

De nieuwe juridische jas voor de maatschappelijke onderneming komt eraan: de BVm

Mr. M.J.L.A.M. Zillikens-Loos, mr. Q.M.J.A. Crul en

*mr. T.A. Schriemer**

Het Ministerie van EZK heeft een 'Aanzet voor een wettelijke regeling voor een besloten vennootschap met maatschappelijk doel (BVm)' aangeboden ter internetconsultatie. In dat kader gaan auteurs in op de onderdelen van de Aanzet en zetten zij hun opmerkingen en aanbevelingen voor de wettelijke regeling (de BVm-wet) uiteen.

1 Inleiding

De maatschappelijke onderneming staat al geruime tijd in de belangstelling. De meerderheid van de lidstaten van de Europese Unie heeft op dit moment regelgeving voor de maatschappelijke onderneming of is bezig met het opstellen daarvan.¹ Ook in Nederland zijn er veel ontwikkelingen. Naast de bestaande meet- en registratie-instrumenten² is in Nederland nu ook wetgeving in voorbereiding.

In de Kamerbrief van 10 juli 2020 (Kamerbrief)³ geeft de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat aan waaraan een wettelijke regeling voor de BVm zou moeten voldoen. De Kamerbrief is gevolgd door een 'Aanzet voor een wettelijke regeling voor een besloten vennootschap met maatschappelijk doel (BVm)' (Aanzet), die op 3 maart 2021 voor internetconsultatie is aangeboden. Wij hebben met veel belangstelling kennisgenomen van de Aanzet.

In het kader van deze internetconsultatie gaan wij in dit artikel in op de onderdelen van de Aanzet en zetten wij onze

opmerkingen over en aanbevelingen voor de wettelijke regeling (de BVm-wet) uiteen. Wij volgen zo veel mogelijk de volgorde van de onderwerpen uit de Aanzet, waarna wij het toezicht op de BVm bespreken en afsluiten met onze aandachtspunten.

2 Bereik en toepasselijkheid van de BVm-wet

2.1 Aanpassing handelsnaam

In de Aanzet wordt de mogelijkheid geopend voor bestaande en nieuwe besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (BV's) om de regels van de BVm-wet toe te passen en daardoor als BVm geregistreerd te worden in het handelsregister. Zoals aangegeven in de Kamerbrief en de Aanzet, betreft het geen nieuwe rechtsvorm noch een aanpassing van Boek 2 BW.⁴ De statutaire naam van een BVm wijzigt immers niet, maar in de handelsnaam mag een toevoeging worden gebruikt: 'besloten vennootschap met maatschappelijk doel', of afgekort 'BVm' of 'B.V.m'.

2.2 Besluitvorming over BVm

Het bestuur besluit of de BV in de toekomst een BVm zal worden en of de bestuurders de daarvoor volgens de Aanzet benodigde verklaring bij de notaris zullen afleggen. Het is de vraag of voor een dergelijk besluit ook de goedkeuring van de algemene vergadering gevraagd zou moeten worden. Het bestuursbesluit om in de toekomst als BVm door het leven te gaan heeft immers gevolgen voor de winstuitkeringen aan aandeelhouders. De aandeelhouders moeten uiteraard het besluit tot wijziging van de statuten om te voldoen aan de BVm-wet nemen, maar een minderheidsaandeelhouder zal hierop normaal gesproken geen doorslaggevende invloed hebben. In de statuten van de BV kan dit wel worden vormgegeven door voor een besluit tot statutenwijziging een versterkte

* Mr. M.J.L.A.M. Zillikens-Loos is kandidaat-notaris bij Pels Rijcken te Den Haag. Mr. Q.M.J.A. Crul is kandidaat-notaris bij Pels Rijcken te Den Haag. Mr. T.A. Schriemer is kandidaat-notaris bij Pels Rijcken te Den Haag.

1. A. Argyrou e.a., Stimuleren van (h)erkenning van sociale ondernemingen, KPMG en Nyenrode Business Universiteit 2020, p. 12 (KPMG 2020).
2. Code Sociale Ondernemingen en inschrijving in het Register Sociale Ondernemingen, B Corp-certificering, Prestatieladder Socialer Ondernemen, zie voor een overzicht M.L.A.M. Zillikens-Loos, Q.M.J.A. Crul & T.A. Schriemer, De maatschappelijke onderneming en haar (nieuwe) juridische jas, MvO 2020, afl. 8/9, p. 250-251. Zie uitgebreid over B Corp: R.L. Pouwer, B Corp in het Nederlandse vennootschapsrecht anno 2019 nog een storm in een glas water, MvO 2019, afl. 7, p. 185-189.
3. Kamerstukken II 2019/20, 32637, nr. 426 (Kamerbrief).

4. In de Kamerbrief wordt aangegeven dat '[d]eze regeling (...) niet [zal] zien op een in het Burgerlijk Wetboek te regelen modaliteit op de bestaande rechtsvorm van een BV, maar op een lex specialis (...)'. Kamerstukken II 2019/20, 32637, nr. 426. In de Aanzet wordt aangegeven dat in de MvT de keuze voor een aparte wet in plaats van wijziging van het BW zal worden toegelicht. Aanzet, p. 1.

meerderheid te eisen, zodat een minderheidsaandeelhouder – afhankelijk van zijn percentage in het aandelenkapitaal – meer invloed heeft (eventueel samen met andere minderheidsaandeelhouders) of zelfs een veto kan uitoefenen. In de BvM-wet kan voor het besluit tot statutenwijziging waardoor wordt voldaan aan de BvM-wet, ook worden aangesloten bij het strengere vereiste voor besluitvorming door de algemene vergadering dat geldt voor de omzetting van een rechtspersoon.⁵

2.3 BvM-verklaring

In de Aanzet is opgenomen dat het bestuur van een BV bepaalt of de BV een BvM is door het afleggen van een wilsuiking daartoe bij de notaris. Vervolgens wordt dit verder uitgewerkt in de Aanzet. In geval van oprichting van een BvM moet de verklaring dat de BV een BvM is, dus na het verlijden van de akte van oprichting worden afgelegd door de bestuurders (BvM-verklaring),⁶ die immers pas vanaf het moment van oprichting bestuurder van de BV worden. Het lijkt praktischer om in de BvM-wet op te nemen dat in geval van oprichting van een BV de oprichters dan wel (of tevens) de beoogde bestuurders deze verklaring afleggen, zodat de verklaring in de akte van oprichting kan worden opgenomen en daarvoor niet een aparte notariële verklaring na oprichting nodig is.

De verklaring van de notaris dat is voldaan aan de voorwaarden voor een BvM kan naar ons idee in een voetverklaring van de notaris worden opgenomen, zoals ook bij een fusie- of splitsingsakte het geval is.⁷ De notaris verklaart dan dat (1) de bestuurders (en/of oprichters, zie hiervoor) de BvM-verklaring hebben afgelegd en (2) de statuten van de BV zoals opgenomen in de akte voldoen aan de BvM-wet. Dat is praktischer dan een aparte notariële verklaring en geeft ook voldoende zekerheid. In de toelichting wordt aangegeven dat de notaris zal moeten beoordelen of sprake is van een BV die voor wat betreft haar statuten voldoet aan de BvM-wet, en dus ook of het doel van de BV van maatschappelijk belang in de zin van de BvM-wet is. Zie paragraaf 4.3 over deze laatste beoordeling door de notaris.

2.4 Andere rechtsvormen

In de Aanzet wordt uitdrukkelijk de keuze gemaakt de mogelijkheid om de BvM-status te verkrijgen alleen open te stellen voor BV's. Als argument hiervoor wordt in de toelichting onder meer gegeven dat 'één rechtsvorm bijdraagt aan de uniformiteit van (h)erkenning van de maatschappelijke onderneming'.⁸ Ook in de Kamerbrief is aangegeven dat het kabinet de keuze heeft gemaakt 'voor het in voorbereiding

nemen van een wettelijke regeling die ondernemers de mogelijkheid biedt te kiezen voor een maatschappelijke BV'.⁹

2.4.1 De stichting-maatschappelijke onderneming

Omdat het doel van de regeling de erkenning en daarmee de herkenning van maatschappelijke ondernemingen is en een belangrijk deel van de thans bestaande maatschappelijke ondernemingen niet in de vorm van een BV gedreven wordt, zou deze keuze – ondanks de argumenten die er zijn om de regeling strikt te beperken tot de BV en daarmee eenvoudiger te houden – wellicht heroverwogen kunnen worden.¹⁰ Uit verschillende onderzoeken blijkt immers dat een op de vier maatschappelijke ondernemingen wordt gedreven in de vorm van een stichting.¹¹ Om maatschappelijke ondernemers meer flexibiliteit te geven in de keuze van de rechtsvorm voor hun onderneming en de kosten van omzetting van rechtspersonen te vermijden, kan worden nagegaan in hoeverre de voorgestelde BvM-regeling ook van toepassing verklaard kan worden op andere rechtsvormen.

