

Sociale ondernemingen in Nederland: is het BV-recht nog flexibel genoeg?

1. Inleiding

In de huidige tijd wordt in toenemende mate een beroep gedaan op de maatschappelijke verantwoordelijkheid van ondernemers,¹ waarbij duurzaam ondernemen² onverminderd van belang is. Niet alleen grote beursvennootschappen maar ook ondernemingen in het midden- en kleinbedrijf geven zich rekenschap van sociale en milieubelangen en houden daarmee rekening in hun beleid. Ondernemingen die zichzelf 'sociale onderneming' noemen gaan daarbij nog een stapje verder: zij streven een maatschappelijk doel na en stellen daarbij niet het maken van winst, maar positieve maatschappelijke impact voorop.³ Het zijn bijvoorbeeld ondernemingen die mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt een kans geven op werk, voedselverspilling tegengaan, streven naar verbetering van de zorg of innovatieve oplossingen bieden in verband met klimaatverandering. Ook naar aanleiding van de coronacrisis springen sociale ondernemingen in op maatschappelijke vragen en behoeften.⁴

Volgens diverse onderzoeken is het aantal sociale ondernemingen in Nederland in de afgelopen jaren toegenomen.⁵ Meestal wordt gebruik gemaakt van de BV,⁶ maar deze rechtsvorm lijkt soms te wringen, terwijl de stichting evenmin geschikt is. In een aantal rapporten is opgemerkt dat sociale ondernemingen een gebrek aan herkenning ervaren omdat BV's worden gezien als puur commerciële organisaties en stichtingen als ideële organisaties.⁷ In de literatuur is al een tijdje geleden de vraag opgekomen of het BV-recht moet worden aangepast teneinde tegemoet te komen aan de wensen van sociale ondernemingen.

Ook de politiek heeft aandacht voor sociale ondernemers. Zo staat in het regeerakkoord van het kabinet Rutte III:

“er komen passende regels en meer ruimte voor ondernemingen met sociale of maatschappelijke doelen met behouden van een gelijk speelveld.”⁸



Mr. dr. M.J. van Uchelen-Schipper*

* Docent aan de Universiteit van Amsterdam en adviseur/kandidaat-notaris bij Houthoff. (m.j.vanuchelen@uva.nl) / (m.van.uchelen@houthoff.com)

1. Zie hierover H.J. de Kluiver, 'Kroniek van het ondernemingsrecht', *NJB* 17 april 2020, afl 15. Zie over de verantwoordelijkheid van bestuurders en commissarissen om de vennootschap als een *responsible corporate citizen* aan het maatschappelijk verkeer deel te laten nemen: J.W. Winter, J.M. de Jongh, e.a., 'Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoorde deelname aan het maatschappelijk verkeer', *Ondernemingsrecht* 2020/86 ('Winter, De Jongh, e.a. 2020').
2. Duurzaamheid kan daarbij als een ruim begrip worden gezien en omvat niet alleen het in acht nemen van milieubelangen, maar ook bestrijding van corruptie en omkoping, eerbiediging van mensenrechten (waaronder uitbanning van kinderarbeid), het bieden van voldoende werkgelegenheid aan een brede groep mensen, evenwichtige beloning en diversiteit in het bestuur en raad van commissarissen.
3. De 'impactgebieden' van sociale ondernemingen die Social Enterprise NL heeft geformuleerd en gerubriceerd zijn: arbeidsparticipatie, verbeteren van de zorg, verhogen van sociale cohesie, circulaire en duurzame productie, energietransitie, voedseltransitie en duurzame internationale productieketen (*fair chain*).
4. Zo is bijvoorbeeld in april 2020 Mondmaskerfabriek BV opgericht. De Mondmaskerfabriek fabriceert mondmaskers in Nederland in plaats van deze uit het buitenland te halen. De Mondmaskerfabriek is een initiatief van onder meer de Refugee Company, die statushouders een kans biedt om werkervaring op te doen.
5. Zie onder meer het onderzoeksrapport van McKinsey 'Scaling the impact of the social enterprises sector', 2016. Volgens dit onderzoek kent Nederland tussen de 4.000-6.000 social enterprises. Zie ook het onderzoeksrapport 'Stimuleren van (h)erkenning van sociale ondernemingen' van KPMG en Nyenrode Business Universiteit in opdracht van het ministerie van Economische Zaken en Klimaat, Den Haag: maart 2020 ('KPMG/Nyenrode-Rapport'), p. 7, waar ook wordt verwezen naar andere onderzoeksrapporten. Zie J.M. de Jongh, 'Naar een nieuwe variant van de BV?', *Ondernemingsrecht* 2018/121 ('De Jongh 2018').
6. Aldus Social Enterprise NL, zie <https://www.social-enterprise.nl/over-social-ondernemen/wat-zijn-het>.
7. KPMG/Nyenrode-Rapport, p. 11. Ook de SER concludeert dat een deel van de sociale ondernemingen een tussenvorm zoekt tussen enerzijds de maatschappelijke uitstraling van de traditionele non-profitorganisaties en anderzijds de commerciële uitstraling van de traditionele for-profitorganisaties, Sociaal-Economische Raad, 'Sociale ondernemingen: een verkennend advies', advies 15/03 mei 2015, p. 71.
8. Bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 34 700, 34.

Onlangs, op 10 juli 2020, heeft de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat in een brief aan de Tweede Kamer aangekondigd dat het kabinet een wettelijke regeling voorbereidt die ondernemers de mogelijkheid biedt om te kiezen voor een maatschappelijke BV, een 'BVm'.⁹ De juridische vormgeving daarvan is nog niet bekend, maar de Staatssecretaris schrijft dat het zal gaan om

“een wettelijke regeling van civielrechtelijke aard waarvan de naleving in handen is van belanghebbenden die zich tot de burgerlijke rechter kunnen wenden.”

In de brief is te lezen dat de regeling niet zal zien op een in het Burgerlijk Wetboek te regelen modaliteit van de BV, maar op een *lex specialis*. Begrijp ik het goed dan worden in het – nog te verschijnen – conceptwetsvoorstel voorwaarden gesteld aan de inrichting en de statuten om de aanduiding “maatschappelijke BV” te kunnen voeren.¹⁰ De brief roept veel vragen op, waarvan ik er een aantal aan het eind van dit artikel zal aanstippen.

In dit artikel richt ik mij primair op de vraag welke ruimte, maar ook welke beperkingen het huidige BV-recht kent voor sociale ondernemingen.¹¹ De opbouw van dit artikel is als volgt. Allereerst wordt nagegaan wat de kenmerken van een sociale onderneming zijn (par. 2). Vervolgens wordt ingegaan op wettelijke regelingen voor sociale ondernemingen in het buitenland, in het bijzonder in België, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk, en wordt de B Corp omschreven (par. 3). Daarna komen aan de orde: de uitgangspunten van het huidige Nederlandse BV-recht (par. 4), het BV-recht in relatie tot het maatschappelijke doel (par. 5) en het BV-recht in relatie tot winstbestemming voor dat maatschappelijk doel (par. 6). Ik eindig met aandachtspunten in verband met de aangekondigde wettelijke regeling (par. 7) en conclusies (par. 8).

2. Definitie en kenmerken van de sociale onderneming

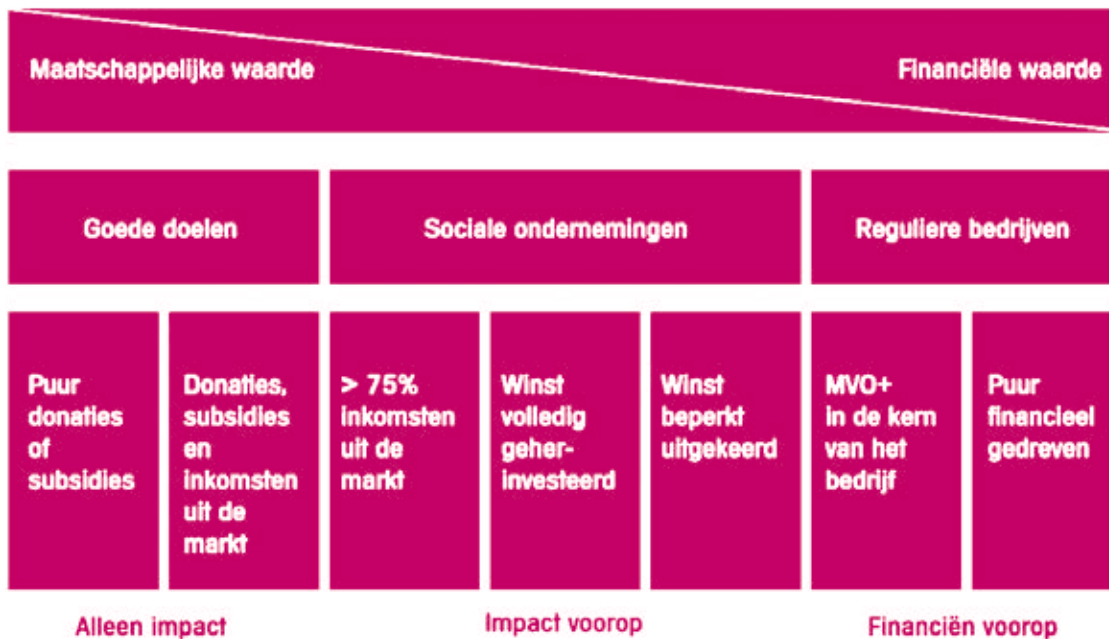
De OECD verwoordt *social entrepreneurship* als volgt:

*“It is the entrepreneurship that has as main goal to address pressing social challenges and meet social needs in an innovative way while serving the general interest and common good for the benefit of the community. In a nutshell, social entrepreneurship targets to social impact primarily rather than profit maximisation in their effort to reach the most vulnerable groups and to contribute to inclusive and sustainable growth.”*¹²

