

Naar een Besloten Vennootschap met een maatschappelijk doel

Reactie op het consultatiedocument

In 2010 bepleitten wij een maatschappelijke variant van de BV.¹ Wij zijn blij dat de behoefte aan een rechtsvorm waarmee sociaal ondernemers zich in het rechtsverkeer kunnen onderscheiden inmiddels breed gedragen wordt en dat ook de wetgever de handschoen heeft opgenomen. Een wettelijk label voorziet in een duidelijke behoefte aan erkenning door de wetgever van een kleine maar snel groeiende sector die een maatschappelijk nuttige functie vervult.

Maatschappelijke rechtsvormen zijn er in soorten en maten. Dat betekent ook dat de wetgever voor tal van keuzes wordt gesteld bij de wettelijke inrichting: een modaliteit van een rechtsvorm of een label, met of zonder beperking van uitkeringen, geschoeid op de BV of de vereniging etc. De grote lijnen die in het consultatiedocument worden uitgestippeld zijn goed verdedigbaar. In de reacties zullen ongetwijfeld andere keuzes worden voorgesteld. Daarbij ligt het gevaar op de loer dat we de komende jaren discussies gaan voeren over het meest ideale model met verdere vertraging tot gevolg. Gelet op het feit dat Nederland al achterloopt op de meeste landen in Europa, zouden willen wij daarvoor willen waken. Veeleer bepleiten wij dat de wetgever in grote lijnen voortgaat op de ingeslagen weg met een grondige evaluatie na bijvoorbeeld vijf jaar. Op basis van praktijkervaringen kan de koers dan worden bijgesteld. Hieronder volgen enkele kanttekeningen bij het consultatiedocument die geen van alle eraan afdoen dat wij de voorstellen op hoofdlijnen steunen. Wij volgen de volgorde van consultatiedocument .

Bereik en toepasselijkheid van de BVm-wet

Uit oogpunt van overzichtelijkheid van de wetgeving zou het onze voorkeur hebben als de BVm in Boek 2 BW wordt geregeld als modaliteit van de BV. Maar dat betekent niet dat het nu voorliggende model niet kan werken. De verschillen tussen een wettelijk label en een modaliteit van een rechtsvorm moeten niet worden overtrokken; het onderscheid tussen beide is gradueel. Wij steunen het voorstel om de regeling vooralsnog te beperken tot de BV. De praktische behoefte aan een maatschappelijke variant lijkt het grootst bij de BV. Dat betekent niet dat een maatschappelijke variant niet ook bij andere rechtsvormen zou kunnen werken. Integendeel, anders dan in het consultatiedocument wordt betoogd, kunnen ook de NV en de coöperatie als maatschappelijke variant worden ingericht. Wat de NV betreft, moet worden bedacht dat veruit de meeste NV's een besloten karakter hebben, terwijl ook de BV beursgenoteerd kan zijn. Ook een maatschappelijke coöperatie is alleszins denkbaar. De

¹ J.M. de Jongh, A.J.P. Schild, L. Timmerman, 'Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW?' (preadvies Nederlandse Juristen-Vereniging), Deventer: Kluwer 2010.

argumenten overtuigen in zoverre niet. Toch steunen wij de gedachte om nu ‘klein’ te beginnen met de BVm waar de praktische behoefte het grootste is. Wij hopen wel dat in een evaluatie over vijf jaar ten gronde kan worden gesproken of de regeling niet in Boek 2 BW kan worden ondergebracht en in hoeverre er behoefte bestaat aan maatschappelijke varianten van andere rechtsvormen.