Wij denken dan met name aan overeenkomstige toepassing van de BvM-wet op de stichting (stichting-m). Omzetting van een stichting in een BvM zou dan niet meer nodig zijn. Bij omzetting van een stichting in een BvM ontstaat de vraag wie de aandeelhouder(s) van de omgezette stichting word(t)(en) en is bovendien rechterlijke machtiging vereist, zodat de omzetting niet heel eenvoudig te realiseren is.¹² Daarnaast moet in de statuten van de omgezette stichting (de BV in dit geval) een kapitaalklem worden opgenomen op het vermogen dat de stichting bij de omzetting heeft en de vruchten daarvan.¹³

Voor de stichting die als algemeen nut beogende instelling (anbi) is aangemerkt, zal oprichting van een dochtervennootschap met de BvM-status, waarin de maatschappelijke onderneming wordt uitgeoefend, geen soelaas bieden. Het lijkt erop dat een dergelijke stichting in dat geval de anbi-status zal verliezen.¹⁴ Ook ingeval een stichting met de anbi-status zich omzet in een BvM, zal zij de anbi-status verliezen, omdat deze status niet openstaat voor een BV.¹⁵ Daarnaast is het omslachtig en kostenverhogend voor een stichting (al dan niet met de anbi-status) om vanwege de (h)erkenning van het maatschappelijke karakter van haar onderneming een dochtervennoot-

5. Op grond van art. 2:18 lid 2 sub a BW moet een besluit tot omzetting worden 'genomen met de stemmen van ten minste negen tienden van de uitgebrachte stemmen'.
6. Voor de goede orde: dit begrip komt niet terug in de Aanzet, maar introduceren wij in dit artikel.
7. Zie art. 2:318 lid 2 en 2:334n lid 2 BW.
8. Aanzet, Toelichting onderdeel 1 en 2, p. 3.

9. Kamerstukken II 2019/20, 32637, nr. 426, p. 2.

10. Zillikens-Loos, Crul & Schriemer 2020, p. 251.

11. In het rapport van KPMG is opgenomen dat 2% van de respondenten in hun onderzoek is vormgegeven als NV, 2% als coöperatie, 4% als vereniging, 29% als stichting en 48% als BV, zie KPMG 2020, p. 20. Het onderzoek van Social Enterprise NL geeft een vergelijkbaar beeld: BvM-vorm 52%, stichtingsvorm 24%, combinatie BV en stichting 10%, coöperatievorm 2%, Social Enterprise NL, De Social Enterprise Monitor 2019. Het onderzoek naar de ontwikkelingen van sociale ondernemingen in Nederland, 2019, p. 10 (Social Enterprise Monitor 2019).

12. Art. 2:18 lid 4 BW.

13. Art. 2:18 lid 6 BW.

14. Hof Den Haag 20 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:270.

15. Art. 5b lid 1 sub a AWR.

schap te moeten oprichten waarin de onderneming vervolgens gedreven zal worden.

2.4.2 De NV-maatschappelijke onderneming

Alhoewel de vorm van de naamloze vennootschap (NV) thans in de praktijk niet veel gebruikt wordt door maatschappelijke ondernemingen, is het openstellen van de BVm-vorm voor naamloze vennootschappen (als NVm) te overwegen, aangezien hiervoor nauwelijks een wijziging van de BVm-wet nodig is.¹⁶ In de toelichting wordt als argument voor het niet toepassen van de BVm-regeling op NV's gegeven dat een belangrijk verschil is dat de aandelen in een NV vrij verhandelbaar zijn. Hierdoor zou volgens de toelichting 'het gerechtvaardigde eigenbelang van aandeelhouders om te delen in de winst en de beperkte invloed van het bestuur om tegenwicht te bieden aan de stem van de algemene vergadering een te groot risico vormen voor de primair maatschappelijke koers en [het] bestendige succes van de onderneming'.¹⁷ Dit argument zou dan ook gelden voor de BVm die in haar statuten heeft opgenomen dat er geen blokkering is van de overdracht van aandelen.¹⁸ Indien de wetgever dit inderdaad een belangrijk aspect acht voor een maatschappelijke onderneming, zal in de wettelijke regeling voor de BVm moeten worden opgenomen dat de BVm verplicht een blokkeringregeling moet hebben en hiervan niet kan worden afgezien in de statuten. Dit kan ook eenvoudig worden ondervangen in een NVm-regeling door te bepalen dat de statuten van een NVm verplicht een blokkeringregeling moeten bevatten.

Het is ons inziens de vraag of de vrije verhandelbaarheid van aandelen (zowel voor een BVm als voor een NVm) de maatschappelijke status belemmert. Alhoewel de band met de aandeelhouders in het algemeen losser zal zijn ingeval de aandelen vrij verhandelbaar zijn, kan het ook in dat geval een bewuste keuze zijn om te participeren in een maatschappelijke onderneming. Ook in de statuten van een NV kan worden afgeweken van het principe dat de winst de aandeelhouders ten goede komt, en kan worden bepaald dat een deel van de winst moet worden gereserveerd voor de verwezenlijking of bevordering van het maatschappelijk doel.¹⁹ Als de wetgever van oordeel is dat de vrije verhandelbaarheid van de aandelen geen belemmering vormt voor de maatschappelijke onderneming, zal nagedacht moeten worden hoe de dialoog met de aandeelhouders in hun hoedanigheid van stakeholders wordt vormgegeven. Dit geldt met name als het gaat om grote ondernemingen met minder betrokken aandeelhouders, zoals beursgenoteerde vennootschappen.

2.4.3 De coöperatie-maatschappelijke onderneming

Eerder hebben wij betoogd dat ook nader onderzoek moet worden gedaan naar de mogelijkheid van een maatschappelijke

status voor de coöperatie, omdat deze rechtsvorm steeds meer gebruikt wordt en ook goed bruikbaar is voor het vormgeven van een maatschappelijke onderneming.²⁰ Juist vanwege de mogelijkheid de stakeholders via de nauwere lidmaatschapsband bij de onderneming te betrekken, achten wij de coöperatie zeer geschikt om de verhoudingen tussen verschillende stakeholders vast te leggen. Hiervoor wordt in de Aanzet echter niet gekozen. In de Aanzet wordt dit als volgt toegevoegd:

'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.'

In andere landen wordt de coöperatie (of een met de coöperatie vergelijkbare rechtsvorm) echter wel regelmatig gebruikt als rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming.²¹

3 BVm-status en naamvoering

3.1 Opgave aan het handelsregister

In de Aanzet is opgenomen dat via een wijziging van het Handelsregisterbesluit 2008 (Handelsregisterbesluit) wordt geregeld dat de bestuurders opgave moeten doen aan het handelsregister van de toepasselijkheid van de BVm-wet op de BV. De Aanzet vermeldt ook dat in het Handelsregisterbesluit wordt opgenomen dat een afschrift van de notariële akte met de BVm-verklaring van de bestuurders en de notaris moet worden neergelegd bij het handelsregister. Ingeval het hiervoor vermelde voorstel om de BVm-verklaring van het (beoogde) bestuur (en/of de oprichter(s)) van de BVm op te nemen in de akte van oprichting of statutenwijziging wordt gevolgd, lijkt dit overbodig. De (gewijzigde) statuten van een BV – en dus ook van een BVm – moeten immers al op grond van Boek 2 BW worden neergelegd ten kantore van het handelsregister.²² Deze afzonderlijke notariële BVm-verklaring heeft dan nog slechts zin voor het geval de statuten van een BV al voldoen aan de BVm-wet voordat deze in werking treedt, of ingeval de statuten al voldoen aan de BVm-wet maar om andere reden de BVm-verklaring nog niet door het bestuur is afgelegd.