De Social Business Initiative van de EU hanteert een bredere definitie, waarin te lezen is dat een social enterprise beperkingen dient te hebben ten aanzien van winstuitkeringen (een vermogens- en dividendklem) en dat belanghebbenden in het governance-model van de sociale onderneming betrokken moeten worden.¹³

In Nederland worden diverse definities van de “sociale onderneming” gehanteerd. De Staatssecretaris van EZK verwijst in haar brief van 10 juli 2020 naar een definitie uit een rapport van KPMG en Nyenrode, die luidt als volgt:

9. Brief ‘Kabinetsinzet Sociaal Ondernemen’ van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 10 juli 2020 (‘Brief Staatssecretaris EZK 2020’). De Staatssecretaris wil, in navolging van het advies van KPMG, voortaan spreken over een ‘maatschappelijke onderneming’ in plaats van ‘sociale onderneming’. De term “sociale onderneming” is volgens de Staatssecretaris een (te) letterlijke vertaling van het Engelse *social enterprise* en leidt tot een te beperkte interpretatie. Ik hanteer in dit artikel wel de term “sociale onderneming” omdat deze in lijn is met de term in diverse rapporten en omdat deze term verwarring voorkomt met de maatschappelijke onderneming die werd voorgesteld in het - in 2009 verschenen en in 2012 ingetrokken - ‘Wetsvoorstel maatschappelijke onderneming’ (*Kamerstukken II 2008/09, 32 003, nr. 2*). Dit betrof een voorstel tot wijziging van Boek 2 BW waarbij de maatschappelijke onderneming een modaliteit voor de vereniging of stichting was.
10. Volgens de Brief Staatssecretaris EZK 2020 gaat het om “een *lex specialis* waarin ten minste het volgende zal worden geregeld: een set van voorschriften waaraan de inrichting van de ondernemingen en de statuten moeten voldoen; één of meer bepalingen die zien op het kunnen voeren van de aanduiding ‘maatschappelijke BV’; een of meer bepalingen die zien op registratie van de maatschappelijke BV in het Handelsregister.”
11. Wat betreft fiscale belemmeringen, zoals de ANBI-status, zie: P.A. Anthoni, M.M.F.J. van Bakel en M. Tydeman-Yousef, ‘De social enterprise als ANBI?’, *WFR 2019/178* (‘Anthoni, Van Bakel en Tydeman-Yousef 2019’). Ik ga in dit artikel slechts in op juridische aspecten.
12. Definitie OECD <http://www.oecd.org/cfe/leed/social-entrepreneurship-oecd-ec.htm>.
13. Zie hierover ook EU-Rapport 2020, p. 28. De definitie van de Europese Commissie is als volgt: “A *social enterprise* is an operator in the social economy whose main objective is to have a social impact rather than make a profit for their owners or shareholders. It operates by providing goods and services for the market in an entrepreneurial and innovative fashion and uses its profits primarily to achieve social objectives. It is managed in an open and responsible manner and, in particular, involves employees, consumers and stakeholders affected by its commercial activities.” “The Commission uses the term ‘social enterprise’ to cover the following types of business:
 - Those for who the social or societal objective of the common good is the reason for the commercial activity, often in the form of a high level of social innovation
 - Those whose profits are mainly reinvested to achieve this social objective
 - Those where the method of organisation or the ownership system reflects the enterprise’s mission, using democratic or participatory principles or focusing on social justice.”https://ec.europa.eu/growth/sectors/social-economy/enterprises_en.



Bron: Social Enterprise NL (www.social-enterprise.nl/over-sociaal-ondernemen/wat-zijn-het)

“Sociale ondernemingen zijn ondernemingen die:

- (a) een product of dienst leveren;
- (b) in plaats van met een winstdoelstelling dit primair en expliciet doen om bij te dragen aan een maatschappelijk doel welke is vastgelegd in haar statuten;
- (c) een deel van de omzet herinvesteren in het bereiken van het maatschappelijke doel en/of beperkt zijn in de verdeling van winst en vermogen, e.e.a. om te garanderen dat het maatschappelijk doel voor gaat;
- (d) hun relevante stakeholders identificeren en daarmee minimaal jaarlijks in dialoog gaan;
- (e) transparant zijn op hun website (of op andere wijze publiekelijk toegankelijk is zoals in hun jaarverslag) over de meest materiële gecreëerde maatschappelijke waarde; en
- (f) onafhankelijk van de overheid en/of andere entiteiten een eigen strategie kunnen nastreven.”¹⁴

Sociale ondernemingen nemen deel aan het maatschappelijk verkeer met een eigen onderneming, maar stellen het maken van winst niet voorop. (zie schema van Social Enterprise boven)

In deze definities komen dus steeds twee hoofdkenmerken van de sociale onderneming terug:

- (a) het maatschappelijke doel is statutair vastgelegd; en
- (b) de winst komt geheel of voor een groot deel ten goede aan dat doel.

Uitgaande van deze twee hoofdkenmerken komt een aantal vragen op:

- Wanneer is een doel maatschappelijk? Wie

stelt dat vast? En zouden niet alle ondernemingen tegenwoordig (mede) een maatschappelijk doel moeten nastreven?¹⁵

- Als een vennootschap een maatschappelijk doel en/of een maatschappelijke missie opneemt in de statuten: wat betekent dat voor de taak(uitoefening) van het bestuur?
- Hoe wordt voorkomen dat een maatschappelijk doel wordt gewijzigd in een niet-maatschappelijk doel? Wie controleert dat: een externe toezichthouder of een intern orgaan?
- Kan statutair worden geregeld dat de winst gedeeltelijk of wellicht zelfs volledig wordt bestemd voor het maatschappelijke doel?

Voordat op deze vragen wordt ingegaan, worden buitenlandse regelingen voor sociale ondernemingen beschreven.

14. KPMG/Nyenrode-Rapport, p. 24. Een andere recente juridische definitie van onderzoekers van de Universiteit Utrecht, die geënt is op de hiervoor genoemde omschrijving van de OECD, luidt als volgt: “Een sociale onderneming is een onderneming die in haar statuten tot uitdrukking brengt dat zij tot doel heeft om maatschappelijke en economische waarde te creëren door bij te dragen aan het oplossen van maatschappelijke vraagstukken en de met haar ondernemende en innovatieve activiteiten behaalde winst primair te investeren in haar statutaire doelstelling.” N. Bosma, H. Hummels, E. Manunza, A. Argyrou, S. Kamerbeek, N. Meershoek & R. Helder (Universiteit Utrecht), *Versnelling en verbreding van sociaal ondernemerschap: een onderzoek naar de wenselijkheid van nieuwe juridische kaders*, Utrecht, 6 februari 2019 ('UU-Rapport'), p. 5.

15. Zie ook T. Lambooy, P. Anthoni & A. Argyrou, 'Aren't we all pursuing societal goals in our businesses. Defining 'societal purpose' as pursued by social enterprises' *Sustainable Development 2020*, 1-10 ('Lambooy, Anthoni & Argyrou 2020').

3. Nederland in vergelijking met het buitenland

Regelmatig is in de literatuur opgemerkt dat Nederland één van de weinige landen is die geen wettelijke regeling kent voor sociale ondernemingen.¹⁶ Wellicht komt dat omdat het antwoord op de hiervoor genoemde vragen en daarmee het wettelijk regelen van de sociale onderneming niet eenvoudig is. Een andere oorzaak zou kunnen zijn dat de Nederlandse BV flexibeler is dan buitenlandse evenknieën en dat de Nederlandse stichting, anders dan in andere landen, ook bruikbaar is voor commerciële doeleinden.

EU

In het afgelopen decennium hebben 16 EU-landen nieuwe wetgeving aangenomen waarmee social enterprises worden gereguleerd en/of gefaciliteerd.¹⁷ De vormgeving van de social enterprise in de verschillende EU-landen loopt uiteen. De Griekse *Koinsep* is een voorbeeld van een speciale (sub)rechtsvorm: een coöperatie met een maatschappelijk en een commercieel doel.¹⁸ Luxemburg kent sinds 2016 de *société d'impact sociétal* ('SIS'), een publiek label dat kan worden toegekend aan een *société anonyme* (SA), een *société a responsabilité limitée* (SARL) of een *société coopérative* (SC).¹⁹

België

België kende van 1996 tot mei 2019 de vennootschap met sociaal oogmerk ('VSO'), een subrechtsvorm voor entiteiten met in hoofdzaak commerciële activiteiten maar zonder winstoogmerk. De VSO mocht, onder voorwaarden, slechts een bepaald percentage van de winst uitkeren aan haar aandeelhouders, terwijl het surplus beschikbaar moest blijven voor het sociale doel.²⁰ In 2019 is het vennootschapsrecht in België hervormd en is het aantal vennootschapsvormen teruggebracht.²¹ De VSO, die slechts een beperkt succes had en hoofdzakelijk werd gebruikt door coöperatieve vennootschappen,²² werd afgeschaft. Wel hebben coöperatieve vennootschappen de mogelijkheid om door de minister van Economie erkend te worden als sociale onderneming.²³ De wet stelt daaraan een aantal voorwaarden. Als voldaan is aan deze voorwaarden voegt de coöperatieve vennootschap ('CV') aan de benaming van haar rechtsvorm de woorden "erkend als sociale onderneming toe" en wordt afgekort als 'CV erkend als SO'. De eerste voorwaarde houdt in dat de CV hoofdzakelijk ten doel heeft

"in het algemeen belang, een positieve maatschappelijke impact te bewerkstelligen op de mens, het milieu of de samenleving."

Uitkeringen aan haar aandeelhouders, in welke vorm dan ook, mogen – op straffe van nietigheid – niet hoger zijn dan een bij Koninklijk Besluit vast te stellen rentevoet gerelateerd aan het door de aandeelhouders werkelijk gestorte bedrag op de aandelen. Ingeval van ontbinding van de CV en vereffening van haar vennootschapsvermogen, wordt – op straffe van nietigheid – aan het liquidatiesaldo een bestemming gegeven die zo dicht mogelijk aansluit bij het doel als sociale onderneming.