BVm-status en naamvoering

Het zou onze voorkeur hebben als de hoedanigheid van het zijn van een ‘BVm’ met zo veel woorden uit de statuten blijkt. Uit het consultatiedocument volgt dat de BVm-status hoe dan ook gevolgen heeft voor verschillende statutaire bepalingen. Ook de opheffing van de BVm-status zal in de regel gepaard gaan met een statutenwijziging. Tegen die achtergrond valt er veel voor te zeggen dat deze status ook in de statuten wordt neergelegd. Daarbij moet worden bedacht dat de hoedanigheid ingrijpende gevolgen heeft voor onder meer de aandeelhouders. Het ligt in de rede dat deze bijzondere hoedanigheid van BVm – die zal doorwerken tot in de kern van de vennootschapsorde – ook in de statuten tot uitdrukking komt. Ook als de wettelijke regeling niet in Boek 2 BW wordt opgenomen en de BVm-aanduiding niet kan worden opgenomen in de naam van de vennootschap, bepleiten wij om een dergelijke eis in de wet op te stellen. Het ligt voor de hand dat de BVm-status in de statutaire doelomschrijving tot uitdrukking wordt gebracht.

Bij het voorgaande moet worden bedacht dat een opheffing van de BVm-status vaak zal leiden tot een statutenwijziging en dat de rechter die een beoogde opheffing van de BVm-status zal beoordelen, in de regel zal willen kijken naar de voorgestelde statuten na die opheffing. Grote bezwaren zien wij dan ook niet als de hoedanigheid in de statuten wordt opgenomen.

Maatschappelijk belang van het doel

Algemeen wordt onderschreven dat het maatschappelijke oogmerk in de statutaire doelomschrijving wordt opgenomen. Wel bestaat in de praktijk de behoefte aan enig houvast bij de formulering ervan. Wij kunnen ons vinden in de voorgestelde catalogus. Wel is voor ons een open vraag of die catalogus op deze manier in de wet moet worden neergelegd. Wat onder een maatschappelijk doel wordt verstaan, kan ook mettertijd veranderen.² Het lijstje hoeft niet *per se* in de wet te worden opgenomen. Wij bepleiten dat de wet in dit opzicht voldoende flexibiliteit biedt om in te spelen op veranderende opvattingen. Een mogelijkheid is een algemene formulering in de wet langs de lijnen zoals in België of in het Verenigd Koninkrijk wordt gehanteerd.³ In België geldt als vereiste dat de vennootschap wordt gedreven in het algemeen belang, een positieve maatschappelijke impact te

² Aldus ook M.J. van Uchelen-Schipper, ‘Sociale ondernemingen in Nederland: is het BV-recht nog flexibel genoeg?’, *WPNR* 2020/7298, p. 720.

³ Hierover ook Van Uchelen-Schipper, *WPNR* 2020/7298, p. 716 e.v.

bewerkstelligen op de mens, het milieu of de samenleving. Voor de Britse CIC geldt als criterium ‘whether a reasonable person might consider that the CIC’s activities are or will be carried on for the benefit of the community’. Als iemand de *reasonable person* verpersoonlijkt, is dat de notaris wel, als begeleider bij het opstellen van de statuten. Om de notaris houvast te geven in zijn beoordeling of de BVm een maatschappelijk doel heeft, zouden de criteria die nu worden overwogen, al dan niet met een nadere toelichting, kunnen worden opgenomen in een ministeriele regeling of AMvB. Dit heeft als voordeel dat de wet zelf beknopt blijft onder behoud van flexibiliteit.

Over het maatschappelijke doel merken wij nog het volgende op. Er is in de literatuur veel te doen om de vraag wanneer een doel voldoende maatschappelijk is en door wie dat moet worden vastgesteld. *In abstracto* rijzen daarover tal van interessante vragen van vaak Platonische aard. Wij bepleiten om daar niet al te lang bij stil te staan: uiteindelijk komt het in de praktijk vooral neer op de vraag of het maatschappelijke doel de zogenaamde *duck test* kan doorstaan: ‘When I see a bird that walks like a duck and swims like a duck and quacks like a duck, it is probably a duck’. In het geval van de *Tadorna tadorna* (bergeend, in Duitsland: *Brandgans*) is dat een enkele keer lastig en zal de praktijk haar weg moeten vinden. Maar er is geen reden om aan te nemen dat in Nederland niet zou lukken wat in het buitenland ook niet op problemen stuit. Desgewenst kan bij het handelsregister een contactpunt geopend worden waar notarissen in geval van twijfel terecht kunnen. Op die manier kan een zekere uniformiteit gewaarborgd blijven.

