootschappen valt te begrijpen. Niet valt in te zien waarom niet ten minste ook een NVm mogelijk wordt gemaakt. Hetzelfde geldt voor de coöperatie, nu deze rechtsvorm ook reeds vaak wordt gebruikt in een meer maatschappelijke context. Tevens zou de stichting in aanmerking moeten kunnen komen.

Voor coöperaties wordt als reden aangegeven: "*Bij de coöperatie is een wezenlijk knelpunt dat het doel van deze rechtsvorm primair gelegen zal moeten zijn in het krachtens overeenkomsten voorzien in de stoffelijke behoeften van haar leden. Dat is nauwelijks verenigbaar met de voorwaarde dat het maatschappelijk doel voorop gesteld moet worden bij het bestemmen van de winst, tenzij te verdedigen zou zijn dat de leden van de coöperatie zelf het maatschappelijke doel zijn.*" Deze redenering overtuigt niet, zeker niet nu bij een BV het winstbelang van de aandeelhouders ten minste een van de belangen is

waar rekening mee moet worden gehouden. Uiteindelijk kunnen de aandeelhouders de bestuurders benoemen en de statuten aanpassen en daarmee ook de BVm omzetten naar een BV. Alleen bij de stichting (en de vereniging tot ontbinding) kan winst niet worden uitgekeerd en zit daar geen belanghebbende die een recht op uitkering heeft. De coöperatie wordt thans al als maatschappelijke onderneming gebruikt. Daarbij wordt dan met name gekeken op welke wijze een overname geschiedt. Goodwill is daar veelal niet aan de orde. De periode dat een persoon actief mede het beleid van de onderneming heeft bepaald, leidt tot een winstuitkering over diens aandeel in de daadwerkelijk gerealiseerde vermogensgroei, echter steeds zonder goodwill. Bovendien eindigt het lidmaatschap en dus de winstgerechtigdheid als geen werkzaamheden voor de onderneming meer worden verricht. Dit leidt tot een andere dynamiek in het zakendoen. Er is dan ook een aantal Bcorp ondernemingen als coöperatie gestructureerd. Bovendien is in een maatschappelijke context lokaal samenwerken in een onderneming die als coöperatie is vormgegeven de norm. Daarbij overheerst het gevoel dat deze lokale samenwerking niet uit puur winstmaximalisatie geschiedt, waarbij het realiseren van winsten (of lagere kosten voor verwarming of elektriciteit van woningen) wel wordt nagestreefd.

Kortom, wij vinden het bijzonder dat alleen de BV de maatschappelijke component krijgt toegevoegd. Indien er consensus is over de behoefte van ondernemingen zich maatschappelijk te profileren, dan zou die specifieke regeling ook voor alle boek 2 rechtspersonen kunnen worden toegepast. Dit past ook binnen het streven om voor de verschillende rechtsvormen zo veel mogelijk uniformiteit in regelgeving te realiseren hetgeen onder andere wordt nagestreefd in de regelingen over Bestuur en Toezicht, welke wet per 1 juli a.s. wordt ingevoerd.

Onderdeel 1 noemt verder dat de wil van het bestuur bepalend is voor het kunnen zijn van Bvm. Uit het in onderdeel 2 opgenomen vereiste dat de statuten in overeenstemming moeten zijn met de BVm-regeling volgt dat de AV hier dus ook een rol heeft. De vraag kan worden gesteld of niet in beginsel zuiver de wil van de AV bepalend zou moeten zijn: beslist de AV de statuten zodanig te wijzigen dat de BV een BVm wordt, dan zouden degenen die op dat moment bestuurder zijn zich daarin moeten schikken. Dat is niet anders dan voor vele regelingen die de AV via een statutenwijziging aan de vennootschap kan opleggen. Wordt deze visie gevolgd, dan kan in wezen het vereiste van de wil van het bestuur en de uiting daarvan tegenover de notaris komen te vervallen. Deze regeling vinden wij onduidelijk en onoverzichtelijk en we kunnen ons voorstellen dat die in de praktijk tot vragen gaat leiden (zie hieronder).

De in onderdelen 3 en 4 opgenomen regeling over de vermelding van de BVm status in het Handelsregister ligt voor de hand en lijkt nuttig. Technisch zijn de artikelen, in een volgende fase, nog wat te verbeteren. Zoals in de inleiding wordt vermeld, kan de vraag gesteld worden of het vermelden van de BVm status nu wezenlijk bijdraagt aan de maatschappelijke positionering van een vennootschap.