3.2 Misbruik handelsnaam BVm

De Aanzet regelt – nu het niet de bedoeling is Boek 2 BW aan te passen – dat de BV met maatschappelijk doel die voldoet

16. Ongeveer 2% van de maatschappelijke ondernemingen wordt gedreven in NV-vorm, KPMG 2020, p. 20.

17. Aanzet, Toelichting onderdeel 1 en 2, p. 4.

18. Art. 2:195 lid 1 BW.

19. Art. 2:105 lid 1 BW.

20. Zillikens-Loos, Crul & Schriemer 2020, p. 249.

21. Zie voor een overzicht van in een aantal andere landen voor de maatschappelijke onderneming gebruikte rechtsvormen M.J. van Uchelen-Schipper, Sociale ondernemingen in Nederland: is het BV-recht nog flexibel genoeg?, WPNR 2021, afl. 7298, p. 716-718.

22. Art. 2:180 lid 1 BW (bij de oprichting) en art. 2:236 BW (in geval van statutenwijziging).

aan de BvM-wet in de handelsnaam de toevoeging ‘besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid met maatschappelijk doel’ mag gebruiken of de afkorting ‘BvM’ of ‘B.V.m.’. Alhoewel het geen verplichting is om de handelsnaam aan te passen, zal dit waarschijnlijk vanwege de beoogde herkenning in alle gevallen wel gebeuren. De Handelsnaamwet zal worden aangepast om gebruik van een handelsnaam met ‘besloten vennootschap (met beperkte aansprakelijkheid) met maatschappelijk doel’ of de toegestane afkortingen te verbieden indien een dergelijke BV niet voldoet aan de BvM-wet. Om verwarring te voorkomen zou in de Handelsnaamwet ook kunnen worden geregeld dat het gebruik van de toevoeging ‘met maatschappelijk doel’ of de afkorting ‘m’ niet toegestaan is als handelsnaam voor andere rechtsvormen.

4 Maatschappelijk belang van het doel

4.1 Maatschappelijke doelstelling

Volgens de Aanzet is elke BvM verplicht om:

‘met haar werkzaamheden een in de statuten omschreven doel van maatschappelijk belang na te streven of te bevorderen, zonder dat die doelomschrijving de mogelijkheid tot het doen van uitkeringen van winst of reserves [volledig] uitsluit. De statuten van de BvM bevatten een omschreven voorwerp van werkzaamheid dat in overeenstemming is met het doel van maatschappelijk belang.’²³

4.2 Aansluiting bij anbi-regeling

De Aanzet somt de doelen op die van maatschappelijk belang worden beschouwd, waarbij nauw wordt aangesloten bij de opsomming van doelen in de anbi-regeling. De doelen ‘mensenrechten’ en ‘arbeidsparticipatie’ zijn toegevoegd.²⁴ Dit is een vastomlijnde lijst, waardoor geen rekening wordt gehouden met eventuele maatschappelijke veranderingen op grond waarvan andere doelen ook van maatschappelijk belang kunnen worden beschouwd. Het is dus de vraag hoe in de toekomst wordt omgegaan met eventuele gewijzigde opvattingen over doelen die als maatschappelijk belang moeten worden beschouwd.

Het doel moet volgens de Aanzet rechtstreeks gericht zijn op het maatschappelijk belang en niet slechts zijdelings een gunstig effect op het maatschappelijk belang hebben (zie hierover ook par. 8 hierna).²⁵ Dit criterium blijkt in de praktijk bij anbi’s nogal eens voor discussie te zorgen.²⁶

De beoordeling of wordt voldaan aan de anbi-regelgeving wordt uitgevoerd door de Belastingdienst, nadat de statuten door een notaris zijn opgesteld in overeenstemming met de anbi-regeling. Als de Belastingdienst vervolgens de anbi-aan-

vraag afwijst, heeft een aanvrager altijd de mogelijkheid tegen deze afwijzing in bezwaar te gaan. Deze eenvoudige bezwaarmogelijkheid bestaat niet als een notaris oordeelt dat de statuten niet voldoen aan de BvM-wet en daarom weigert de aparte BvM-verklaring of de akte van oprichting/statutenwijziging met de voetverklaring te verlijden.

Een vraag die niet in de Aanzet of de toelichting daarop wordt beantwoord, is in welke mate de werkzaamheden van een BvM het maatschappelijk belang moeten dienen. Voor een anbi geldt immers dat zij met haar werkzaamheden uitsluitend of nagenoeg uitsluitend het algemeen belang moet dienen,²⁷ het zogeheten 90%-criterium. Voor de BvM is het van belang om (enige) duidelijkheid te hebben of ook aan dit criterium moet worden voldaan.

4.3 Beoordeling door notaris

Uit de Aanzet blijkt dat de notaris moet verklaren dat de statuten van een BvM in overeenstemming zijn met de eisen van de BvM-wet. Deze beoordeling van de statuten is een logische rol voor het notariaat als het gaat om een objectieve toetsing, bijvoorbeeld of bepaalde bepalingen die op grond van de wet in de statuten moeten worden opgenomen dat ook daadwerkelijk zijn (zoals een bepaling ten aanzien van de bestemming van het overschot bij ontbinding). De beoordeling of een concrete doelstelling voldoet aan de eisen die daarvoor worden gesteld in de BvM-wet kan echter lastiger zijn, aangezien dit een subjectieve toets is. Hierover kan in sommige gevallen verschillend worden gedacht.

Om te voorkomen dat een notaris (wellicht onnodig) te terughoudend is bij de beoordeling of een doelstelling van maatschappelijk belang is, is het van belang dat duidelijk wordt in hoeverre de notaris de statuten en de beoogde doelstelling van de BvM moet toetsen. Het ligt ons inziens voor de hand uit te gaan van een marginale toets, zodat deze toets eenvoudiger door een notaris kan worden uitgevoerd. Daarnaast zullen voldoende concrete uitgangspunten moeten worden geformuleerd, volgens welke criteria de notaris het doel moet beoordelen.

4.4 Toetsingsorganisatie

Een oplossing om eventuele twijfel over de vraag of een doel van maatschappelijk belang is te voorkomen, is het instellen van een onafhankelijke organisatie waaraan het beoogde doel vooraf kan worden voorgelegd (een toetsingsorganisatie). Door een toetsing vooraf ontstaat zekerheid over de invulling van de doelen van maatschappelijk belang en kan ook worden ingespeeld op de maatschappelijke veranderingen, zonder dat daardoor een risico ligt bij het bestuur of de notaris. Deze toetsingsorganisatie kan ook andere taken en bevoegdheden krijgen ten opzichte van BvM’s, zoals het tussentijds toetsen of een BvM nog aan de BvM-wet voldoet (zie ook par. 13).

23. Aanzet, onderdeel 5, p. 6.

24. Art. 5b lid 3 AWR.

25. Aanzet, p. 8.

26. Dit criterium is voor het eerst geformuleerd in HR 12 oktober 1960, ECLI:NL:HR:1960:AY1355.

27. Art. 1a lid 1 sub b Uitvoeringsregeling AWR.

5 Maatschappelijk doel in relatie tot winst, vermogen en uitkeringen

5.1 Aandeelhoudersbesluit tot bestemming van winst en vaststellen van uitkeringen

De gedachte ‘impact first’ komt terug bij het onderwerp winst, vermogen en uitkeringen.²⁸ De algemene vergadering moet de verwezenlijking of bevordering van het maatschappelijk doel vooropstellen, voor zover dit de instandhouding en de langetermijnbelangen van de aan de vennootschap behorende onderneming niet in gevaar brengt.^{29,30}