Frankrijk

Frankrijk heeft vorig jaar de *Loi Pacte* ingevoerd.²⁴ Op grond daarvan kunnen commerciële ondernemingen (*sociétés commerciales*), ongeacht hun rechtsvorm, het label *société à mission* voeren.²⁵ De wet stelt de volgende voorwaarden aan een vennootschap die hiervan gebruik wil maken:

16. Zie onlangs J.M. de Jongh, 'Onderneming en maatschappij: naar een nieuw sociaal contract?', *Ondernemingsrecht* 2020/80 ('De Jongh 2020').
17. C. Borzaga, G. Galera, B. Franchini, S. Chiomento, R. Nogales and C. Carini, *Social enterprises and their ecosystems in Europe, Comparative synthesis report*, January 2020. Publications Office of the European Union ('EU-Rapport 2020').
18. Zie A. Argyrou, P.A. Anthoni & T. Lambooy, 'Legal forms for social enterprises in the Dutch legal framework: an empirical analysis of social entrepreneurs' attitudes on the needs of social enterprises in the Netherlands', *Corporate Law Journal* 2017, issue 3.
19. Art. 3 van de Loi du 12 décembre 2016 portant création des sociétés d'impact sociétal. D. Hiez & F. Sarracion, *Country Report Luxembourg*, p. 30 (onderdeel van het EU-Rapport 2020). <https://guichet.public.lu/fr/entreprises/creation-developpement/forme-juridique/societe-capitiaux/societe-impact-societal.html>
20. De statuten van een VSO dienden het maatschappelijk oogmerk te definiëren en de activiteiten die daaraan bijdragen te beschrijven. De Belgische wet stelde een bovengrens aan dividenduitkeringen door de VSO, welke grens werd gesteld op 6% van het gestorte kapitaal. Zie art. 3 onder 5 van het Koninklijk Besluit tot wijziging van het koninklijk besluit van 8 januari 1962 tot vaststelling van de voorwaarden tot erkenning van de nationale groeperingen van coöperatieve vennootschappen en van de coöperatieve vennootschappen, 4 mei 2016, C – 2016/11130, *Belgisch Stb.* 31816, 17 mei 2016.
21. K. Maresceau & C. Van der Elst, 'Het Belgische Wetboek van vennootschappen en verenigingen: een verkenning', *TvOB* 2020-2.
22. De VSO werd in 2016 door minder dan 1.000 bedrijven gebruikt. Meer dan 75% van de VSO's hanteerde de rechtsvorm van de coöperatieve vennootschap, aldus M. Bosschaert, D. Coeckelbergh & L. Jacobs, *Praktijkboek De vennootschap met sociaal oogmerk*, Wolters Kluwer Belgium: Mechelen, 2016, p. 380.
23. Art. 8:5 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV).
24. Zie hierover ook De Jongh 2020.
25. Art. 176 van de LOI n° 2019-486 du 22 mai 2019, dat in de Code de Commerce art. L210-10 tot en met L210-12 introduceerde.

- (1) de statuten bevatten de *raison d'être* van de vennootschap, haar bestaansgrond, haar uiteindelijke doel;²⁶
- (2) de statuten bevatten een of meer sociale en/of milieu gerelateerde doelen die de vennootschap als missie heeft bij het uitoefenen van haar activiteiten;
- (3) de statuten omschrijven hoe de vennootschap haar missie beoogt te bereiken en voorzien in een – van andere vennootschapsorganen te onderscheiden – *comité de mission*, bestaande uit ten minste een werknemer.²⁷ Het comité stelt jaarlijks een rapport op over de wijze waarop de vennootschap haar missie heeft uitgevoerd, welk rapport samen met het bestuursverslag wordt aangeboden aan het orgaan dat de jaarstukken goedkeurt. Het comité heeft toegang tot alle informatie die zij nodig heeft om de werkzaamheden ter uitvoering van de missie te controleren;
- (4) de uitvoering van de sociale en milieudoelen genoemd onder 2 worden gecontroleerd door een onafhankelijke derde (externe auditor); en
- (5) het label *société à mission* wordt ingeschreven in het handelsregister.²⁸

Als niet wordt voldaan aan de hiervoor genoemde voorwaarden of als de externe auditor concludeert dat één of meer van de sociale of milieudoelen niet wordt nageleefd, kan het openbaar ministerie of een belanghebbende de rechtbank verzoeken de vennootschap op te dragen om het label *société à mission* niet langer te voeren.²⁹

Verenigd Koninkrijk

Eén van de meest succesvolle buitenlandse vormen lijkt de *Community Interest Company* ('CIC') te zijn, die in 2005 in het Verenigd Koninkrijk werd geïntroduceerd.³⁰ Het label kan worden toegekend aan een *limited company*³¹ die als voornaamste doel heeft om bij te dragen aan het algemeen belang (*community interest*).³² De naam van de vennootschap eindigt dan met *Community Interest Company* of *CIC* in plaats van *limited* of *ltd*. Voordat een *limited company* als *CIC* geregistreerd kan worden in de *Registrar of Companies*, vindt een controle plaats door de *Regulator of Community Interest Companies* ('CIC Regulator'), een onafhankelijke instantie die door de *Secretary of State* is aangewezen. De *CIC Regulator* controleert bij oprichting of omzetting in een *CIC* aan de hand van de *community interest statement* en de concept statuten

“whether a reasonable person might consider that the CIC’s activities are or will be carried on for the benefit of the community”

(*community interest test*).³³ Een voorgenomen doelwijziging moet ter goedkeuring worden voorgelegd aan de *CIC Regulator*.³⁴ De *CIC* moet

jaarlijks in haar *CIC Report* onder meer toelichten hoe haar activiteiten hebben bijgedragen aan het algemeen belang, hoe zij haar *stakeholders* heeft betrokken bij haar activiteiten en hoe de eventuele jaarlijkse winst wordt besteed.³⁵ De *CIC* heeft een zogenoemde *asset lock*, die beoogt te garanderen dat kapitaal alleen wordt ingezet voor maatschappelijke doeleinden. De belangrijkste elementen van de *asset lock* houden in dat de *CIC* geen goederen mag verkopen en overdragen voor minder dan de marktwaarde tenzij: (a) de overdracht toegestaan is op grond van een aantal specifieke wettelijke eisen; of (b) de verkrijger een andere entiteit met een *asset lock* (een *asset-locked body* zoals een andere *CIC* of een *charity*) is.³⁶ Als de statuten toestaan dat de *CIC* dividenduitkeringen doet (aan anderen dan *asset-locked bodies*), dan is het totaal

26. In de zin van art. 1835 van de Code Civil. Zo bepalen de statuten van SNCF Mobilités: “La raison d'être de la société est d'apporter à chacun la liberté de se déplacer facilement en préservant la planète.”

27. Als een vennootschap minder dan 50 werknemers heeft mag deze taak in plaats van door een *comité de mission* worden uitgevoerd door één referentiepersoon (een *réfèrent de mission*), aldus art. L210-12 van de Code de Commerce. De *réfèrent de mission* mag volgens art. L210-12 een werknemer van de *société à mission* zijn.

28. Art. L210-10 van de Code de Commerce.

29. Art. L210-11 van de Code de Commerce.

30. Zie de site van de Office of the Regulator of Community Interest Companies. Zie ook UU-Rapport, p. 39.

31. Dat wil zeggen: aan een *company limited by guarantee without a share capital, private company limited by shares of public company limited by shares*.

32. De *CIC* wordt omschreven als volgt: “They are not strictly ‘not for profit’, and CICs can, and do, deliver returns to investors. However, the purpose of CIC is primarily one of community benefit rather than private profit. Whilst returns to investors are permitted, these must be balanced and reasonable, to encourage investment in the social enterprise sector whilst ensuring true community benefit is always at the heart of any CIC. For some CICs this is delivered through the provision of a service to a specific community, for example a welfare service to vulnerable people, in others it will be an activity that generates profits which are used to support a specific purpose such as a running a cafe where all profits generated are used to benefit the community.”

33. Zie Information and guidance notes van de Office of the Regulator of Community Interest Companies ('CIC Guidance Notes'), Chapters 1.3.2., 4.1.1. en 8.1.3. (www.gov.uk/cic-regulator). Zie form *CIC36* die volgens de *CIC Guidance Notes* gezien kan worden als de *CIC's mission statement*.

34. Chapters 4.1.1 and 5.6 van de *CIC Guidance Notes*. De *CIC Regulator* controleert of de *CIC* nog steeds de *community interest test* doorstaat maar ook “if sufficient steps have been taken to bring the change to the notice of those affected”.

35. Chapter 8.1.3. van de *CIC Guidance Notes*.

36. Art. 8 (a) en Schedules 2 en 3 *Community Interest Regulations 2009* ('*CIC Regulations*'), waarbij Schedule 2 geldt voor een *CIC* met aandelenkapitaal die alleen dividend aan specifieke *asset-locked bodies* mag uitkeren en Schedule 3 geldt voor een *CIC* die uitkeert aan aandeelhouders die geen *asset-locked bodies* zijn.

uitkeerbare bedrag gemaximeerd tot 35% van de uitkeerbare winst (*maximum aggregate dividend cap*).³⁷ Dit percentage is door de CIC Regulator vastgesteld en kan worden aangepast.³⁸ Ook geldt er een *performance related interest cap* op leningen waarvan de rente is gekoppeld aan de prestaties van de CIC (*debt with equity characteristics*). Bij ontbinding van een CIC moet het liquidatie surplus overgedragen worden aan een andere *asset-locked body*.

