

De maatschappelijke onderneming en haar (nieuwe) juridische jas

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

*mr. T.A. Schriemer**

Het Ministerie van EZK heeft onderzoek laten doen naar de maatschappelijke onderneming. Auteurs bespreken naar aanleiding daarvan de huidige toepassings- en herkenningmogelijkheden van de maatschappelijke onderneming met een blik op het verwachte wetsvoorstel voor de BVm.

1 Inleiding

Maatschappelijke ondernemingen zijn van belang voor de maatschappij doordat zij primair zoeken naar oplossingen voor maatschappelijke vraagstukken (*'impact first'*), bijvoorbeeld op het gebied van duurzaamheid, arbeidsparticipatie en armoedebestrijding. Zij streven niet naar winstmaximalisatie. De governance van een maatschappelijke onderneming wordt in de regel gekenmerkt door een maatschappelijke missie, een stakeholdersbeleid, een uitkeringsbeleid en een beleid ten aanzien van transparantie.

De gedachte dat een onderneming zich dient te gedragen als *corporate responsible citizen* is springlevend, zo blijkt onder meer uit verschillende onderzoeken, uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat (EZK),¹ een pamflet van 25 hoogleraren ondernemingsrecht,² een advies van de Sociaal-Economische Raad (SER)³ en de Corporate Governance Code.⁴ Uit onderzoek blijkt dat in Nederland in 2016 5000 tot 6000 maatschappelijke ondernemingen gevestigd zijn.⁵

Recent heeft het Ministerie van EZK onder meer laten onderzoeken of er behoefte bestaat aan een maatschappelijke modaliteit op de BV: 'de BVm'.⁶ Deze (nieuwe) modaliteit moet recht doen aan de herkenning en erkenning van maatschappelijke ondernemingen en zal naar ons idee leiden tot kostenbesparing voor de maatschappelijke onderneming. Ingewikkelde structuren, die soms worden gebruikt om de maatschappelijke component te waarborgen, zullen niet of minder nodig zijn. Daarnaast kan in principe worden bespaard op de kosten van een keurmerk of certificaat.

Een vraag die tot nu toe onderbelicht is gebleven, maar van belang is om nader inzicht te krijgen in de maatschappelijke onderneming, is: welke juridische toepassingen zijn er binnen het huidige ondernemingsrecht om een maatschappelijke onderneming vorm te geven en herkenbaar te maken? In dit artikel gaan wij op die vraag in. Wij hebben ons daarvoor mede gebaseerd op onze praktijkervaringen en tevens op de statuten van maatschappelijke ondernemingen die zijn geregistreerd in het Register Sociale Ondernemingen en bij Stichting Social Enterprise NL.⁷

In verschillende Europese landen is de juridische verankering van maatschappelijke ondernemingen al geregeld en Nederland loopt in die zin achter op zijn buurlanden.⁸ Deze verankering vindt plaats via een bijzondere rechtsvorm, bijvoorbeeld de Community Interest Company (CIC) in het Verenigd Koninkrijk, of een juridisch label/certificering/keurmerk, zoals het label 'Vennootschap met Sociaal Oogmerk' (VSO) in België. De CIC wordt als succesvol gezien en in absolute zin veel gebruikt, waarbij het gebruik ook toeneemt.⁹

* Mr. M.J.L.A.M. Zillikens-Loos, mr. Q.M.J.A. Crul en mr. T.A. Schriemer zijn 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 (hierna: KPMG 2020). N. Bosma e.a., Versnelling en verbreding van sociaal ondernemerschap. Een onderzoek naar de wenselijkheid van nieuwe juridische kaders (onderzoek in opdracht van het Ministerie van EZK), Universiteit Utrecht 2019 (hierna: Universiteit Utrecht 2019).

2. J.W. Winter e.a., Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoorde deelname aan het maatschappelijk verkeer, Ondernemingsrecht 2020/86.