5.1.1 De eerste open norm

Het wetsvoorstel zal een open norm introduceren bij het bestemmen van de winst en het vaststellen van uitkeringen uit het BvM-vermogen: ‘de algemene vergadering moet de verwezenlijking of bevordering van het maatschappelijk doel vooropstellen’. Een open norm houdt rekening met de wisselende economische realiteit waarin de rechtspersoon verkeert.³¹ Het vooropstellen van het maatschappelijk doel is een nieuw concept voor de aandeelhouder; het vormt een afwijking van de heersende opvatting dat de aandeelhouder in beginsel zijn eigen belang voorop mag stellen.³² De beoordelingsvrijheid van de aandeelhouder wordt beperkt door de invoering van deze open norm. Die beperking vindt haar rechtvaardiging in het wezen van de maatschappelijke onderneming. Deze open norm houdt volgens de Aanzet in dat het verwezenlijken of bevorderen van het maatschappelijk doel de overhand moet hebben bij het bepalen van de winstbestemming en het aanwenden van vermogen.³³

De cruciale vraag hierbij is hoeveel winst gereserveerd moet worden ten behoeve van het maatschappelijk doel (en daardoor niet voor uitkering in aanmerking kan komen).³⁴ In tegenstelling tot een aantal andere lidstaten van de Europese Unie wordt er in de Aanzet niet gekozen voor een (strikte) winstklem.³⁵ Zoals hiervoor vermeld, vinden wij ook dat een open norm meer flexibiliteit en beoordelingsvrijheid biedt aan de aandeelhouder. De valkuil is echter dat die open norm te weinig handvatten biedt voor concrete toepassing, en dat de norm zich in rechtspraak nog zal moeten ontwikkelen. De rechter kan pas achteraf toetsen ‘wat hierin redelijkerwijs haalbaar is’.³⁶

5.1.2 Het referentiepunt en de ‘inkleuring’ van de eerste open norm

Volgens de Aanzet kan worden gesteld dat wordt voldaan aan de (eerste) open norm als meer dan de helft van de winst is bestemd en wordt aangewend voor het maatschappelijk doel en uitkeringen als zodanig worden bestemd. De Aanzet spreekt uitdrukkelijk over een referentiepunt (‘naar kunnen en vermogen’),³⁷ niet over een absoluut percentage, en benoemt dat de hoogte van het percentage afhangt van de omstandigheden van het geval. Bijstelling van het percentage is bijvoorbeeld afhankelijk van de financiële situatie. Desondanks voorzien wij dat het referentiepunt in de praktijk al snel als ondergrens zal gaan gelden. Wij adviseren om in de memorie van toelichting bij de ‘inkleuring’ van het referentiepunt daarom uitdrukkelijk nader te belichten welke rol dit referentiepunt krijgt bij de beoordeling door de algemene vergadering welk percentage gereserveerd moet worden.

De open norm dwingt tot een extra beoordeling (naast de balanstest) voor de algemene vergadering. Er treedt bij deze beoordeling een spanning op tussen enerzijds het maatschappelijk doel en anderzijds het individuele belang van de aandeelhouder. Voor het bepalen van een (jaarlijks) referentiepunt zal het maatschappelijke winst- en reservebeleid (Beleid) ondersteuning bieden (zie ook par. 6).

Ter concretisering van de open norm kan worden gedacht aan een nadere uitwerking en toelichting van het referentiepunt. Wij zien graag voorbeelden terug van omstandigheden die aanleiding kunnen geven tot aanpassing van het percentage (tot winstuitkering/reservering), zoals toe- en afname van de winst, gewijzigde strategie en levensfase van de onderneming. Het lijkt ons redelijk dat (toekomstige) aandeelhouders in beginsel mogen afgaan op het Beleid.

5.1.3 De tweede open norm

Bij de beoordeling van de hiervoor besproken eerste open norm dient de algemene vergadering volgens de Aanzet te waken voor ‘de instandhouding en langetermijnbelangen van de BvM’.³⁸ Wij adviseren om deze zinsnede te schrappen, omdat ons inziens de beoordeling van deze norm een bestuurs-taak is. De wettelijke norm bepaalt dat bestuurders zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.³⁹

Het begrip ‘langetermijnbelangen’ uit de aanzet lijkt een parafraze van ‘langetermijnwaardcreatie’ uit de Nederlandse Corporate Governance Code.⁴⁰ Uit rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat het vennootschappelijk belang in de regel vooral wordt bepaald door het bevorderen van het bestendige

28. Deze gedachte houdt in dat niet winstmaximalisatie maar de maatschappelijke impact voorop wordt gesteld.

29. Aanzet, onderdeel 7.

30. Naast de bestaande balanstest zoals verwoord in art. 2:216 lid 1 BW.

31. L. Timmerman, Vennootschap en onderneming, WPNR 2021, afl. 7321, p. 309-310.

32. B. Kemp, Aandeelhouders, eigen belang en het vennootschappelijk belang: over de schijn van vrijheid en werkelijke grenzen, in: B. Kemp, H. Koster & C.A. Schwarz (red.), De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang. Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 87.

33. Aanzet, onderdeel Toelichting onderdeel 7, punt 5, p. 11.

34. Van Uchelen 2021, p. 724.

35. Aanzet onderdeel Toelichting onderdeel 7, punt 5, p. 11.

36. Aanzet, onderdeel Toelichting onderdeel 7, punt 3, p. 12.

37. Aanzet, Toelichting onderdeel 7, punt 7, p. 11.

38. Aanzet, Toelichting onderdeel 7.

39. Art. 2:239 lid 5 BW.

40. Principe 1.1 van de Nederlandse Corporate Governance Code.

succes van de onderneming.⁴¹ Deze tweede norm moet het bestuur – binnen de vervulling van zijn bestuurstaak – betrekken bij de raadgevende stem aan de algemene vergadering.⁴² De algemene vergadering kan vervolgens dat advies meewegen bij haar besluitvorming. Mocht de algemene vergadering het advies van het bestuur in de wind slaan en tot het oordeel komen dat het besluit tot winstbestemming en uitkering gerechtvaardigd is (na uitvoering van de balanstest en toetsing aan de eerste open norm), dan kan het bestuur zijn goedkeuring weigeren. Het bestuur kan de mening zijn toegedaan dat het maatschappelijk doel wordt belemmerd, bijvoorbeeld omdat reservering van winst noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de ‘langetermijnbelangen’.

Tot slot vragen wij ons af in hoeverre de tweede open norm niet al is verwerkt in de eerste open norm. Immers, als het maatschappelijk doel voorop wordt gesteld, moet de algemene vergadering daarbij ook betrekken in hoeverre korte- en langetermijnbelangen van de BvM gerealiseerd kunnen worden.

5.2 *Het goedkeuringsbesluit van het bestuur dat strekt tot uitkering*

Het bestuur weigert goedkeuring van een besluit dat strekt tot uitkering, indien ‘het meer dan gerede twijfel heeft of behoort te hebben dat die uitkering de BvM belemmert het maatschappelijk doel voorop te stellen’.⁴³ Deze norm in de BvM-wet vormt een uitbreiding van de bestaande weigeringsgrond van artikel 2:216 lid 2 BW (de uitkeringstest).

5.2.1 *Een (derde) open norm*

Deze open norm wijkt af van de eerste open norm bij de besluitvorming van de algemene vergadering. De algemene vergadering dient bij haar besluit tot vaststelling van de uitkeringen ‘het maatschappelijk doel voorop te stellen’, terwijl het bestuur toetst of ‘die uitkering de BvM belemmert het maatschappelijk doel voorop te stellen’. Feitelijk komen deze toetsen op dezelfde gedachte neer: het maatschappelijk belang staat voorop. De norm van de algemene vergadering is positief geformuleerd (doen), terwijl de norm van het bestuur negatief is geformuleerd (voorkomen). In de memorie van toelichting zou de wetgever de open norm van het bestuur nog kunnen toelichten in relatie tot de eerste open norm van de algemene vergadering. Wij adviseren om deze normen op elkaar te laten aansluiten, zodat een eenduidige (eerste en derde) open norm ontstaat.

5.2.2 *Gerede twijfel*

Het bestuur weigert zijn goedkeuring ‘indien het meer dan gerede twijfel heeft of behoort te hebben’.⁴⁴ Wij adviseren om het begrip ‘gerede twijfel’ te schrappen, aangezien niet duidelijk is wanneer het bestuur ‘gerede twijfel’ zal hebben.