B-Corp

De 'B Corp' (een afkorting voor *Beneficial Corporation*) is geen buitenlandse rechtsvorm maar een certificaat dat door B Lab, een in 2006 opgerichte Amerikaanse non-profitorganisatie, wordt verleend aan commerciële rechtsvormen die voldoen aan bepaalde voorwaarden.³⁹ B Lab heeft een modelwet opgesteld die inmiddels in veel Amerikaanse staten is aangenomen en ingevoerd.⁴⁰ Ook vennootschappen die vallen onder het recht van een EU-land komen tegenwoordig voor het certificaat in aanmerking.⁴¹ Bekende Nederlandse BV's⁴² die zichzelf B Corp mogen noemen zijn Tony's Chocolonely, Dopper, Fairphone en Triodos bank. Teneinde te kwalificeren als B Corp dient de vennootschap in de statuten letterlijk het volgende op te nemen bij haar doelstelling:

"Een van de doelen van de vennootschap is door middel van haar bedrijfsvoering en activiteiten, een significant positieve invloed te hebben op de maatschappij en het milieu in zijn algemeenheid."

En bij de bepalingen over het bestuur:

"Bij hun besluitvorming zullen de bestuurders ook rekening houden met de sociale, economische, juridische of andere gevolgen van de bedrijfsuitvoering van de vennootschap ten aanzien van (i) de werknemers, de dochtermaatschappijen en leveranciers (ii) de belangen van de klanten van de vennootschap en haar dochtermaatschappijen, (iii) de gemeenschappen en de samenleving waarin de vennootschap, haar dochtermaatschappijen en leveranciers hun bedrijf uitvoeren, (iv) het lokale en globale milieu en (v) de korte en lange termijn belangen van de onderneming."⁴³

Deze bepalingen moeten worden gezien tegen de achtergrond van het klassieke Amerikaanse *shareholders*-model waarin het minder vanzelfsprekend is om andere belangen dan de belangen van de aandeelhouders te betrekken dan in ons *stakeholders*-model. In statuten van een Nederlandse vennootschap lijken deze bepalingen daarom enigszins een open deur. Voorts

moet de vennootschap voldoen aan door B Lab gestelde transparantieplichtingen en moeten haar prestaties op maatschappelijk, milieu en sociaal gebied worden opgenomen in een maatschappelijk rapport en worden getoetst aan een 'onafhankelijke standaard'.⁴⁴ Accountantscontrole van het maatschappelijke rapport is niet vereist.⁴⁵

Nederland: (sub)rechtsvorm, privaat keurmerk en/of publiek label?

In het buitenland is dus gekozen voor (combinaties van) speciale rechtsvormen en door de wetgever gecreëerde of ondersteunde labels. Het publieke label voor bestaande rechtsvormen lijkt daarbij de laatste jaren aan terrein te winnen en wordt in steeds meer EU-landen toegepast. Nederland kent vooralsnog geen speciale wettelijke regeling voor sociale ondernemingen. Sociale ondernemingen kiezen, als gezegd, nu voornamelijk voor de rechtsvorm van de BV al dan niet in combinatie met de stichting.⁴⁶ Zo kent Tony's Chocolonely bijvoorbeeld een structuur met een holding-BV, een aantal dochter-BV's en Stichting de Chocolonely Foundation.^{47 48}

37. Tot 1 oktober 2014 had de *cap* drie elementen: een *dividend per share cap*, een *maximum aggregate dividend cap* en een *carry forward of unused dividend from previous financial years*". Zie ook A. Argyrou, *Social Enterprises in the EU* (IVOR nr. 111), 2018 par. 2.7.3.1 en par 6.3 van de CIC Guidance Notes.

38. Zie par 6.3.2 van de CIC Guidance Notes.

39. Zie hierover ook R.L. Pouwer, 'B Corp in het Nederlandse vennootschapsrecht anno 2019 nog een storm in een glas water', *MvO* 2019, nr. 7 ('Pouwer 2019') en S.P. Kamerbeek, 'De maatschappelijke onderneming naar Amerikaans model?' *Ondernemingsrecht* 2012/57 ('Kamerbeek 2012').

40. <https://benefitcorp.net/policymakers/why-pass-benefit-corporation-legislation>.

41. Zie de website van B Lab Europe: <https://bcorporation.eu/>.

42. En overigens ook een beursgenoteerde NV: Koninklijke Wessanen NV. <https://bcorporation.eu/about-b-corps>

43. Zie <https://bcorporation.net/certification/legal-requirements>. Zie bijvoorbeeld de statuten van Dopper BV en Koninklijke Wessanen NV waarin deze bepalingen zijn opgenomen.

44. B Corps moeten een minimale score halen bij de B Impact Assessment van B Lab. Zie <https://bcorporation.eu/about-b-corps>, Pouwer 2019 en Kamerbeek 2012.

45. Kamerbeek 2012.

46. Aldus Social Enterprise NL. Zie de bij Social Enterprise NL geregistreerde voorbeelden.

47. Tony's Chocolonely heeft zichzelf verbonden, zoals blijkt uit het bestuursverslag, om jaarlijks 1% van de omzet te doneren aan Stichting de Chocolonely Foundation teneinde de maatschappelijke doelstellingen te realiseren. De holding-BV en de dochter-BV's leggen zich dus toe op de meer commerciële activiteiten en de stichting op het bereiken van de missie en de langetermijnstrategie van Tony's Chocolonely. Het stichtingsbestuur beoordeelt bijvoorbeeld aanvragen voor steun aan projecten. <https://chocolonelyfoundation.org/nl/>.

48. Zie voor een andere voorbeeld: Healthy Entrepreneurs, genoemd in Anthoni, Van Bakel & Tydeman-Yousef 2019.

Sociale ondernemingen of bedrijven die sociale ondernemingen steunen kunnen zich aansluiten bij Social Enterprise NL.⁴⁹ In 2017 bracht een commissie die in opdracht van Social Enterprise NL werd ingesteld de Code Sociale Ondernemingen uit. Ondernemingen die zich committeren aan deze code en voldoen aan bepaalde voorwaarden kunnen worden ingeschreven in het Register Sociale Ondernemingen dat via de website van Social Enterprise NL te raadplegen is.

In veel onderzoeksrapporten komt de vraag aan de orde of en hoe in Nederland herkenning en erkenning van sociale ondernemingen zou moeten worden bevorderd: door een nieuwe subrechtsvorm (modaliteit) van de BV: de BVm (een afkorting voor ‘Besloten Vennootschap maatschappelijk’)⁵⁰ of BVm-light,⁵¹ door een privaat keurmerk en/of een publiek label. Onder een “publiek label” of “wettelijk label” kan worden verstaan: een betiteling die de sociale onderneming op basis van een juridische grondslag mag voeren als aan een aantal eisen is voldaan.⁵² Zoals in de inleiding opgemerkt is het kabinet voornemens om het label “maatschappelijke BV” wettelijk te regelen.

Ik richt mij in de volgende paragrafen op de (on)mogelijkheden van de BV als rechtsvorm voor sociale ondernemingen en de vraag of het Nederlandse BV-recht moet worden aangepast voor sociale ondernemingen. Na beantwoording van deze vraag, zal ik in par. 7 ingaan op aandachtspunten in verband met de voorgenomen regeling van een publiek label buiten het Burgerlijk Wetboek.

4. Uitgangspunten van het huidige BV-recht

De BV werd in 1972 geïntroduceerd in het Nederlandse recht en was toen als het ware een kloon van de NV.⁵³ BV’s en NV’s zijn rechtsvormen die kapitaal ontvangen van hun aandeelhouders, daarmee ondernemen en winst maken, welke winst vervolgens uitgekeerd kan worden aan aandeelhouders.⁵⁴ Daarmee staat de BV net als de NV typologisch tegenover de stichting, een “niet-commerciële” rechtsvorm, die een doelgebonden vermogen heeft dat niet uitkeerbaar is. Een stichting mag bovendien geen orgaan hebben (zoals een algemene vergadering van aandeelhouders) dat beslissend kan ingrijpen in het wezen of de werkzaamheden van de stichting, dus bijvoorbeeld het statutaire doel kan wijzigen.⁵⁵

Uitgangspunten Flex-BV

Over het eigen karakter van de BV was bij haar invoering nauwelijks nagedacht.⁵⁶ Dit had tot gevolg dat de BV aanvankelijk te zwaar geregu-

leerd was. In het najaar van 2003 werd, op uitnodiging van de toenmalige Minister van Justitie en Staatssecretaris van Economische Zaken, een Expertgroep ingesteld, die als opdracht mee kreeg aanbevelingen te doen met betrekking tot knelpunten en lacunes in het BV-recht zoals deze in de praktijk en literatuur werden gesignaleerd. Een half jaar later, in mei 2004, verscheen het Rapport ‘Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht’. De Expertgroep nam als fundamenteel uitgangspunt dat de BV een toegankelijke rechtsvorm moet zijn voor private ondernemingen en dat de regeling als primaire doelstelling heeft het ondernemen als maatschappelijk en economisch gewenst te bevorderen. De BV dient een betrouwbaar instrument te zijn en een stevige juridische basis te

49. Een aantal bekende namen van aangesloten organisaties zijn: Return to Sender, Triodos Bank, Fairphone, Marqt, Marie Stella Maris, De Correspondent, Dopper, Tony’s Chocolonely en Rataplan. Deze ondernemingen zijn actief in verschillende branches: energievoorziening, horeca en voeding, media en journalistiek, onderwijs, technologie en telecom, etc.

50. In september 2018 bracht Christenunie Kamerlid Bruins een Initiatiefnota uit over ondernemen met een maatschappelijke missie, *Kamerstukken II 2018/19*, 35040, nr. 2 (‘Initiatiefnota Bruins’). Bruins stelt onder meer voor om een BVm in Boek 2 BW op te nemen. Bovendien stelt hij voor de Code Sociale Ondernemingen wettelijk te verankeren, vergelijkbaar met de verankering van de Corporate Governance Code. De BVm heeft bijval gekregen in de literatuur (De Jongh 2018) en in onderzoeksrapporten (zie het UU-Rapport en het KPMG/Nyenrode-Rapport).