Maatschappelijk doel in relatie tot winst, vermogen en uitkeringen; maatschappelijk winst- en reservebeleid

Het is om drie redenen een gelukkige keuze om geen getalsmatige dividend- en vermogensklem in de wet op te nemen.⁴ In de eerste plaats hangt het maar net van de levensfase en de aard van het bedrijf af in welke mate uitkeringen verenigbaar zijn met het maatschappelijke doel. Belangrijker is dat wettelijke uitkeringsbeperkingen in de praktijk toch vallen te omzeilen door middel van aandeelhoudersleningen, managementovereenkomsten of door zogenaamde *tunneling*-transacties (transacties met aandeelhouders tegen niet-marktconforme voorwaarden). Hoe de wet ook luidt, daar valt niet tegen op te reguleren. In de derde plaats zou de wettelijke regeling door getalsmatige uitkeringsbeperkingen aanzienlijk worden gecompliceerd. Dit kan een negatieve weerslag op de aantrekkelijkheid van het label hebben. Wij steunen dus de keuze voor eenvoud.

⁴ Wij hebben dit destijds in ons preadvies wel voorgesteld maar zijn daarvan teruggekomen.

Dat wil niet zeggen dat aan deze keuze geen nadelen verbonden zijn. In kritische reacties is erop gewezen dat de rechtsvorm hierdoor aan kleur verliest en te weinig onderscheidend zal zijn van 'gewone' BV's.⁵

De wetgever moet kortom op een slap koord balanceren. Wij doen in dit verband twee suggesties:

- Het wettelijke systeem gaat in art. 2:216 ervan uit dat de AV besluit tot uitkeringen en dat het bestuur vervolgens hieraan uitvoering geeft. Het consultatiedocument bevat hierop een kleine aanscherping: bij meer dan gerede twijfel of de uitkering een belemmering voor het maatschappelijke doel vormt, dient het bestuur geen uitvoering te geven aan het besluit tot uitkering.

In het consultatiedocument blijft het initiatief tot uitkeringen onverminderd liggen bij de AV. Daarbij moet worden bedacht dat aandeelhouders zich weliswaar gematigd moeten opstellen gelet op het maatschappelijke doel, maar garanties op dat vlak zijn er niet. Bestuurders daarentegen zullen zich moeten richten naar het belang van de vennootschap en haar onderneming, een taak die een bijzondere kleur krijgt bij de BvM. Om mogelijke druk van aandeelhouders op bestuurders te verlichten, stellen wij voor om de volgorde bij de BvM om te draaien: de algemene vergadering besluit nog steeds tot winstuitkeringen, maar kan dat uitsluitend doen op voorstel van het bestuur. Het initiatief komt aldus bij het bestuur te liggen; dat heeft als voordeel dat het bestuur niet met 1-0 achterstaat als de AV al heeft besloten.

Wij stellen voor dat het bestuur een uitkering voorstelt slechts indien en voor zover (i) er voldoende financiële ruimte bestaat en (ii) de uitkering geen belemmering vormt voor het realiseren of bevorderen van het maatschappelijke oogmerk. Bestuurders zullen hun voorstel moeten toelichten. In dat voorstel zullen zij ook uiteen moeten zetten dat het voorstel voldoet aan het maatschappelijk winst- en reservebeleid. Zij zullen dus voorzichtig te werk moeten gaan. De AV kan uitsluitend besluiten op basis van het voorstel van het bestuur, zonder recht van amendement. Indien een raad van commissarissen is ingesteld, dient deze het besluit voorafgaand goed te keuren. In dit verband kan ook worden overwogen om aan belanghebbenden een verzetsrecht toe te kennen, zoals voorgesteld door de gemeenschappelijke commissie vennootschapsrecht.⁶

- In het consultatiedocument wordt voorgesteld om het winst- en reserveringsbeleid te publiceren. Wij stellen voor om dat ook het voorstel tot uitkering, inclusief motivering door het bestuur na de vaststelling van het voorstel wordt gepubliceerd bij het handelsregister of eventueel op de website

⁵ Zie bijvoorbeeld Gijsbert Koren, *De BvM dreigt een rechtsvorm te worden die maatschappelijke waarde aan haar lot overlaat* (<https://wearestewards.nl/bvm/>).