Iedere bestuurder kan twijfelen over feiten en omstandigheden, en de een twijfelt meer dan de ander. Ons inziens is objectivering noodzakelijk, aangezien het bestuur beperkte mogelijkheden heeft tot meting van niet-financiële resultaten. Dit betekent dat een rechter de weigering van het bestuur uitsluitend kan beoordelen binnen de marges waarin het bestuur zijn onderzoek kan uitoefenen. Was een redelijk handelend bestuurder ook tot dezelfde afweging gekomen onder die feiten en omstandigheden? Ons inziens leiden de vaagheid van de weigeringsgrond en de mogelijk betrokken belangen tot een ruimte waarbinnen het bestuur een bepaalde vrijheid geniet een afweging te maken.⁴⁵

Het begrip ‘gerede twijfel’ zou kunnen worden vervangen door het thans bekende begrip ‘weet of redelijkerwijs behoort te voorzien’. Wij houden er rekening mee dat bij deze norm minder snel geweigerd hoeft te worden dan bij de voorgestelde norm. De nieuwe open norm vormt een uitbreiding van de weigeringsgrond zoals opgenomen in artikel 2:216 lid 2 BW in de BvM-wet. Aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval, ondersteund door de maatschappelijke verslaggeving en het Beleid, dient achteraf te worden vastgesteld wat op het moment van uitkeren redelijkerwijs voorzienbaar kon worden geacht. Uit de wetsgeschiedenis van artikel 2:216 lid 2 BW volgt dat het oordeel van de bestuurders in de tijd beperkt zal zijn tot een redelijke periode vanaf de uitkering, in de regel een jaar na de uitkering.⁴⁶ Deze termijn wordt aanvaardbaar geacht voor het maken van prognoses.⁴⁷

6 Maatschappelijk winst- en reservebeleid

6.1 *De bevoegdheid tot vaststelling van het maatschappelijk winst- en reservebeleid*

De Aanzet bepaalt dat de algemene vergadering op voorstel van het bestuur een Beleid vaststelt,⁴⁸ waarbij het maatschappelijk doel voorop moet worden gesteld. Het voeren van een vooraf kenbaar beleid heeft voordelen voor de betrokkenen bij de onderneming: het bestuur kan beter inschatten hoeveel financiële middelen er jaarlijks ter beschikking staan van de onderneming en een potentiële investeerder en aandeelhouder weet hoeveel rendement hij kan verwachten en hoeveel in de onderneming wordt geherinvesteerd. Daarnaast kan het Beleid de algemene vergadering en het bestuur helpen bij de ‘inkleuring’ van de open normen bij een besluit tot de winstbestemming en de vaststelling van de uitkeringen en de goedkeuring daarvan. Een uitkering in strijd met het Beleid kan onder omstandigheden leiden tot vernietigbaarheid van het uitke-

41. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797 (Cancun Holding I), r.o. 4.2.1.

42. Art. 2:227 lid 7 BW.

43. Aanzet, onderdeel 8.

44. Aanzet, onderdeel 8.

45. Deze open norm (‘een gerede twijfel’) leidt ook in de notariële praktijk tot lastige situaties, zie HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831 (Novitaris), r.o. 3.4.2 en H.W. Heyman, Notariële dienstverlening bij botsende rechten na HR 3 april 2015 (Novitaris), WPNR 2015, afl. 7067, p. 555-563.

46. Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3, p. 71.

47. Kamerstukken 2010/11, 32426, nr. 7, p. 27.

48. Aanzet, onderdeel 9.

ringsbesluit en – in een enquêteprocedure – ‘tot gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen’.⁴⁹

Aandeelhouders – maar zeker ook stakeholders – hebben belang bij het bestaan van een (actueel) Beleid. Indien geen duidelijke handvatten voor een Beleid (zie ook de open normen in par. 5) worden geïntroduceerd in de BVm-wet of de memorie van toelichting, zullen er conflicten kunnen ontstaan over de uitvoering van het Beleid. Wij bevelen daarom aan toezicht hierop in te stellen (zie ook par. 13).

De bevoegdheid tot vaststelling van het Beleid kan worden beperkt of toegekend aan een ander orgaan dan de algemene vergadering.^{50,51} De aansluiting op artikel 2:216 lid 1 tweede volzin BW kan de vraag oproepen of het orgaanbegrip van artikel 2:189a BW ook van toepassing is op het orgaanbegrip van de BVm-wet. De gedachte van artikel 2:189a BW was bij invoering van de flex-bv dat bepaalde belangrijke besluiten niet genomen zouden worden door een orgaan dat bestaat uit ‘buitenstaanders die weinig of geen binding met de vennootschap hebben en geen financieel risico lopen’.⁵² Het is van belang om in de BVm-wet of in de memorie van toelichting voor de duidelijkheid aan te geven dat dit niet het geval is. De BVm beoogt juist – in tegenstelling tot de BV – die ‘buitenstaanders’ meer te betrekken bij de onderneming.

6.2 De inhoud van het maatschappelijk winst- en reservebeleid

Het Beleid is een nader te bepalen gedragslijn die een onderbouwing geeft welk gedeelte van de winst wordt uitgekeerd en welk gedeelte wordt gereserveerd. De Aanzet bepaalt dat de BVm een Beleid opstelt dat voor ieder boekjaar een gemotiveerde inschatting bevat van:

- a. het deel van de te verwachten winst dat bestemd zal worden voor de verwezenlijking of bevordering van het maatschappelijk doel; en
- b. het deel van de te verwachten beschikbare reserves dat bestemd zal worden voor de verwezenlijking of bevordering van het maatschappelijk doel, het deel dat bestemd zal worden voor uitkeringen en het deel dat geschikt is voor beide.⁵³

Wij bevelen aan om in de BVm-wet te bepalen dat dit Beleid periodiek geëvalueerd dient te worden, zodat bepaald kan worden of de doelstellingen (nog) haalbaar zijn. De uitkomsten van die evaluatie kunnen worden meegenomen in de maatschappelijke verslaglegging (zoals verder besproken in par. 7).

49. Art. 2:15 lid 1 sub b en c jo. art. 2:8 en 2:350 lid 1 BW.

50. Aanzet, onderdeel 10.

51. Terzijde: het lijkt dat de Aanzet in onderdeel 10 een onvolkomenheid bevat door te vermelden ‘dan het bestuur’ in plaats van ‘dan de algemene vergadering’.

52. Kamersstukken II 2006/07, 31058, nr. 3, p. 42.

53. Aanzet, onderdeel 11.

6.3 Transparantie

In het kader van transparantie zal het bestuur het Beleid openbaar moeten maken.⁵⁴ Dit zou ons inziens kunnen op de website van de BVm (zoals bij de anbi).^{55,56}

6.4 Stakeholdersbeleid

Een stakeholdersbeleid is volgens de Aanzet niet verplicht. Gelet op de achtergrond van de BVm en de maatschappelijke roep om transparantie, adviseren wij om dit punt te heroverwegen en een stakeholdersbeleid wel verplicht te stellen. Kenmerkend voor de maatschappelijke onderneming is namelijk dat de stakeholders actief worden betrokken bij de onderneming. In het stakeholdersbeleid legt de onderneming de rechten van de stakeholders vast. Door betrokkenheid van stakeholders wordt het draagvlak voor het maatschappelijk handelen door de BVm vergroot. Het bestuur kan daardoor het beleid⁵⁷ en de strategie van de onderneming beter afstemmen op de stakeholders van de onderneming.

Eerder hebben wij voorgesteld dat aan stakeholders bepaalde rechten kunnen worden toegekend.⁵⁸ Door in de BVm-wet in ieder geval een lijst op te nemen voor belangrijke besluiten (bijvoorbeeld besluiten op grond van art. 2:107a BW en besluiten die leiden tot een structuurwijziging) waarvoor voorafgaand overleg met de stakeholders nodig is (en die in de statuten van de BVm – eventueel met uitbreiding – zelfs omgezet kan worden in een goedkeuringslijst), krijgt de BVm een stevigere maatschappelijke inbedding. Daarbij blijft de gewenste flexibiliteit bestaan, maar worden stakeholders meer centraal gesteld. Wij zouden ook graag terugzien dat het bestuur bijvoorbeeld eenmaal per jaar de stakeholders van de BVm consulteert over de gang van zaken binnen de onderneming.