3. SER, Sociale ondernemingen: een verkennend advies, 2015.

4. Principe 1.1 Lange termijn waardecreatie van de Corporate Governance Code.

5. McKinsey, Scaling the impact of the social enterprise sector, 2016. Anders: het onderzoek van ABN AMRO, waar wordt opgemerkt dat er 3000 tot 4000 maatschappelijke ondernemingen zijn, zie ook ABN AMRO, De noodzaak van marktontwikkeling voor sociale ondernemingen, 2017.

6. Ministerie van EZK, Kamerbrief van 10 juli 2020: Kabinetsinzet Sociaal Ondernemen, 2020 (hierna: Kamerbrief 10 juli 2020).

7. De leden van Stichting Social Enterprise NL zijn te raadplegen via www.social-enterprise.nl/onze-leden.

8. Europese Commissie, A map of social enterprises and their eco-systems in Europe: Synthesis report, 2015.

9. Er zijn 15.700 CIC's geregistreerd in het Verenigd Koninkrijk en er is een toename van 10% sinds 2017-2018. Toch lijkt slechts ongeveer 3% van de maatschappelijke ondernemingen in het Verenigd Koninkrijk voor deze rechtsvorm te kiezen, zie CIC Regulator: Annual Report 2018 to 2019, p. 7 (www.gov.uk/government/publications/cic-regulator-annual-report-2018-to-2019); Universiteit Utrecht 2019, p. 39.

De VSO wordt als ‘beperkt succesvol’ gezien, waarschijnlijk door de vele vereisten die daaraan worden gesteld.¹⁰

In deze bijdrage staan we eerst kort stil bij de huidige stand van zaken omtrent de maatschappelijke onderneming (par. 2). Vervolgens bespreken wij verschillende opties om de maatschappelijke onderneming vorm te geven, meer algemeen en per rechtsvorm, in paragraaf 3 en 4. Daarnaast volgt in paragraaf 5 een overzicht van de huidige mogelijkheden om herkenning van maatschappelijke ondernemingen te realiseren. Tot slot bevat paragraaf 6 enkele aanbevelingen aan het kabinet bij het vormgeven van een juridische regeling voor de maatschappelijke onderneming en volgt in paragraaf 7 de conclusie.

2 Huidige stand van zaken

2.1 Achtergrond

Er zijn al diverse onderzoeken gedaan naar sociale ondernemingen, al dan niet geïnitieerd door het kabinet.¹¹ De begrippen ‘sociale onderneming’ en ‘maatschappelijke onderneming’ lopen in de praktijk door elkaar,¹² maar het kabinet wenst het begrip ‘maatschappelijke onderneming’ aan te houden om verwarring te voorkomen en recht te doen aan de door hem verkozen definitie (zoals wordt besproken in par. 2.4).

2.2 Rapport van de Universiteit Utrecht

De Universiteit Utrecht heeft, in opdracht van het Ministerie van EZK, onderzoek gedaan naar de mogelijkheden om sociaal ondernemerschap te stimuleren. De uitkomsten daarvan zijn begin februari 2019 gepubliceerd. Dit onderzoek volgt op een eerder verschenen initiatiefnota van Kamerlid Bruins (ChristenUnie)¹³ over de behoefte aan erkenning van sociale ondernemingen en een rapport van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO),¹⁴ dat diverse knelpunten en kansen voor sociale ondernemingen noemt.

Uit het rapport van de Universiteit Utrecht volgen verschillende argumenten om aan sociale ondernemingen een aparte juridische status te verlenen, zoals de herkenning en erkenning van sociale ondernemingen, het geven van een geloofwaardige invulling aan sociaal ondernemerschap zonder het risico van *greenwashing*¹⁵ en het stimuleren van de discussie over sociaal

ondernemerschap in de samenleving.¹⁶ Het rapport van de Universiteit Utrecht maakt daarbij een onderscheid tussen de BVm en een lichtere variant van de BVm (de zogenaamde ‘BVm light’).¹⁷ Bij een BVm light worden geen nadere eisen gesteld met betrekking tot een vermogens- of dividendklem of de governance.¹⁸