51. Deze variant wordt genoemd in het UU-Rapport en het KPMG/Nyenrode-Rapport.

52. Zie SER-Rapport 2015, p. 105.

53. Rapport Expertgroep, p. 2.

54. Overigens is de gerichtheid van een kapitaalvennootschap op het behalen van winst ten behoeve van haar aandeelhouders geen onderdeel van de wettelijke omschrijving. De wettelijke omschrijving van de NV en de BV is beperkt: het zijn rechtspersonen met een in één of meer overdraagbare aandelen verdeeld kapitaal en aandeelhouders zijn niet persoonlijk aansprakelijk en niet gehouden tot bijstorting. Bij de BV kan van de laatste element worden afgeweken (art. 2:64 lid 1 juncto 2:175 lid 1 en 2:192 BW). Zie over de formele en materiele kenmerken van rechtspersonen ook D.F.M.M. Zaman ‘Hoe wezenlijk zijn de wezenskenmerken voor een rechtsvorm?’ in *Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.B. Huizink*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

55. De onderscheidende materiële kenmerken van de stichting zijn: (1) het hebben van een doelgebonden vermogen; (2) het uitkeringsverbod; en (3) het ledenverbod. Zie M.J. van Uchelen-Schipper, *De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting* (diss) (IVOR nr. 112), Deventer: Wolters Kluwer 2018 (‘Van Uchelen-Schipper 2018’), par. 4.8.

56. H.J. de Kluiver, ‘Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, Kroniek van een aangekondigd rapport’ in: P van Schilfgaarde, e.a. *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht* (verslag van het congres gehouden op 7 en 8 mei 2004, georganiseerd door het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen), Deventer: Kluwer 2005 (‘De Kluiver 2005’), p. 121.

verschaffen aan het midden- en kleinbedrijf.⁵⁷ Het BV-recht moest volgens de Expertgroep enerzijds betrekkelijk praktisch zijn, en anderzijds een grote mate van helderheid en rechtszekerheid verschaffen. Bovendien werd benadrukt dat het bij de vormgeving van het nieuwe BV-recht onontkoombaar is om uitdrukkelijk rekening te houden met ontwikkelingen in het vennootschapsrecht in andere EU-lidstaten, aldus de Expertgroep.

Eén BV-vorm

Ten tijde van de ontwikkeling en vormgeving van de Nederlandse Flex-BV werden in sommige ons omringende landen naast de met de Nederlandse BV vergelijkbare rechtsfiguren specifieke rechtsvormen ontwikkeld,⁵⁸ maar de Nederlandse wetgever koos er voor, in navolging van het advies van de Expertgroep, het gehele BV-recht te flexibiliseren en de BV zodanig te structureren dat deze geschikt is voor een breed palet aan toepassingsmogelijkheden.⁵⁹ Volgens de Expertgroep komt dit de coherentie en overzichtelijkheid van het rechtssysteem ten goede en op deze manier worden overlappingen in regelgeving voorkomen.

Na een uitgebreide parlementaire behandeling van het Wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht, werd het flexibele BV-recht zoals wij dat nu kennen in 2012 in Boek 2 BW ingevoerd. Het resultaat daarvan is dat Boek 2 BW sindsdien minder dwingend en meer regelend recht bevat, waarmee aan oprichters en aandeelhouders ruimte wordt gegeven om een structuur te kiezen die tegemoetkomt aan de specifieke aard van hun activiteiten en aan hun specifieke wensen. Algemeen wordt aangenomen dat de Flex-BV beantwoordde aan de inzichten en behoeften van dat moment. Maar kunnen sociale ondernemingen hier ook mee uit de voeten? Teneinde een geschikte rechtsvorm te zijn voor sociale ondernemingen moet het mogelijk zijn om het maatschappelijk doel statutair vast te leggen en moet dat doel niet (zo maar) gewijzigd kunnen worden. Bovendien moet statutair geregeld kunnen worden dat de winst groten-deels ten goede komt aan dat doel.

5. De voorwaarde dat het doel maatschappelijk is en het BV-recht

Het statutaire doel moet maatschappelijk zijn

Een sociale onderneming heeft een “maatschappelijk” doel. De vraag wanneer een doel maatschappelijk is, is niet eenduidig te beantwoorden. Wat wij bestempelen als maatschappelijk zal met de tijd steeds veranderen.⁶⁰ Het BV-recht verhindert in ieder geval niet dat de BV in haar statuten (mede) een maatschappelijk doel vastlegt. Daarnaast kan de BV haar maatschappelijke

missie formuleren, dat wil zeggen: haar uiteindelijke doel of *purpose*.⁶¹ Onlangs is door een aantal hoogleraren ondernemingsrecht voorgesteld om de volgende tekst toe te voegen aan art. 2:177 BW:

“De vennootschap kan in haar statuten vastleggen welk uiteindelijk doel zij in de samenleving nastreeft, alsmede de waarden en beginselen formuleren die daarbij leidend zijn.”

Zij erkennen dat het huidige vennootschapsrecht geen belemmeringen opwerpt om een bestaansgrond in of buiten de statuten te formuleren maar zien deze bepaling als een uitnodiging aan vennootschappen. Een dergelijke wetsbepaling zou kunnen stimuleren dat het bij alle soorten BV's en NV's gebruikelijk wordt om de uiteindelijke missie expliciet te maken. Ik meen dat in ieder geval van sociale ondernemingen mag worden verwacht dat zij op deze uitnodiging ingaan.

Wie stelt vast en controleert of een doel kwalificeert als “maatschappelijk”?

Een belangrijke vraag is wie bepaalt en controleert of het doel echt maatschappelijk is. Met gebruikmaking van de mogelijkheden in Boek 2 BW kunnen verschillende vormen van interne controle in de statuten worden opgenomen.⁶² Sommige sociale ondernemingen hebben op dit moment een juridische structuur die bestaat uit een (holding-)BV met een maatschappelijk doel die één of meer (winstrechtloze) prioriteitsaandelen heeft toegekend aan een stichting die het

57. De Kluiver 2005, p. 121. De Kluiver merkt eveneens op dat het nuttig is om bij het denken over vormgeving van het BV-recht drie aspecten te onderscheiden: (1) toegankelijkheid van de vennootschapsvorm; (2) de interne structuur van een vennootschap; (3) bescherming van derden (in het bijzonder crediteuren) die met de vennootschap geconfronteerd worden.

58. Zoals de *Limited Liability Partnership* (LLP) en de *Société par actions simplifié* (S.a.S.).

59. De Kluiver 2005, p. 123.

60. Zie ook EU-Rapport 2020, p. 30: “*What is defined as ‘social’ can change over time and space, consistent with the evolution of needs arising in a society, the organisation of the welfare state (public service provision) and its historical developments.*”

61. Zie hierover J.W. Winter, J.M. de Jongh e.a., ‘Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoorde deelname aan het maatschappelijk verkeer’, *Ondernemingsrecht* 2020/86.

62. Een zekere vorm van toetsing en controle kan uitgaan van (de algemene vergadering van) aandeelhouders, bijvoorbeeld middels het enquêterecht. De UU-onderzoekers stellen in het UU-Rapport, p. 8 en 9, bij de BVm enquêterecht voor externe belanghebbenden voor. Zie ook De Jongh 2018.

maatschappelijke doel en/of de missie van de BV bewaakt.⁶³ Als een stichting toeziet op de naleving van de maatschappelijke doelstellingen door de BV, ligt het voor de hand dat de stichtingsbestuurders in meerderheid onafhankelijk zijn van de BV.⁶⁴

Ook kan bij de statuten een raad van commissarissen worden ingesteld of een speciaal orgaan dat toeziet op de uitvoering van de maatschappelijke missie, zoals het hiervoor genoemde *comité de mission*. Het *comité de mission* is in Frankrijk wettelijk verplicht om het label *société à mission* te verkrijgen. Dit orgaan heeft als taak om jaarlijks de uitvoering van de maatschappelijke doelstellingen en de naleving van de missie te controleren en stelt daarover een rapport op. Het statutair instellen van een dergelijk comité bij de Nederlandse BV kan tot de vraag leiden of dit een orgaan is dat kwalificeert als raad van commissarissen in de zin van art. 2:250 BW.⁶⁵ Ik meen dat als een dergelijk comité op grond van de statuten bepaalde goedkeuringsbevoegdheden heeft, het een orgaan is,⁶⁶ maar dat het in beginsel niet kwalificeert als een raad van commissarissen als het slechts een jaarlijkse controle uitvoert. Hetzelfde geldt mijns inziens voor een kascommissie bij een vereniging of een visitatiecommissie bij een pensioenfonds.⁶⁷ Als het comité wel kwalificeert als raad van commissarissen, is daarvan het gevolg dat het moet bestaan uit natuurlijke personen, dat deze personen een wettelijke toezichthoudende taak hebben en kunnen worden aangesproken voor onbehoorlijke taakvervulling indien deze ernstig verwijtbaar is.

Heeft het maatschappelijke doel gevolgen voor de taak en taakopvatting van bestuurders?