Een toelichting op het begrip stakeholders in de memorie van toelichting zal de praktijk handvatten bieden. Daarbij dient ook aandacht te worden besteed aan het begrip ‘belanghebbenden’, dat een beperktere reikwijdte lijkt te hebben.⁵⁹ Indien stakeholders geen rechtstreekse invloed kunnen krijgen binnen de BVm, zal een maatschappelijke onderneming zich wellicht genooddacht voelen om bijvoorbeeld een complexe stichting-BVm-structuur op te zetten.⁶⁰ De doelstelling van de

54. Aanzet, onderdeel 12.

55. Art. 1a lid 1 sub j Uitvoeringsregeling AWR.

56. Het zou ook mogelijk moeten zijn dat het Beleid gepubliceerd kan worden op een website van een koepelorganisatie van BVm's in een bepaalde branche. Zie voor anbi's de volgende website: www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/belastingdienst/zakelijk/bijzondere_regelingen/goede_doelen/algemeen_nut_beogende_instellingen/gegevens_van_een_anbi_publiceren_op_een_internetsite/.

57. Dit betreft niet louter het maatschappelijke winst- en reservebeleid, maar een breder begrip.

58. Zillikens-Loos, Crul & Schriemer 2020, p. 247.

59. Garcia Nelen stelt – kort gezegd – voor dat de stakeholders kunnen worden geïdentificeerd door na te gaan jegens welke personen een zorgvuldigheidsplicht bestaat, zie S.B. Garcia Nelen, *De beursvennootschap, corporate governance en strategie*, Deventer: Wolters Kluwer, par. 5.3.

60. Zie nader uitgewerkt in Zillikens-Loos, Crul & Schriemer 2020, p. 249-250.

BVm-wet is juist om ingewikkelde structuren te voorkomen en te beperken.

7 Verslaglegging maatschappelijke resultaten

Volgens de Aanzet krijgt de BVm de verplichting om jaarlijks door verslaglegging inzicht te verschaffen in de door de BVm gerealiseerde maatschappelijke waarde over het afgelopen boekjaar. Dit zal – afhankelijk van de grootte van de BVm – plaatsvinden door het opstellen van een maatschappelijk jaarverslag of een maatschappelijke paragraaf in het bestuursverslag (Verslag). Maatschappelijke verslaglegging is kenmerkend voor een maatschappelijke onderneming en ondersteunt de zichtbaarheid van de impact die de bedrijfsactiviteiten hebben op mens, milieu en maatschappij. De uitvoering van het beleid, het (eventuele) bezoldigingsbeleid, de activiteiten ten aanzien van stakeholders en de behaalde impact kunnen worden opgenomen in het Verslag. Alhoewel de Sustainable Development Goals (SDG's) volgens de Aanzet in het wetsvoorstel geen rol krijgen bij de maatschappelijke doelstelling van de BVm,⁶¹ kan de BVm er wel voor kiezen in haar Verslag op te nemen in hoeverre zij bijdraagt aan het behalen van de SDG's.

Op dit moment bestaat er nog geen nationaal of internationaal raamwerk of standaard voor maatschappelijke verslaglegging. De meetbaarheid van niet-financiële prestaties is minder eenvoudig dan die van de financiële prestaties waarvoor reeds (jarenlang) bestaande en ontwikkelde nationale en internationale normen gelden.⁶² Wij adviseren om in de memorie van toelichting uitgebreid te motiveren waarom bepaalde standaarden en/of onderwerpen al dan niet moeten worden opgenomen in het Verslag.

8 Deelnemingen, dochtermaatschappijen en groepsverbanden

Uit de Aanzet blijkt dat in de BVm-wet niets wordt opgenomen over deelnemingen, dochtermaatschappijen en de groep in relatie tot de BVm. Er wordt wel aandacht besteed aan de vereisten die worden gesteld aan een deelneming door de BVm. Het doel, de statuten en de activiteiten van de BVm-dochter mogen niet in strijd zijn met het statutaire doel van de BVm. Het lijkt ons echter wel wenselijk dat een BVm-dochter een ander maatschappelijk doel mag nastreven dan haar BVm-moeder.

Onduidelijk is hoe zal worden omgegaan met het onderbrengen van de feitelijke werkzaamheden van de BVm bij een BVm-dochter. Bij anbi's wordt een 'doorkijkbenadering' (de gedachte dat de werkzaamheden van het hele concern voorwerp van de beoordeling zijn) niet aangenomen, aangezien dit in strijd is met het wettelijke kader van artikel 5b lid 3 sub e en

f Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR).⁶³ Het verdient aanbeveling om hier voor BVm's nog nader aandacht aan te besteden. Als een BV bijvoorbeeld alleen maar BVm-dochters heeft, lijkt het aannemelijk dat deze (houdster-)BV zelf ook moet kunnen kwalificeren als BVm en dat derhalve een doorkijkbenadering wel mogelijk is.

9 Fusie en splitsing

De Aanzet creëert bij fusie en splitsing met een verkrijgende rechtspersoon die geen BVm is een extra mogelijkheid voor belanghebbenden om in verzet te komen tegen het voorstel tot fusie of splitsing (BVm-verzet).^{64,65} Belanghebbenden kunnen immers bewust hebben gekozen voor bijvoorbeeld het investeren in of het aangaan van een contract met een BVm en er bezwaar tegen hebben als de waarborgen die verbonden zijn aan de BVm door fusie of splitsing komen te vervallen. Bij een fusie of splitsing waarbij de verkrijgende rechtspersoon een BVm is met een ander maatschappelijk doel dan de fuserende of splitsende BVm bestaat deze extra verzetsmogelijkheid niet. De vraag is of dat terecht is. Immers, een investeerder zal in het algemeen geïnteresseerd zijn in een specifiek maatschappelijk doel van een BVm en daarom hebben geïnvesteerd in deze BVm. In de praktijk zal een doel van een BVm waarschijnlijk niet geheel wijzigen maar slechts in enige mate, zodat ons inziens vanuit praktische overwegingen een extra verzetsrecht voor belanghebbenden hier toch achterwege kan blijven.

De vraag is wie als 'belanghebbenden' in de zin van deze bepaling kunnen worden aangemerkt. In de toelichting wordt aangegeven dat belanghebbenden in de zin van dit extra verzetsrecht onder meer zijn: '(impact-)financiers, leveranciers, opdrachtverleners en andere partijen'.⁶⁶ Dit zal in de toelichting met voorbeelden kunnen worden verduidelijkt, zodat het daarmee werkbaar wordt voor de praktijk en een verklaring van geen (BVm-)verzet snel en eenvoudig kan worden afgegeven. Daarbij zou ook kunnen worden vermeld in hoeverre door de rechter kan worden aangesloten bij de bestaande jurisprudentie ten aanzien van het belanghebbendebegrip.⁶⁷ De rechtbank zal in geval van de indiening van BVm-verzet immers eerst moeten vaststellen of het een belanghebbende in de zin van dit artikel betreft.

61. Aanzet, p. 9.

62. L.J.M. Baks, J.B.S. Hijink & S. Rietveld, Duurzaamheidsverslaggeving in een hogere versnelling. Laveren tussen wereldwijde convergentie en 'Europe first', *Ondernemingsrecht* 2021/34.

63. Hof Den Haag 20 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:270, r.o. 5.4.2.

64. Voor de goede orde: dit begrip komt niet terug in de Aanzet, maar introduceren wij in dit artikel.

65. Deze verzetsmogelijkheid geldt dus naast de al in Boek 2 BW geregelde verzetsmogelijkheid voor schuldeisers bij fusie en splitsing (art. 2:316 lid 2 en 2:334 lid 1 BW).

66. Aanzet, Toelichting onderdeel 16 t/m 21, p. 21.

67. Zie HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8290 over de tweedekringing. De eerste kringing wordt gevormd door degenen die door de uitkomst van de procedure zodanig in een eigen belang worden getroffen dat zij daarin behoren te mogen opkomen ter bescherming van dat belang. De tweede kringing bestaat uit degenen die anderszins zo nauw betrokken zijn (geweest) bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen in de procedure te verschijnen.