Het rapport benadrukt tevens dat het onder de huidige wetgeving al mogelijk is om een specifieke juridische structuur op te tuigen die past bij de wensen en doelstellingen van een sociale onderneming, maar dat hiervoor expertise vereist is die niet voor iedere ondernemer toegankelijk is. De invoering van een bijzondere rechtsvorm of modaliteit voor de maatschappelijke onderneming verkleint, aldus dit rapport, dit probleem.¹⁹

Het rapport stelt vier eisen aan (de introductie van) een BVm:

1. het opnemen van de sociale of maatschappelijke doelstelling in de statuten; deze doelstelling kan ter stimulering van de herkenning en erkenning ook specifiek worden aangekend in het handelsregister;
2. naast een financiële verantwoording in de jaarrekening wordt daarin ook gerapporteerd over de wijze waarop en de mate waarin de onderneming in het voorafgaande boekjaar haar doelstellingen heeft gerealiseerd;
3. de introductie van een (wettelijk) instrument waarmee externe belanghebbenden een mogelijkheid tot verhaal hebben, bijvoorbeeld bij vermoeden van misbruik, gebruik onder valse voorwendselen of verandering van regime (waarbij de maatschappelijke doelstelling en/of governance in het gedrang komt); en
4. het onderwerpen van een statutenwijziging, fusie, splitsing, omzetting en ontbinding van de BVm aan een rechterlijke toetsing.²⁰

2.3 Rapport van KPMG en Nyenrode Business Universiteit

Vervolgens hebben KPMG en Nyenrode Business Universiteit in opdracht van het Ministerie van EZK tezamen een onderzoek gedaan naar de behoefte aan maatregelen voor de herkenning en erkenning van sociale ondernemingen en op welke wijzen in die behoefte kan worden voorzien. De twee belangrijkste voorstellen die uit dit rapport naar voren komen, zijn de uitwerking van (1) de invoering van een nieuwe rechtsvorm (de BVm) en (2) de wettelijke verankering van de Code Sociale Ondernemingen (eventueel met het toekennen van de status ‘BVm’).²¹

10. Universiteit Utrecht 2019, p. 40. Na wetswijziging in 2019 kunnen nog slechts coöperatieve vennootschappen het label VSO krijgen. Slechts ongeveer 5% van de maatschappelijke ondernemingen in België gebruikt dit label. Europese Commissie, Social enterprises and their eco-systems in Europe – Updated country report on Belgium, 2020, p. 42 en 51.

11. Zie onder meer SER 2015; Social Enterprise NL, B.V.m.: Op weg naar het Burgerlijk Wetboek, 2016; Universiteit Utrecht 2019; KPMG 2020.

12. Initiatiefnota E. Bruijns: Kamerstukken II 2018/19, 35040, nr. 2.

13. Zie ook initiatiefnota E. Bruijns, p. 3-4.

14. OECD, Social impact investment. Building the evidence base, 2015.

15. Onder *greenwashing* wordt volgens Van Dale verstaan: ‘het als milieuvriendelijk presenteren van handelingen of zaken die dat in feite niet zijn’.

16. Universiteit Utrecht 2019, p. 49 en 50.

17. Hoewel in het rapport van de Universiteit Utrecht wordt gesproken over een ‘bv-m’, wordt voor de eenduidigheid in dit artikel gerefereerd aan ‘BVm’ (in navolging van de Kamerbrief van 10 juli 2020).