Voor bestuurders (en commissarissen) van een BV geldt dat zij zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (art. 2:239 lid 5 BW). Uit de jurisprudentie volgt dat het bestuur daarbij de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken dient af te wegen, waaronder het maatschappelijk belang.⁶⁸

Het bestuur kan zelf nog een stapje verder gaan en zich in de statuten uitdrukkelijk committeren om het maatschappelijke belang zo veel mogelijk voorop te stellen en kan dit concretiseren. De Jongh, Schild en Timmerman merken in hun preadvies uit 2010 over maatschappelijke varianten van rechtsvormen in Boek 2 BW op dat zij voorstaan dat de maatschappelijke doelstelling van een dergelijke rechtspersoon in beginsel zwaarder weegt dat de belangen van andere *stakeholders*, zoals aandeelhouders en werkne-

mers.⁶⁹ Onder huidig recht is het echter niet mogelijk om het vennootschapsbelang als uitgangspunt en richtsnoer voor bestuurders volledig te verlaten. Wel kan worden gezegd dat bij een sociale onderneming het belang van de vennootschap in belangrijke mate wordt gekleurd door het maatschappelijke doel.⁷⁰

Het maatschappelijk doel heeft dus invloed op de taak en taakopvatting van het bestuur⁷¹ en dit zal van invloed zijn op de vraag of een bestuurder zijn taak behoorlijk heeft vervuld. In de literatuur is opgemerkt dat de maatschappelijke doelstelling via open normen zoals de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW) doorwerkt binnen de rechtspersoon in de gedragsnormen van de betrokkenen.⁷² Mogelijk kan het niet of niet voldoende naleven van het maatschappelijke doel leiden tot het oordeel dat sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid (in de zin van art. 2:350 en 355 BW).

63. Bijvoorbeeld The Lagom Group BV en andere sociale ondernemingen die zijn opgenomen in het Register Sociale Ondernemingen. <https://www.codesocialeondernemingen.nl/over-het-register/zoek-deelnemers>

64. Overigens kunnen investeerders in de BV bedingen dat zij een voordrachtsrecht hebben ten aanzien van een of meer stichtingsbestuurders.

65. Art. 2:189a BW bevat een limitatieve opsomming van organen voor de toepassing van bepaalde artikelen uit het BV-recht. Dat laat mijns inziens onverlet dat de statuten aan een comité bepaalde goedkeuringsbevoegdheden en andere bevoegdheden kan toekennen die niet onder de in art 2:189a BW opgesomde artikelen vallen.

66. Zie hierover onder meer Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/186.

67. Van Uchelen-Schipper 2018, p. 200. Zie bijvoorbeeld ook de Stichting ten behoeve van Culturele en Maatschappelijke Beschikkingen (SCMB) die tot taak heeft erop toe te zien dat de voorwaarden en bepalingen van maatschappelijke en/of culturele aard waaronder een stichting een schenking, erfstelling of legaat heeft ontvangen, worden nagekomen. Zie www.scmb.nl. Beargumenteerd kan worden dat het SCMB toezicht houdt vanuit een bepaald perspectief met een bepaald doel en dat dit in die zin een ander soort, beperkter toezicht is dan het toezicht dat door een raad van toezicht of raad van commissarissen.

68. HR 4 april 2014, NJ 2014/286 (*Cancun*).

69. J.M. de Jongh, A.J.P. Schild & L. Timmerman, 'Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW?' in *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (Preadvies Nederlandse Juristen-Vereeniging), Deventer: Kluwer 2010 ('De Jongh, Schild & Timmerman 2010'), p. 195-196 en p. 238.

70. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/133 en 159.

71. Zie onder meer B.F. Assink, 'Belang van de vennootschap en algemeen belang', WPNR 2015/7048 ('Assink 2015').

72. De Jongh, Schild & Timmerman 2010, p. 238, De Jongh 2018 & Assink 2015.

Hoe wordt voorkomen dat het statutaire doel gewijzigd wordt door de aandeelhouders?

Een vraag die vervolgens opkomt is hoe bewerkstelligd kan worden dat het doel maatschappelijk blijft. Investeerders die kapitaal verschaffen maar ook overheidsinstanties die subsidies verstrekken aan een sociale onderneming met het oog op het bereiken van een bepaald doel, willen niet dat het maatschappelijke doel van de onderneming op grond van een aandeelhoudersbesluit kan worden gewijzigd, waardoor het kapitaal later alsnog voor een ander doel kan worden aangewend.

De bevoegdheid om de statuten te wijzigen is een van de kernbevoegdheden van de algemene vergadering van een kapitaalvennootschap (art. 2:231 BW). Het besluit tot wijziging van het statutaire doel kan niet volledig worden overgelaten aan een ander orgaan dan de algemene vergadering. De mogelijkheid van statutenwijziging kan bij de BV bovendien, anders dan bij de stichting (art. 2:293 BW),⁷³ niet volledig worden uitgesloten. De wet bepaalt voor BV's dat, voor zover bij de statuten de bevoegdheid tot wijziging is uitgesloten, wijziging niettemin mogelijk is bij een aandeelhoudersbesluit genomen met algemene stemmen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal vertegenwoordigd is (art. 2:231 BW).

Hier knelt het huidige BV-recht mogelijk voor sociale ondernemingen. Het BV-recht zou in die zin kunnen worden aangepast dat BV-statuten kunnen bepalen dat doelwijziging door de algemene vergadering niet mogelijk is. Daaraan kan, net als bij stichtingen, worden toegevoegd dat de rechter wel de mogelijkheid heeft het doel te wijzigen als dat noodzakelijk is.⁷⁴ Als het statutair vastgelegde maatschappelijke doel niet (zonder tussenkomst van de rechter) door aandeelhouders kan worden gewijzigd schuift de BV overigens wel heel erg op richting de stichting. Maar in feite is dat wat sociale ondernemingen willen: het wettelijk faciliteren en creëren van een tussenvorm tussen de BV, zoals we die nu kennen, en de stichting.

Statutaire oplossing

De voorwaarde dat het statutaire doel van een vennootschap niet (alleen) kan worden gewijzigd door aandeelhouders, kan nu reeds op verschillende manieren worden vervuld. Zo kan in de statuten een voorafgaand goedkeuringsrecht of initiatiefrecht tot statutenwijziging aan een ander vennootschapsorgaan worden toegekend, zoals de prioriteit (zie de hiervoor genoemde stichting die het maatschappelijke doel en/of de missie van de BV bewaakt) of de raad van commissarissen. Een dergelijke bevoegdheid zou ook

aan het hiervoor genoemde comité kunnen worden toegekend. Bovendien kan in de statuten worden bepaald dat een overheidsinstantie voorafgaande goedkeuring moet verlenen aan het besluit tot statutenwijziging.

Niet alleen voor doelwijziging maar ook voor andere vormen van structuurwijziging – zoals rechtsvormwijziging, juridische fusie, (af)splitting en ontbinding – geldt dat deze ertoe kunnen leiden dat het vermogen een andere bestemming krijgt dan voorheen.⁷⁵ Ook dergelijke besluiten dienen mijns inziens aan (dezelfde) goedkeuringseisen onderworpen te worden.

6. De voorwaarde dat winst grotendeels ten goede komt aan het maatschappelijk doel en het BV-recht

Een sociale onderneming heeft dus een maatschappelijk doel en een maatschappelijke missie en de door haar gegenereerde winst dient grotendeels ten goede te komen aan dat maatschappelijke doel.⁷⁶ Nog afgezien van de vraag of en onder welke voorwaarden investeerders bereid zijn om kapitaal te verschaffen aan een BV als winst niet of slechts beperkt uitgekeerd wordt, is het de vraag hoe dat, met gebruikmaking van het BV-recht, bereikt kan worden.⁷⁷

73. Bij een stichting kunnen de statuten toestaan dat een of meer bepalingen door een stichtingsorgaan worden gewijzigd, maar de statuten kunnen de bevoegdheid tot wijziging van (een deel van) de statuten ook uitsluiten. Het uitgangspunt van de wet is zelfs andersom dan voor BV's: de stichtingsstatuten kunnen niet worden gewijzigd, tenzij de statuten daartoe uitdrukkelijk de mogelijkheid bieden (art. 2:293 BW). Indien statutenwijziging niet mogelijk is gemaakt, maar ongewijzigde handhaving van de statuten zou leiden tot gevolgen die bij de oprichting redelijkerwijze niet kunnen zijn gewild, kan de rechtbank op verzoek van een belanghebbende overgaan tot statutenwijziging (art. 2:294 BW). De rechter kijkt daarbij zo min mogelijk af van de bestaande statuten. Indien wijziging van het doel noodzakelijk is, wijst de rechter een doel aan dat aan het bestaande verwant is (art. 2:294 lid 2 BW).

74. Zie over de suggestie om art. 2:294 BW toe te passen op BV's ook M.J.S. Spanjersberg, 'De sociale onderneming: een kat die een hond wil zijn', *TvOB* 2019/1.

75. Dat geldt ook voor stichtingen. Zie daarover Van Uchelen-Schipper 2018, hoofdstuk 4.

76. Volgens de definitie van de EU moeten er grenzen gesteld zijn aan het onttrekken van kapitaal aan de onderneming zodat gegarandeerd is dat het maatschappelijke doel voorop staat. Zie SER-Rapport 2015, p. 31.

77. Helder (Helder 2014) merkt mijns inziens terecht op dat de bereidheid om risicodragend kapitaal te verschaffen onlosmakelijk is verbonden met de mogelijkheid dat winst wordt uitgekeerd. Hij merkt ook op dat het maatschappelijke doel en het maatschappelijke belang gediend zijn met het feit dat winstuitkering niet categorisch onmogelijk wordt gemaakt.

Een belangrijk principe van het BV-recht is dat de winst ter beschikking staat van de algemene vergadering. De algemene vergadering is bevoegd tot bestemming van de winst die door de vaststelling van de jaarrekening is bepaald en tot vaststelling van uitkeringen (art. 2:216 lid 1 BW). De statuten kunnen de bevoegdheid tot bestemming van de winst beperken en opdragen aan een ander orgaan, zoals het bestuur. Als het bestuur bevoegd is tot bestemming van de winst, kan het besluiten om deze (deels) te reserveren, maar het bestuur dient deze vrijwillige reservering dan wel steeds toe te lichten en te onderbouwen.⁷⁸

Statutaire reserve

Voor een uitkering (winstuitkering of uitkering uit de vrije reserves) is vereist dat voldaan wordt aan de voorwaarden van art. 2:216 BW. Een BV mag geen uitkeringen doen ten laste van de gebonden reserves, dat wil zeggen: de wettelijke en statutaire reserves (art. 2:216 lid 1 BW). Statutaire reserves zijn beperkt geregeld in Boek 2 BW. De wet schrijft voor dat zij apart vermeld worden onder het eigen vermogen op de jaarlijkse balans (art. 2:373 lid 1 sub e BW).