⁶ Reactie Gemeenschappelijke Commissie Vennootschapsrecht, rn. 17.

Overtreding van deze totstandkomingsvereisten leidt in ons voorstel tot vernietigbaarheid van het besluit (art. 2:15 lid 1, onder a, BW). Daarnaast valt te overwegen dat de bijzondere aansprakelijkheidsregels voor aandeelhouders en bestuurders die zijn neergelegd in art. 2:216 BW overeenkomstig zullen gelden in het geval de totstandkomingsregels niet zijn nageleefd. In dat geval zou een uitkering waaraan geen deugdelijke besluitvorming ten grondslag ligt, op de aandeelhouders en bestuurders kunnen worden verhaald. Sanctionering door middel van aansprakelijkheid past beter in het wettelijk stelsel dan de voorgestelde nietigheid van het uitkeringsbesluit in geval van een gebrekkig of ontbrekend winst- en reservebeleid. Daarbij moet worden bedacht de sanctionering van een *gebrekkig* beleid met nietigheid van het uitkeringsbesluit zal leiden tot grote rechtsonzekerheid. Op nietigheid kan vele jaren later in een gewijzigde omstandigheden nog een beroep worden gedaan. Een dergelijke vergaande sanctie op grond van een open norm achten wij zeer onwenselijk.

Structuurwijzigingen

Het voorstel bevat verschillende verzetsmogelijkheden bij structuurwijzigingen, zoals fusie, splitsing, omzetting of beëindiging van de opgave bij het handelsregister. In de praktijk zijn dergelijke verzetsprocedures weinig effectief. Zij komen weinig voor: de advertenties worden zelden opgemerkt, terwijl een verzetsprocedure niet gratis is. In het geval van een BvM komt daar nog bij dat belanghebbenden dikwijls geen schuldeisers zijn maar zich inzetten voor een vergelijkbaar maatschappelijk doel. Hun financiële belang bij een geslaagd verzet is vaak maar gering. Wij verwachten dat de verzetsprocedure in de praktijk een wassen neus zal blijken.

In plaats daarvan stellen wij voor om een rechterlijke machtiging verplicht te stellen in geval van juridische fusie, splitsing, omzetting, wijziging van het statutaire doel of intrekking van de maatschappelijke status. Dit kan worden vormgegeven langs de lijnen van art. 2:18 lid 4 en 5 BW waarbij de rechter desgewenst belanghebbenden kan horen voordat hij een oordeel geeft.

Toegang enquêteprocedure

Wij steunen de voorgestelde handhaving via het enquêterecht. Dit lijkt ons een nuttig handhavingsmechanisme. De Ondernemingskamer bestaat mede uit niet-rechters die beschikken over bijzondere expertise als (oud-)ondernemer, accountant of commissaris. Met hun praktijkkennis bieden de raden een belangrijke aanvulling op die van de raadsheren. De enquêteprocedure is betrekkelijk informeel en gericht op het bereiken van een praktische oplossing. Met grote regelmaat assisteert de Ondernemingskamer bijvoorbeeld bij het benoemen van een mediator opdat partijen zelf een oplossing voor hun geschil kunnen vinden. Waar nodig kan de Ondernemingskamer ordemaatregelen in te grijpen als de onderneming dreigt te ontsporen of het maatschappelijke doel uit het oog dreigt te

worden verloren. De vrees voor oneigenlijk gebruik moet niet worden overtrokken; de Ondernemingskamer is alleszins geëquipeerd om oneigenlijk gebruik in een vroeg stadium weg te filteren met een snelle afwijzing van het verzoek. De Ondernemingskamer grijpt pas wanneer daartoe gegronde redenen aanwezig zijn en voor zover het noodzakelijk is in het belang van de onderneming (en het maatschappelijk doel).