18. Universiteit Utrecht 2019, p. 47 en 48.

19. Universiteit Utrecht 2019, p. 47.

20. Universiteit Utrecht 2019, p. 47 en 48.

21. KPMG 2020, p. 48-50.

KPMG signaleert – in navolging van het SER-advies²² – dat notarissen een belangrijke rol zouden kunnen spelen bij de toetsing of voldaan wordt aan de vereisten voor de BVm, met name of de maatschappelijke missie voldoet.²³ Dit lijkt een logische positie voor de notaris, die de door een toekomstige regeling voor de BVm gestelde criteria kan verifiëren bij een oprichting of statutenwijziging. Het is nog onbekend of de wetgever in een komende wettelijke regeling de keuze maakt voor een rol voor de notaris om te toetsen of een onderneming bij oprichting of statutenwijziging aan de vereisten voor de BVm voldoet, en/of een vorm van tussentijdse toetsing invoert.

2.4 Kamerbrief 10 juli 2020

Uit de Kamerbrief van 10 juli 2020 blijkt dat het kabinet uitvoering geeft aan het voorstel uit het bovengenoemde rapport van KPMG en Nyenrode Business Universiteit om de BVm als nieuwe rechtsvorm in te voeren. Het toekennen van een wettelijke status aan de Code Sociale Ondernemingen is volgens het kabinet niet wenselijk, omdat zo'n wettelijke status dan ook verbonden zou moeten worden aan andere (private) codes en keurmerken die een soortgelijke waarborg geven voor sociaal ondernemerschap. Een dergelijke regeling kan daardoor erg algemeen worden en daarmee veel minder van betekenis zijn. Ook acht het kabinet de uitvoering van een dergelijk systeem erg complex.

De herkenning en erkenning van maatschappelijke ondernemingen zullen worden bewerkstelligd door een nog te ontwikkelen wettelijke regeling voor een maatschappelijke modaliteit op de BV. Het betreft een civielrechtelijke regeling, waarbij belanghebbenden ter naleving van de wettelijke regeling de mogelijkheid krijgen om zich tot de civiele rechter te wenden. De regeling zal in een *lex specialis* worden opgenomen (en dus niet in Boek 2 BW) en zal ten minste betrekking hebben op:

- ‘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”, en
- een of meer bepalingen die zien op de registratie van de maatschappelijke BV in het Handelsregister’.²⁴

Het kabinet acht het begrip ‘sociale onderneming’ te beperkt, aangezien hierdoor de indruk kan ontstaan dat sociale ondernemingen alleen ondernemingen zijn die zich inzetten voor mensen met afstand tot de arbeidsmarkt of andere sociale doelen. In de praktijk gaat het bijvoorbeeld ook regelmatig om ondernemingen die doelstellingen hebben op het gebied van duurzaamheid. Wij onderschrijven deze visie van het kabinet.

Door KPMG is een definitie voor ‘sociale ondernemingen’ ontwikkeld die breder is dan enkel sociale doelstellingen. Om

begripsverwarring te voorkomen wordt het wenselijk geacht door het kabinet om te spreken over ‘maatschappelijke ondernemingen’. Het Ministerie van EZK gebruikt de door KPMG ontwikkelde definitie als uitgangspunt voor de nadere uitwerking van de wettelijke regeling van de maatschappelijke onderneming. Wij gaan in deze bijdrage ook uit van deze definitie, die luidt als volgt:

Maatschappelijke ondernemingen zijn ondernemingen die:

1. ‘een product of dienst leveren;
2. 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;
3. een deel van de omzet (her)investeren 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;
4. hun relevante stakeholders identificeren en daarmee minimaal jaarlijks in dialoog gaan;
5. transparant zijn op hun website (of op andere wijze mits publiekelijk toegankelijk zoals in hun jaarverslag) over de meest materiële gecreëerde maatschappelijke waarde, en
6. onafhankelijk van de overheid en/of andere entiteiten een eigen strategie kunnen nastreven’.²⁵

2.5 Vervolgstappen

Uit de Kamerbrief van 10 juli 2020 blijkt dat het kabinet ernaar streeft om eind 2020 een voorontwerp van de wettelijke regeling voor de BVm in consultatie te brengen. Het is de bedoeling dat het voorstel daarna voor de verkiezingen van maart 2021 voor advies aan de Raad van State wordt voorgelegd.²⁶