Maatschappelijk belang van het doel

Onderdeel 5 is in zekere zin de hoeksteen van de regeling in die zin dat wordt voorgeschreven dat een BVm in haar statutaire doelomschrijving opneemt dat ze een maatschappelijk belang nastreeft of bevordert en wat dat belang dan is. Daartoe wordt in onderdeel 6 een limitatieve opsomming van categorieën gegeven. De vraag kan gesteld worden of die lijst wel limitatief moeten zijn.

De notaris moet vervolgens beoordelen of een voorgenomen doel past binnen een van de categorieën. Hier wreekt zich ook weer de in het algemeen commentaar benoemde schijnbare tegenstelling tussen zowel op winst als op een maatschappelijk doel gericht kunnen zijn – dat kan in de praktijk prima samen gaan.

Maatschappelijk doel in relatie tot winst, vermogen en uitkeringen

Het maatschappelijk doel is nogal beperkt uitgelegd. Een onderneming die People Planet Profit nastreeft zou hier niet onder vallen. Er zijn ook B-corp ondernemingen die niet binnen dit kader passen.

Maatschappelijk winst- en reservebeleid

Zoals in het algemeen commentaar al is aangeduid, is een van de gekozen gedachten dat een gedeelte van de winst niet kan worden uitgekeerd maar moet worden gereserveerd voor de maatschappelijke doelstelling. In dat geval krijgt de BVm kenmerken van een stichting. Om te voorkomen dat een *winstdrain* plaatsvindt door gelden die oorspronkelijk bedoeld zijn voor de maatschappelijke doelstelling dan alsnog aan de aandeelhouders ten goede te laten komen, moet er een heldere en waterdichte oplossing komen. Om hierin te kunnen voorzien lijkt het logisch een specifieke reservering op te nemen voor deze maatschappelijke doelstelling. Deze gelden mogen nooit worden uitgekeerd maar dienen steeds gereserveerd te worden voor het doel. Daar kan dan niet alleen een maatschappelijke doelstelling mee worden gerealiseerd maar dit kan ook worden gebruikt voor investeringen. Dit leidt immers als het goed is tot meer winst en dus een hogere reservering.¹

Wij achten het onverstandig alle toezichthoudende taken t.a.v. het maatschappelijke doel neer te leggen bij het bestuur, die overigens qua salariëring en continuering van hun inkomen in de regel afhankelijk zijn van de aandeelhouders. Van het bestuur mag zeker een maatschappelijke vervulling van hun taak bij de BVm worden verwacht, maar ook de aandeelhouders dienen zich bij het uitoefenen van hun stemrecht niet slechts te richten op de redelijkheid en billijkheid maar ook op de maatschappelijke component van de BVm. Dit zou niet alleen voor uitkeringen maar veel breder bij het uitoefenen van het stemrecht moeten gelden.

Waar bevoegdheden aan een ander orgaan gegeven kunnen worden pleiten wij ervoor dat dit ook een commissie kan zijn en dat het begrip orgaan niet wordt gelimiteerd door artikel 2:189a BW.

Verslaglegging

Het is goed en toe te juichen dat een bepaalde mate van verantwoording plaatsvindt. Wel verdient het aanbeveling rekening te houden met de praktische haalbaarheid van de voorschriften. Onderwerpen als “*gerealiseerde maatschappelijke waarde*” zullen over het algemeen moeilijk kunnen worden vastgesteld.

Deelnemingen, dochtermaatschappijen en groepsverbanden

Bestaan er voor een BVm restricties ten aanzien van het krijgen en houden van (indirecte) deelnemingen, of het vormen van een onderdeel van een groep? Kan een BVm deelnemingen houden of onderdeel van een groep zijn die als geheel niet voldoet aan de voorwaarden voor het zijn van een BVm? Of is er dan sprake van doeloverschrijding? En kan dan de rechtshandeling waarbij de deelneming is verkregen, worden vernietigd? Dat kan sowieso niet bij de indirecte verkrijging van een deelneming. Onduidelijk is hoe om te gaan met de situatie dat een deelneming of groep op een later ogenblik pas niet meer kwalificeert.

¹ Is groei ook een maatschappelijk doel als het doel bijvoorbeeld is het vergroenen van Afrika met het planten van bomen? Als er meer wordt geplant, neemt in de toekomst misschien de winst toe maar dat is juist het business model van de onderneming. Met een reservering van een deel van de winst kan deze steeds voor verdere groei worden gebruikt, zonder het risico dat het weglekt.