Als alternatief wordt wel genoemd een procedure geënt op art. 2:298 BW. Deze ingang is in de praktijk weinig effectief, om verschillende redenen. De procedure wordt gevoerd voor een rechtbank die hiermee weinig ervaring heeft vergeleken met de gespecialiseerde Ondernemingskamer. Een enquêteverzoek kan op korte termijn op zitting worden behandeld. De procedure van art. 2:298 BW duurt bovendien langer, is minder flexibel en biedt niet een uitgewerkte regeling voor een onderzoek naar de gang van zaken. Juist daaraan bestaat veel behoefte wanneer het beleid aan twijfel onderhevig is. Gemis is bovendien dat het in de procedure van art. 2:298 BW niet mogelijk is om aandeelhouders tijdelijk op non-actief te zetten door de tijdelijke overdracht ten titel van beheer. Illustratief is in dit verband het volgende: bij de wat grotere stichtingen staat zowel de weg van art. 2:298 BW open als het enquêterecht. In de praktijk wordt er echter nauwelijks gebruik gemaakt van de weg van art. 2:298 BW, terwijl de Ondernemingskamer met grote regelmaat enquêteverzoeken tegen stichtingen behandelt. Om verschillende redenen verdient de enquêteprocedure de voorkeur boven de weg van art. 2:298 BW.

Betrokkenheid 'stakeholders'

Wij achten het van groot belang dat een BVm haar mede beleid afstemt op de (groepen van) personen die betrokken zijn bij het maatschappelijke doel. In de wet kan bijvoorbeeld worden bepaald dat een BVm van een bepaalde omvang een stakeholdersbeleid opstelt dat passend is bij de aard van de onderneming. In het jaarverslag kan over de uitvoering van dat beleid verantwoording worden afgelegd. Wij stellen voor om dit onderwerp niet uitputtend in de wet op te nemen maar uit te werken in een AMvB. Daarin kan worden gedifferentieerd naar grootte van de onderneming.

Hiervan te onderscheiden is de vraag of belanghebbenden bij de BVm moeten worden betrokken bij de organisatie van de BVm. Wij menen dat het zal afhangen van de aard van de sociale onderneming of betrokkenheid van 'stakeholders' toegevoegde waarde heeft. Bij sommige sociale ondernemingen zal deze betrokkenheid behoren tot de kern van de maatschappelijke missie, bij andere zal stakeholderbetrokkenheid minder passen. Het consultatiedocument legt geen verplichte stakeholderbetrokkenheid op maar laat deze wel toe. Wij steunen die keuze. Mocht echter in het vervolg alsnog worden gekozen voor een vorm van verplichte stakeholderbetrokkenheid, dan bevelen wij aan om deze betrekkelijk 'losjes' te regelen. Voorkomen moet worden dat verplichte regels op dit vlak afbreuk doen aan de aantrekkelijkheid van het label. Wij denken bijvoorbeeld aan een

maatschappelijke adviesraad die wordt ingesteld wanneer de onderneming op grond van haar omvang ook een ondernemingsraad moet instellen. Wij zouden geen dwingende bevoegdheden aan de maatschappelijke raad willen toekennen, maar daartoe wel de mogelijk willen openen. Denkbaar is bijvoorbeeld dat bepaalde besluiten aan de goedkeuring van de maatschappelijke raad worden onderworpen. Voor een dergelijke statutaire bepaling zou een 'wettelijk haakje' kunnen worden gecreëerd.

Wij sluiten af met de wens dat wetgever het project voortvarend voortzet. Met het consultatiedocument is pionierswerk geleverd dat lof verdient.

Matthijs de Jongh, Alexander Schild & Vino Timmerman⁷

⁷ Matthijs de Jongh is raadsheer in het Gerechtshof Amsterdam en hoogleraar ondernemingsrecht in Rotterdam. Alexander Schild is rechter in de rechtbank Zeeland-West Brabant. Vino Timmerman is hoogleraar ondernemingsrecht in Rotterdam. In het verleden was hij onder meer Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad en voorzitter van de Commissie Vennootschapsrecht.