Het verzet tegen een voorstel tot fusie of splitsing door een belanghebbende wordt toegewezen als 'er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat het voorstel strijdig is met het maatschappelijk doel van de BVm of 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'.⁶⁸ In de praktijk zal moeten blijken hoe de rechter deze toetsingsmaatstaf invult. De jurisprudentie omtrent gegrondverklaring van verzet bij fusie en splitsing op basis van Boek 2 BW geeft hier geen uitkomst, omdat de rechter bij het BVm-verzet op heel andere gronden moet toetsen.

In de toelichting wordt vermeld dat de rechter partijen bij de fusie of splitsing bij tijdig ingediend verzet kan bevelen om het voorstel tot fusie of splitsing zodanig aan te passen dat het vermogen dat bij de fusie of splitsing overgaat uitsluitend mag worden besteed aan het maatschappelijk doel van de gefuseerde of gesplitste BVm, en dat voor wijziging van de statuten op dit onderdeel rechterlijke machtiging nodig is.⁶⁹ Dit betekent dat de rechter in de praktijk wellicht met een soort vermogensklem zal gaan werken in gevallen waarin er risico is dat vermogen dat is opgebouwd binnen een BVm aan het maatschappelijk doel onttrokken wordt.⁷⁰ De vermogensklem wordt daarmee niet in de wettelijke regeling opgenomen, maar kan door de rechter worden opgelegd in de gevallen waarin de rechter dat nodig oordeelt, en alleen indien er verzet wordt aangetekend en er dus de vrees bestaat dat er vermogen wordt onttrokken aan het maatschappelijk doel. Hierdoor is meer maatwerk mogelijk en wordt niet automatisch bij iedere fusie of splitsing waarbij de verkrijger niet een BVm is een vermogensklem van toepassing. Nu de vermogensklem in de praktijk veel vragen oproept en administratieve lasten met zich meebrengt – denk bijvoorbeeld aan investeringen en zaaksvervanging – is het ons inziens goed dat de Aanzet niet klakkeloos voor iedere overgang van vermogen naar een niet-BVm een vermogensklem oplegt. Aan de andere kant zien wij uiteraard ook een potentieel risico van misbruik in de gevallen waarin geen verzet wordt aangetekend. In paragraaf 13 betogen wij dat tussentijds toezicht ook hierop zou kunnen zien.

10 Beëindiging toepasselijkheid anders dan door fusie en splitsing

10.1 Bestuursbesluit tot beëindiging toepasselijkheid BVm-wet

Door het bestuur van een BVm kan volgens de Aanzet worden besloten tot het beëindigen van de toepasselijkheid van de BVm-wet. Dit besluit moet door het bestuur ten kantore van

de rechtspersoon worden neergelegd en in een landelijk verspreid dagblad worden aangekondigd.⁷¹

10.2 Aankondiging in landelijk verspreid dagblad

Het is bij de beëindiging van de toepasselijkheid van de BVm-wet de vraag of een aankondiging in een landelijk verspreid dagblad voldoende is om het beoogde doel te bereiken. In de literatuur is over de aankondiging in een landelijk verspreid dagblad al eerder opgemerkt dat deze aankondiging materieel geen betekenis heeft, aangezien schuldeisers niet dagelijks alle landelijk verspreide dagbladen in de gaten zullen houden.⁷² In plaats van deze aankondiging, of in aanvulling daarop, kan het bestuur van een BVm bijvoorbeeld ook worden verplicht om de stakeholders te informeren over het voornemen tot het beëindigen van de BVm-status. Ook kan op het uittreksel van de BVm bij het handelsregister worden gemeld dat het voornemen bestaat tot beëindiging van de BVm-status (denk daarbij aan de 'in liquidatie'-status bij een ontbonden rechtspersoon die nog niet heeft opgehouden te bestaan).

10.3 Verzet

Elke belanghebbende mag volgens de Aanzet in verzet komen tegen het besluit tot beëindiging van de toepasselijkheid van de BVm-wet, welk verzet door de rechtbank wordt toegewezen 'indien er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat het besluit strijdig is met de voortgezette toepasselijkheid van de BVm-wet op de BV'.⁷³ Deze toetsingsmaatstaf is erg vaag. Het is niet duidelijk of bijvoorbeeld (niet-)financiële omstandigheden of andere omstandigheden de doorslag zullen geven.⁷⁴ Het is aan te bevelen om de invulling van deze maatstaf nader toe te lichten, bijvoorbeeld in de memorie van toelichting.

10.4 Meerderheid aandeelhoudersbesluit

Evenals bij de verkrijging van de BVm-status, kan ook bij beëindiging van de toepasselijkheid van de BVm-wet worden aangesloten bij de vereisten voor omzetting.⁷⁵ Een alternatief is dat de BVm-wet bijvoorbeeld bepaalt dat het bestuursbesluit tot beëindiging van de toepasselijkheid van de BVm-wet

71. Aanzet, onderdeel 22.

72. Zie bijv. R.H. Maatman, Verlos ons van het landelijk verspreid dagblad!, WPNR 1996, afl. 6250, p. 930-932, H. ten Voorde, Drie stellingen. Deponering, publicatie en verzet, WPNR 2007, afl. 6703, p. 243-245, R.H. Maatman, Commissie Modernisering Beleggingsinstellingen: transparantie en governance, Ondernemingsrecht 2005/42, G.C. van Eck & E.R. Roelofs, Richtlijn 2009/109/EG tot wijziging van de Tweede, Derde, Zesde en Tiende richtlijn en het Wetsvoorstel 32 038, Ondernemingsrecht 2010/18, H. Koster, Enkele gedachten over de ontbinding van rechtspersonen, WPNR 2017, afl. 7162, p. 681-689 en J. van der Kraan, De groepsvrijstelling van art. 2:403 BW, enkele actualiteiten en aandachtspunten, TOP 2018/165. Zie ook Van Dooren, die in ander verband (de 403-verklaring) een notificatiesysteem voorstelt waardoor publicatie in een landelijk verspreid dagblad niet meer nodig zou zijn, zie E.A. van Dooren, De aansprakelijkheid op grond van een 403-verklaring (diss. Utrecht; IVOR nr. 122), Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 8.5.2.

73. Aanzet, onderdeel 23.

74. Zie ook par. 9 bij fusie en splitsing.

75. Art. 2:18 lid 2 sub a BW.

68. Aanzet, onderdeel 17, p. 20.

69. Aanzet, Toelichting onderdeel 16 t/m 21, p. 22.

70. Men zou dit als een analoge toepassing van art. 2:18 lid 6 BW kunnen zien.

vooraf moet worden goedgekeurd door de algemene vergadering met een versterkte meerderheid.

11 Overschot bij ontbinding

11.1 Overschot na vereffening

Bij de ontbinding van een BVm moet het overschot na vereffening worden bestemd voor een andere BVm of voor een andere rechtspersoon die een ideëel of sociaal doel nastreeft.⁷⁶ Het is gewenst om bij beëindiging van de BVm-status misbruik van het met deze status opgebouwde vermogen te voorkomen. Het is bijvoorbeeld mogelijk om voor een beoogde ontbinding eerst de BVm-status te beëindigen, vervolgens de statuten te wijzigen (waaronder de bepaling over de bestemming van het overschot) en daarna ongelimiteerd (binnen de grenzen van Boek 2 BW) het vermogen dat als BVm is opgebouwd uit te keren.

Misbruik kan bijvoorbeeld worden ontmoedigd doordat de BVm-wet bepaalt dat vermogen dat binnen een BVm is opgebouwd pas na een bepaalde periode (bijvoorbeeld drie jaar) na beëindiging van de BVm-status mag worden uitgekeerd (de uitlooperperiode).⁷⁷ Als de oud-BVm binnen deze periode wordt ontbonden, moet het vermogen alsnog worden besteed conform de bepaling als opgenomen in de BVm-wet. Deze uitlooperperiode kan door de notaris in de akte van statutenwijziging worden opgenomen als een overgangsbepaling.

11.2 Informatieverplichting oud-BVm

Ook kan in de BVm-wet een extra informatieverplichting worden opgenomen na beëindiging en bij verlies van de BVm-status, ter waarborging van het gebruik van in de BVm opgebouwd vermogen.