En kan een BvM overeenkomsten aangaan in het kader van deelnemingen (denk aan aandeelhoudersovereenkomsten)?

Fusie en splitsing

Gekozen lijkt te zijn voor een systeem met een 'beklemd vermogen'. Daarbij vindt een toetsing plaats naar het eventueel schaden van een maatschappelijk belang. Naar ons idee zou een toetsing door de rechter van iedere fusie of splitsing waarbij een BvM is betrokken, ook een goede regeling kunnen zijn.

Daarbij adviseren we met klem het fusie-/ splitsingsvoorstel en de toelichtingen daarop met verplichte onderdelen uit te breiden.

Beëindiging toepasselijkheid anders dan door fusie en splitsing en Overschot na ontbinding

We geven graag ter overweging mee een systeem in te richten waarbij het BvM vermogen als beklemd vermogen wordt behouden, na fusie, splitsing of omzetting in een gewone BV vorm. Bij stichtingen zien we regelmatig dat na omzetting in een BV het beklemd vermogen toch op de een of andere manier wordt uitgekeerd aan bestuurders en/of aandeelhouders middels bijvoorbeeld leningen en hogere salarissen. Ter voorkoming van het wegvloeien van vermogen dat in het kader van maatschappelijk belang dient te worden besteed, zou ervoor gekozen kunnen worden dat indien een BvM door fusie, splitsing of omzetting haar maatschappelijk karakter verliest de opgebouwde maatschappelijke reserve binnen 10 jaar aan een ANBI (of BvM, of alsdan bestaande soortgelijke rechtsvorm) met soortgelijke doelstelling moet worden uitgekeerd. Hiervoor kan in specifieke gevallen waarbij de continuïteit van de onderneming in het gedrang komt uitstel of ontheffing door de rechter worden verleend.

Enquêterecht voor belangenvereniging met eenzelfde categorie maatschappelijk belang

Het voorgestelde enquêterecht is een interessant plan. Dit zorgt in ieder geval voor de nodige toetsing, maar is wel een forse drempel om BvM te worden. Waarschijnlijk is deze toevoeging van het enquêterecht wel het belangrijkste middel om misbruik te voorkomen. De bestuurders worden dan via enquêterecht gecontroleerd. Bij misbruik worden zij ontslagen en komt er een nieuw bestuur dat krachtens artikel 2:9 BW kan procederen tegen de oude bestuurders.

Wij stellen voor dat dit enquêterecht moet blijven bestaan tot bijvoorbeeld 2 jaar nadat een BvM de status m heeft verloren of is weggefuseerd. Dan kunnen deze instanties ook als ze even iets gemist hebben bij de procedure tot omzetting ingrijpen.

Conclusie

Concluderend constateren wij dat de eerste Aanzet op twee gedachten hinkt. Enerzijds de gedachte van een BV waarbij een gedeelte van de opbrengst slechts gebruikt mag worden voor een maatschappelijk doel. En anderzijds de gedachte van een BV die zich bij haar beslissingen meer door lange termijn denken laat leiden en oog heeft voor People Planet Profit.

Ter realisatie van de eerste gedachte zouden wij willen voorstellen met een reserve te werken die niet door fusie, omzetting of verkoop/inkoop van aandelen kan weglekken. Voor het invullen van de tweede gedachte moet meer aan bepalingen omtrent doelstelling, belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming worden gedacht. De tweede gedachte lijkt ook aan te sluiten bij een huidige tendens in de rechtsliteratuur. De regeling zou ook voor andere rechtspersonen toepasbaar gemaakt moeten worden.

In de huidige markt en literatuur zien wij dat er veel over dit onderwerp wordt nagedacht. Ook in Europees verband. Deze Aanzet scherpt in ieder geval de gedachten en kan richting geven aan een verbeterde en meer maatschappelijke toepassing van rechtspersonen. Alleen daarom al juicht de commissie de Aanzet en de daarmee gepaard gaande discussie toe. Die discussie moet er echter wel toe leiden dat eerst een aantal principiële keuzes wordt gemaakt, zodat vervolgens op basis van die gemaakte keuzes concrete, passende wetgeving kan worden opgesteld.

Wetgevingscommissie Vereniging Ondernemingsrechtsspecialisten Notariaat (VON)

L.W. Kelterman

A.H.G. Wilod Versprille

N.A.H. Wolswijk