Volgens art. 2:216 lid 10 BW kunnen de statuten bepalen dat de winst waartoe houders van *aandelen van een bepaalde soort* gerechtigd zijn, geheel of gedeeltelijk *te hunnen behoefte* wordt gereserveerd. Het gaat dan in de praktijk bijvoorbeeld om winst- en agioreserves die op grond van de statuten voor bepaalde soorten aandelen, zoals aandelen A, moeten worden aangehouden (ook wel bestemmingsreserves genoemd). De houders van de betreffende aandelen zijn hiertoe uiteindelijk, bijvoorbeeld bij liquidatie van de BV, gerechtigd.⁷⁹

Een sociale onderneming zal bijvoorbeeld in de statuten willen regelen dat jaarlijks een vast percentage van de winst wordt gereserveerd en toegevoegd aan een statutaire reserve ten behoeve van de maatschappelijke doelstelling en dat slechts de “restwinst” ter beschikking van de aandeelhouders staat. Gezegd zou kunnen worden dat uit de letterlijke tekst van het huidige art. 2:216 BW niet duidelijk volgt dat dit mogelijk is zonder een aparte soort aandelen te creëren en de statutaire reserve ten behoeve van de houders van aandelen van die soort aan te houden. In de laatste zin van lid 1 is echter te lezen dat de statuten de bevoegdheid van de algemene vergadering tot bestemming van de winst kunnen beperken. Ik meen dat daaruit kan worden afgeleid dat het mogelijk is om in de statuten te bepalen dat jaarlijks een bepaald vast percentage van de winst wordt toegevoegd aan de statutaire reserves.⁸⁰ Uit de literatuur volgt overi-

gens dat dergelijke “klassieke statutaire reserves” niet vaak voorkomen.⁸¹

Een probleem is dat een statutaire reserve middels een statutenwijziging kan worden opgeheven en omgezet in kapitaal, zodat deze alsnog kan worden uitgekeerd. Dit kan worden voorkomen als het BV-recht het mogelijk maakt dat de statuten op dit punt niet door de algemene vergadering kunnen worden gewijzigd. Een alternatieve mogelijkheid is om een nieuw soort wettelijke reserve te creëren, die niet kan worden omgezet in kapitaal. Ondertussen kan onder het huidige BV-recht een oplossing worden gevonden door voorafgaande goedkeuring van het besluit tot statutenwijziging door een ander orgaan of een externe instantie voor te schrijven.

Aandelen die beperkt winstgerechtigd zijn

De statuten kunnen preferente aandelen creëren, dat wil zeggen: aandelen die tot een bepaald vast percentage, vaak van het volgestorte nominale bedrag, bij voorrang op de gewone aandelen delen in de winst en/of het overschot na vereffening (zie de verwijzing in art. 2:206a lid 2 BW). Aan investeerders in een sociale onderneming worden in de praktijk soms preferente aandelen toegekend die recht geven op een bepaald percentage van de winst terwijl een stichting, die de maatschappelijke missie bewaakt, gewone aandelen houdt.

Op grond van art. 2:216 lid 7 BW kunnen de statuten van de BV bepalen dat *aandelen van een bepaalde soort of aanduiding* geen of slechts beperkt recht geven tot deling in de winst of reserves van de vennootschap (art. 2:216 lid 7 BW).⁸² Ook hier maakt de letterlijke tekst niet

78. In het algemeen dient het belang van de vennootschap te worden afgewogen tegen het belang van de aandeelhouder op een redelijk dividend. Statutair kan worden voorgeschreven onder welke omstandigheden de winst wordt gereserveerd, maar niettemin zal het jaarlijkse besluit steeds moeten worden toegelicht en moet daarbij de redelijkheid en billijkheid in acht genomen worden. Zie over winstreservering bij zorginstellingen ook E. Plomp, *Winst in de zorg* (diss.), Den Haag: SDU Uitgevers 2011, p. 331-335.

79. Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019/105.

80. Zie Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019/105 onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2011/12, 31058, E, p. 23-24.

81. B. Bier, *Uitkeringen aan aandeelhouders* (diss) (IVOR nr. 42), Deventer: Kluwer 2003 ('Bier 2003'), p. 65-66 en Van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV* 2017, p.381

82. Een aandeel moet wel stemrecht of winstrecht (recht op dividend en/of liquidatieoverschot) hebben. Zonder stemrecht en zonder winstrecht is geen sprake van een aandeel. Zie art. 2:190 BW.

duidelijk of *alle aandelen* beperkte winstrechten kunnen hebben of winstrechtloos kunnen zijn. Als de statuten bepalen dat van de jaarlijkse winst een vast percentage wordt toegevoegd aan de statutaire reserves wordt *de facto* bereikt dat sprake is van beperkt winstgerechtigde aandelen. Het resultaat is dan dat een deel van de winst via de gebonden reserves in de BV blijft en daarmee bestemd wordt voor het maatschappelijke doel. Mijns inziens kan statutair zelfs geregeld worden dat de volledige jaarlijkse winst aan een reserve wordt toegevoegd, maar aandeelhouders dienen dan wel bij liquidatie van de BV een zeker recht op uitkering te hebben.⁸³

Welk percentage van de winst?

BV-statuten kunnen dus nu al, net als bijvoorbeeld bij de CIC, regelen dat slechts een bepaald maximumpercentage wordt uitgekeerd aan aandeelhouders en dat het overige wordt toegevoegd aan een statutaire reserve. In de praktijk wordt van een dergelijke statutaire reserve, voor zover mij bekend, niet of nauwelijks gebruik gemaakt.⁸⁴ Een lastige vraag is ook hoe hoog dat uitkeerbare percentage zou moeten zijn. Het aan aandeelhouders uitkeerbare bedrag bij de CIC is, zoals opgemerkt, op dit moment wettelijk gemaximeerd op 35% van de winst.⁸⁵ De Luxemburgse SIS mag 50% van haar winst uitkeren.⁸⁶ Mijns inziens is hier steeds maatwerk geboden en zou een dergelijk maximum in ieder geval niet in het BV-recht opgenomen moeten worden.⁸⁷

Andere vormen van uitkering

Een bijkomende reden om een uitkeringsmaximum of kapitaalklem niet in het BV-recht te regelen, is dat er allerlei “omwegen” mogelijk zijn om uitkeringen aan aandeelhouders te doen. Naast het beperken van uitkeringen zouden dan ook alternatieve “constructies” zoals hoogrentende aandeelhoudersleningen (zie de *debt with equity characteristics* genoemd bij de CIC) ondervangen moeten worden. Bovendien kan ook geld “weglekken” via hoge bestuurdersbeloningen en managementvergoedingen.⁸⁸ Zoals ook in de literatuur al een aantal keer terecht is opgemerkt, is het met name van belang dat het bestuur van de BV transparant is over de besteding van het vermogen aan het maatschappelijke doel en dat er eisen worden gesteld aan verslaggeving over (winst)uitkeringen en bestuurdersbeloningen.⁸⁹

7. Aandachtspunten voor een wettelijk label

Uit het voorgaande blijkt dat het BV-recht nog flexibel genoeg is, maar op een paar punten sociale ondernemingen zou kunnen faciliteren. Van eventuele wijzigingen zouden ook andere ondernemingen die worstelen met hun rechtsvorm

kunnen profiteren, zoals door de overheid bekostigde zorginstellingen, die vanwege het huidige winstuitkeringsverbod doorgaans (moeten) kiezen voor de stichting als rechtsvorm. Bij de invoering van de Flex-BV in 2012 zijn bepalingen in het BV-recht opgenomen die bijvoorbeeld de joint venture en de onderneming in concernverband faciliteren.⁹⁰ Deze wettelijke mogelijkheden zijn ook ten goede gekomen aan andere soorten ondernemingen. De kracht van het Nederlandse BV-recht is mijns inziens dat het een basisstructuur biedt met diverse keuzemogelijkheden voor de meest uiteenlopende soorten ondernemingen. Daarmee is het BV-recht als geheel bruikbaar voor vele toepassingsvormen. Het kabinet kiest er dan ook terecht voor om niet een aparte modaliteit van de BV in het Burgerlijk Wetboek op te nemen. Een dergelijke regeling zou naar mijn mening afbreuk doen aan de eenheid van het BV-recht.

Een vervolgvraag is hoe (h)erkenning van sociale ondernemingen bevorderd kan worden. De Staatssecretaris van EZK heeft aangekondigd dat er een wettelijke regeling voor sociale ondernemingen komt, de “maatschappelijke BV”, en dat de voorwaarden daarvoor buiten het Burgerlijk Wetboek worden geregeld. Uit de brief van de Staatssecretaris lijkt te volgen dat het gaat om een label dat slechts beschikbaar wordt gesteld

83. Zie ook – onder oud recht – Bier 2003, p. 66. Dat zekere recht zou ten minste moeten bestaan uit de nominale waarde van de aandelen voor zover deze is volgestort.

84. Zie ook Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019/105. De sociale ondernemingen die in het register van Social Enterprise NL zijn opgenomen maken hiervan, voor zover ik kan zien, geen gebruik.

85. In het KPMG/Nyenrode-Rapport (p. 30) is te lezen dat uit interviews naar voren dat men in het algemeen denkt aan 25% vrij uitkeerbare winsten en kapitaal en 75% herinvesteren, maar in ieder geval ten minste 50% herinvesteren in de activiteiten die de maatschappelijke missie ondersteunen (zoals in de Luxemburgse wet gehanteerd wordt).