De oud-BVm kan bijvoorbeeld worden verplicht extra gegevens op te nemen in het bestuursverslag. Deze gegevens zouden dan betrekking moeten hebben op:

1. de hoogte van het eigen vermogen na beëindiging van de BVm-status;
2. het verloop van het vermogen vanaf het moment dat de BVm-status is beëindigd; en
3. de uitgaven ten behoeve van de doelstelling van de oorspronkelijke BVm.

Deze informatieverplichting kan na een periode van bijvoorbeeld drie jaar na beëindiging van de BVm-status vervallen (na de uitlooperperiode).

Een dergelijke informatieverplichting komt ook in de anbi-regeling voor. Een voormalige anbi moet na het verlies van de anbi-status de Belastingdienst jaarlijks informeren over onder

76. Dit onderwerp vloeit deels voort uit de regeling voor de stichting (art. 2:285 lid 3 BW) en deels uit de regeling voor de anbi (art. 1a lid 1 sub h Uitvoeringsregeling AWR 1994).

77. Voor de goede orde: dit begrip komt niet terug in de Aanzet, maar introduceren wij in dit artikel.

andere gedane schenkingen en het verloop van het anbi-vermogen.⁷⁸

12 Toegang enquêteprocedure ondernemingskamer

Uit de Aanzet blijkt dat een stichting of vereniging die aan bepaalde voorwaarden voldoet, bevoegd is een enquêteverzoek in te dienen om een onderzoek te laten instellen naar het beleid en de gang van zaken van een BVm in relatie tot het maatschappelijk belang dat uit de statuten van die BVm blijkt. Dit verzoek wordt ingediend bij de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam (OK). Voorts speelt hier de vraag of de drempel die is opgenomen in de Aanzet ('een stichting of een vereniging die collectieve belangen van anderen behartigt')⁷⁹ met betrekking tot de toegang tot de enquêteprocedure niet moet worden verruimd.⁸⁰ Daarbij denken wij met name aan mogelijkheden voor stakeholders om een enquêteverzoek in te dienen. Er moet dan worden nagedacht over de criteria om te bepalen welke stakeholders (bijvoorbeeld qua grootte of omzet) een verzoek kunnen indienen. Aan de andere kant is het niet gewenst dat toegang tot de OK zo eenvoudig is dat de OK wordt overspoeld met procedures over BVm's. Overigens zijn ook degenen die in Boek 2 BW⁸¹ zijn opgesomd, bevoegd een enquêteverzoek in te dienen naar het beleid en de gang van zaken van een BVm. De in de Aanzet in het kader van een enquêteprocedure vermelde 'relatie tot het maatschappelijk belang dat in de statuten van die BVm is neergelegd' kan naar ons idee zeker aan de orde worden gesteld.

In de BVm-wet kan ook worden opgenomen dat in de statuten van de BVm of bij overeenkomst met de BVm aan bepaalde belanghebbenden en/of stakeholders de bevoegdheid wordt gegeven tot het indienen van het in de Aanzet bedoelde enquêteverzoek.⁸² Dit kan in de BVm-wet ook als verplichting worden opgenomen voor BVm's die aan bepaalde criteria voldoen (bijvoorbeeld qua grootte of omzet).⁸³

13 Tussentijds toezicht

Zoals wij eerder hebben signaleerd, moet er ook worden nagedacht over de vraag of er tussentijds toezicht moet zijn op het (ook in de praktijk) blijven voldoen aan de voorwaarden voor de BVm-status.⁸⁴ In de Aanzet wordt aangegeven dat '[i]n het vennootschapsrecht geen sprake [is] van bestuursrechtelijk toezicht op de naleving, maar kunnen partijen naar

78. M.M.F.J. van Bakel & S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, *Instellingen van algemeen en sociaal belang*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 107-109 en art. 75 lid 1 Successiewet 1956 jo. art. 10e Uitvoeringsbesluit Successiewet 1956 jo. art. 53 lid 2 en 3 AWR.

79. Aanzet, p. 26.

80. Zie in ander verband K. van Vught, *De rechtspersoon wikt, de rechter beschikt? Over de rechter die voor de rechtspersoon besluiten neemt* (II, slot), WPNR 2019, afl. 7421, p. 442.

81. Art. 2:346 lid 1 BW.

82. Naar analogie van art. 2:346 lid 1 sub e BW.

83. Een dergelijke verplichte statutaire toekenning van enquêterecht ziet men bijv. terug bij zorginstellingen (zie art. 6.2 Uitvoeringsbesluit Wet toelating zorginstellingen).

84. Zillikens-Loos, Crul & Schriemer 2020, p. 252.

de rechter (...) stappen om verkeerd handelen van rechtspersonen te corrigeren'.⁸⁵ Hierbij wordt verwezen naar de mogelijkheden die het enquêterecht (uit Boek 2 BW en de BVm-wet) biedt of zal bieden. De Aanzet biedt dus geen extra regeling voor tussentijds toezicht of de BVm zich aan de bepalingen in de BVm-wet houdt. De vraag is natuurlijk ook door wie een dergelijke tussentijdse toetsing zal worden uitgevoerd. Bij een statutenwijziging van de BVm kan de notaris beoordelen of de statuten (nog) voldoen aan de BVm-wet, maar dit onderzoek strekt zich niet uit tot de feitelijke werkzaamheden, de financiële situatie, het Verslag en het Beleid.

Bij grote BVm's wordt een accountantsverklaring afgegeven bij de jaarrekening en het bestuursverslag en vormt het Verslag dus reeds onderwerp van onderzoek.⁸⁶ Mogelijk zou de accountant bij deze verklaring ook kunnen controleren op het bestaan en de inhoud van een Beleid. Voor micro- en kleine BV's – die volgens recent onderzoek het grootste gedeelte van de maatschappelijke ondernemingen vormen⁸⁷ – bestaat geen verplichte accountantscontrole.⁸⁸ Wij achten enige mate van controle wel wenselijk. Daarom zouden wij graag zien dat dit punt nader wordt beargumenteerd en desgewenst wordt heroverwogen. Wij realiseren ons dat een verplichte accountantsverklaring bij micro- en kleine BV's kostenverhogend werkt, maar achten een gerechtvaardigd maatschappelijk vertrouwen in de BVm van groot belang. Indien geen toezicht op de BVm wordt ingesteld, is de werkelijke impact van BVm's minder goed controleerbaar.⁸⁹ Zoals opgemerkt in paragraaf 4.4, zouden de hiervoor genoemde werkzaamheden van de accountant ook belegd kunnen worden bij een aparte toezichtsorganisatie. Wij denken aan het beleggen van taken bij (een nieuwe afdeling van) de Kamer van Koophandel, die immers al een rol gaat vervullen bij de BVm, of een afzonderlijke (private) organisatie.

14 Slotopmerkingen

Wij zijn verheugd dat het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat de Aanzet heeft opgesteld. Een wettelijke verankering van de maatschappelijke status is een positieve ontwikkeling voor maatschappelijke ondernemingen die worden gedreven in een BV-vorm. De in de Aanzet beschreven regeling draagt bij aan de herkenning en erkenning van deze ondernemingen.

Per onderwerp hebben wij verschillende voorstellen gedaan voor nadere uitwerking en verduidelijking van voorgestelde regels, normen en begrippen. De wetgever zal steeds een afweging moeten maken tussen enerzijds de lastenverzwaring door (extra) regels in de BVm-wet naast de al in de Aanzet opgenomen regels en anderzijds de maatschappelijke belangen

die daarmee worden gediend (van bijvoorbeeld stakeholders). Ook bij de vraag of (tussentijds) toezicht op BVm's moet worden geregeld in de BVm-wet, moet hiermee rekening worden gehouden.

Wij zijn benieuwd naar het wetsvoorstel. Het ziet ernaar uit dat de maatschappelijke onderneming in BV-vorm binnenkort haar nieuwe juridische jas kan aantrekken.

85. Aanzet, Toelichting onderdeel 29, p. 26.

86. Een rechtspersoon waarvoor art. 2:395a lid 1 tot en met 3, of art. 2:396, lid 3 tot en met 9, niet geldt.

87. Social Enterprise Monitor 2019, p. 10.

88. Art. 2:395a en 2:396 BW.

89. Hoewel de anbi een fiscale achtergrond kent, zijn deze organisaties wel onderworpen aan toezicht en controle van de Belastingdienst.