86. Art. 4 van de Loi du 12 décembre 2016 portant création des sociétés d'impact sociétal.

87. In de literatuur is opgemerkt dat, net als bij de CIC, het percentage door een externe toezichthouder vastgesteld en gewijzigd zou kunnen worden. Zie De Jongh, Schild & Timmerman 2010, p. 241-242.

88. Zie ook De Jongh 2018. Om die reden geldt voor veel buitenlandse labels als voorwaarde dat de bestuurdersbeloning is gemaximeerd en jaarlijks bekend wordt gemaakt. Zie voor de Luxemburgse SIS bijvoorbeeld art. 5 van de Loi du 12 décembre 2016 portant création des sociétés d'impact sociétal.

89. Helder 2014.

90. Daarbij kan worden gedacht aan de benoeming van ‘eigen bestuurders’ door elk van de joint venture-partijen (art 2:242 lid 1 BW) en de mogelijkheid om in de statuten te bepalen dat de algemene vergadering concrete instructies kan geven (art 2:239 lid 4 BW).

aan de BV. Niet duidelijk is waarom andere Nederlandse rechtsvormen, zoals NV's, coöperaties en ook stichtingen, niet voor het label 'maatschappelijk' in aanmerking komen. Hoewel over de vormgeving van het wettelijk label nog veel onduidelijk is, signaleer ik alvast een aantal belangrijke aandachtspunten.

Wie bepaalt en controleert of het doel maatschappelijk is?

Zoals eerder opgemerkt, meen ik dat met name van belang is dat de wetgever bij de vormgeving van de regeling besluit hoe en door wie wordt bepaald en gecontroleerd of een doel maatschappelijk is.⁹¹ Het maatschappelijke doel vormt immers de kern van het al dan niet toekennen van het label 'maatschappelijke BV' en veel ondernemingen claimen tegenwoordig – al dan niet terecht – (mede) maatschappelijke doelen na te streven. In nadere regelgeving kunnen criteria en eisen worden gesteld aan de kwalificatie 'maatschappelijk',⁹² maar dan nog is het de vraag wie controleert of hieraan voldaan wordt.

Net als in het Verenigd Koninkrijk zou een publieke autoriteit, vergelijkbaar met de CIC-Regulator, bij oprichting en bij doelwijziging kunnen vaststellen of een doel kwalificeert als 'maatschappelijk'.^{93, 94} Deze autoriteit zou ook de bevoegdheid kunnen krijgen om – al dan niet na klachten van belanghebbenden – in te grijpen als niet wordt voldaan aan de door de wet gestelde voorwaarden. In de literatuur worden ook terecht bezwaren geuit tegen een publieke toezichthouder die dergelijke bevoegdheden heeft.⁹⁵ Een interessante suggestie is om aan (vertegenwoordigers van) belanghebbenden het recht te geven om een enquêteverzoek in te dienen bij de Ondernemingskamer.⁹⁶ De staatssecretaris van EZK lijkt geen publieke autoriteit te willen betrekken en de Ondernemingskamer krijgt, als ik het goed zie, evenmin een rol. Zij schrijft in haar brief slechts dat naleving van de wettelijke regeling in handen zal zijn van belanghebbenden en dat zij zich tot de (gewone) burgerlijke rechter kunnen wenden. Vooralsnog is onduidelijk hoe dit belangrijke onderwerp verder uitgewerkt zal worden.

Ook is onduidelijk of interne controle zal worden voorgeschreven. Bij gebreke aan een externe toezichthouder zal er toch minstens een vorm van intern toezicht moeten zijn. In de praktijk wordt als gezegd gebruik gemaakt van een stichting die een prioriteitsaandeel in de BV houdt en middels goedkeuringsrechten de maatschappelijke missie van de BV bewaakt. Een alternatief is het instellen van een raad van commissarissen. Een 'lichtere' en meer op de (kleinere) sociale onderneming toegespitste controlemogelijkheid

zou zijn om, net als in Frankrijk, een speciaal comité in het leven te roepen, dat tot taak heeft om periodiek te controleren of en hoe het maatschappelijke doel wordt nageleefd.

Hoe wordt verantwoording afgelegd?

In de brief van de Staatssecretaris wordt niet belicht hoe wordt gecontroleerd of de omzet wordt geherinvesteerd in het bereiken van het maatschappelijke doel en of de winst grotendeels ten goede komt aan dat doel. Uit de definitie van KPMG, die als uitgangspunt van een wettelijke regeling dient, volgt slechts dat een sociale onderneming transparant is op haar website of via haar jaarverslag 'over de meest materiele gecreëerde maatschappelijke waarde'.

Transparante bedrijfsvoering en openbare verantwoording zijn mijns inziens kernvoorwaarden om te kunnen kwalificeren als sociale onderneming. Besturen van buitenlandse *social enterprises*, zoals de CIC en de *société à mission*, moeten in een jaarlijks rapport toelichten hoe de ondernemingsactiviteiten hebben bijgedragen aan het algemeen belang en hoe de eventuele jaarlijkse winst wordt besteed. Aan de inrichting en controle van deze verantwoording zouden mijns inziens, net als in het buitenland, voorwaarden moeten worden gesteld.⁹⁷

91. B Lab en Social Enterprise controleren sociale ondernemingen die hun respectievelijke keurmerken willen gebruiken aan de hand van eigen criteria, waarbij zij nagaan of het doel maatschappelijk is.

92. Lambooy, Anthoni & Argyrou suggereren om aan te sluiten bij de eisen die de Belastingdienst stelt aan algemeen nut beogende instellingen (ANBI's), Lambooy, Anthoni & Argyrou 2020. Zie ook KPMG/Nyenrode-Rapport, p. 24.

93. Ook is wel gesuggereerd dat de notaris, die is betrokken bij oprichtingen en statutenwijzigingen van BV's, een rol gaat spelen bij de vaststelling en eventuele registratie in het handelsregister dat doel maatschappelijk is. De notaris zal echter concrete handvatten of richtlijnen willen hebben en de vraag is of de notaris de voor de hand liggende instantie is om een dergelijke beoordeling te maken.

94. De Jongh, Schild & Timmerman 2010, p. 238-239. Zij merken op dat deze autoriteit ook voorlichting en begeleiding kan bieden aan sociale ondernemers, dus als een soort ombudsman kan fungeren.

95. De Jongh 2018. Zie ook Kamerbeek 2012.

96. De Jongh 2018 en UU-Rapport, p. 9, waar wordt opgemerkt dat het gaat om degenen die een aantoonbaar belang hebben bij de realisatie van de doelstellingen van de sociale onderneming en dat hierbij ook gedacht kan worden aan een representatieve stichting of vereniging, zoals bijvoorbeeld wordt gehanteerd in het kader van een collectieve actie, of aan een burgerinitiatief.

97. Zoals bij algemeen nut beogende instellingen zou voorgeschreven kunnen worden dat het bestuur een beleidsplan opstelt dat voldoet aan nader te stellen regels en dat niet alleen het bestuursverslag maar ook het beleidsplan openbaar wordt gemaakt.

8. Conclusies

Sociale ondernemingen kenmerken zich door hun maatschappelijke doel dat statutair is vastgelegd en niet (zomaar) kan worden gewijzigd. Bovendien kenmerken zij zich door het feit dat hun winst voor een wezenlijk deel ten goede komt aan het maatschappelijke doel. Het BV-recht is flexibel en biedt al veel mogelijkheden, maar kan sociale ondernemingen op een paar plekken nog verder tegemoetkomen. Mijns inziens kan dat met behoud van de eenheid van het BV-recht, dat bij de invoering van de Flex-BV in 2012 een belangrijk uitgangspunt was.

Het is nu al mogelijk om een maatschappelijk doel en een maatschappelijke missie op te nemen in de statuten. De algemene vergadering heeft de bevoegdheid om het statutaire doel te wijzigen en deze bevoegdheid kan onder huidig BV-recht niet volledig worden uitgesloten. Ik meen dat het BV-recht sociale ondernemingen kan faciliteren door toe te laten dat doelwijziging, net als bij stichtingen, statutair onmogelijk wordt gemaakt. Zolang de mogelijkheid van doelwijziging niet is uitgesloten, dient een sociale onderneming in ieder geval in haar statuten voor te schrijven dat aandeelhoudersbesluiten tot doelwijziging (statutenwijziging, maar ook andere vormen van structuurwijziging die kunnen leiden tot een ander doel) voorafgaande goedkeuring door een intern controlerend orgaan of een externe toezichthouder behoeven.

Op grond van het huidige BV-recht kunnen de statuten bepalen dat een vast deel van de jaarlijkse winst moet worden toegevoegd aan een statutaire reserve, zodat dit ten goede komt aan het maatschappelijke doel. Slechts het overige deel van de winst staat dan ter beschikking van de aandeelhouders. Daarbij dient te worden voorkomen dat de gebonden statutaire reserve door een statutenwijziging alsnog kan worden uitgekeerd. Ook hier zou het helpen als het BV-recht het mogelijk maakt om statutenwijziging (deels) uit te sluiten, maar bij dit alles dient bedacht te worden dat andere “constructies” alsnog tot uitkeringen aan aandeelhouders kunnen leiden. Openbare verantwoording over de besteding van het vermogen aan het maatschappelijke doel en over eventuele (winst)uitkeringen aan aandeelhouders, in welke vorm en mate dan ook, werkt mijns inziens het beste.

Het kabinet heeft aangekondigd de ‘maatschappelijke BV’ buiten het Burgerlijk Wetboek te willen regelen. Mijns inziens dient bij het vormgeven van deze regeling vooral nagedacht te worden over de vraag wie bepaalt en controleert of een doel daadwerkelijk ‘maatschappelijk’ is en blijft. Bovendien is van belang dat toezicht wordt gehouden op de wijze waarop het bestuur uitvoering geeft aan het bereiken van het maatschappelijke doel. Het is nu afwachten hoe deze belangrijke onderwerpen in het conceptwetsvoorstel uitgewerkt gaan worden.