3 Governance van de maatschappelijke onderneming

De governance van een maatschappelijke onderneming kent verschillende bijzondere onderdelen die daarin telkens geheel of gedeeltelijk terugkomen. Deze zijn gebaseerd op nationaal en internationaal erkende uitgangspunten, die worden onderschreven door de SER, de Social Business Initiative van de Europese Unie en de OESO.²⁷ In deze paragraaf staan wij eerst stil bij deze onderdelen, die in het algemeen van belang zijn bij een maatschappelijke onderneming. Vervolgens vermeldt paragraaf 4 bijzondere mogelijkheden voor de rechts-

22. SER 2015, p. 113.

23. KPMG 2020, p. 31.

24. Kamerbrief 10 juli 2020, p. 4.

25. Definitie Kamerbrief 10 juli 2020, p. 2. Uit het rapport van KPMG blijkt overigens dat ondernemingen zichzelf ook zien als een sociale onderneming indien zij niet aan alle onderdelen van de definitie voldoen. Slechts ongeveer de helft van de ondernemingen die meededen aan het onderzoek van KPMG en zichzelf aanmerken als sociale onderneming voldoet aan alle onderdelen van voormelde definitie. KPMG 2020, p. 26.

26. FD, Kabinet introduceert de bvm, een aparte rechtsvorm voor sociale ondernemers, 10 juli 2020.

27. SER 2015; de thema's die the Social Business Initiative van de Europese Unie aanhouden, zijn te raadplegen via https://ec.europa.eu/growth/sectors/social-economy/enterprises_en; OECD 2015.

vormen die thans met name worden gebruikt door maatschappelijke ondernemingen: de stichting, de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en de coöperatie.²⁸

Op dit moment is het niet vereist dat een onderneming die naar buiten treedt als maatschappelijke onderneming voldoet aan alle onderdelen van de hiervoor gebruikte definitie van maatschappelijke onderneming. In de praktijk wordt het vaakst niet voldaan aan de vereiste van transparantie ten aanzien van de dialoog met stakeholders en zijn ondernemers niet (voldoende) transparant over de behaalde impact.²⁹ Wanneer voor de maatschappelijke onderneming wetgeving wordt geïntroduceerd, zal dit naar verwachting wijzigen en zullen maatschappelijke ondernemingen die zich blijvend als zodanig willen onderscheiden, kritisch moeten kijken of zij voldoen aan alle voorwaarden.

De volgende onderdelen, die zoals hiervoor vermeld zijn gebaseerd op nationaal en internationaal erkende uitgangspunten, dragen bij aan het vertrouwen in maatschappelijke ondernemingen en komen geregeld terug in de governance van maatschappelijke ondernemingen:

1. een maatschappelijke doelstelling en/of missie;
2. regels ten aanzien van financiële aspecten;
3. de aanwezigheid van een stakeholdersbeleid; en
4. transparantie omtrent de wijze waarop en mate waarin de doelstelling of missie is nagestreefd, het gevoerde financiële beleid en de wijze waarop stakeholders bij de onderneming betrokken zijn geweest.

3.1 Maatschappelijke doelstelling en/of missie

Maatschappelijke ondernemingen, in welke vorm ook gedreven, hebben een maatschappelijke doelstelling en/of missie ('*impact first*'), die (vrijwel) altijd is opgenomen in de statuten: voor welk maatschappelijk vraagstuk levert de rechtspersoon primair een bijdrage? Voor het antwoord op de vraag of een doel als een maatschappelijk doel kan worden aangemerkt, wordt in het rapport van KPMG³⁰ aangesloten bij de limitatieve opsomming van artikel 5b van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR), waarin is opgenomen welke doelen als een algemeen nut beogend doel kunnen worden aangemerkt voor een instelling met de fiscale status van algemeen nut beogende instelling (ANBI). Als algemeen nut in de zin van deze bepaling worden bijvoorbeeld aangemerkt: bescherming van natuur en milieu (waaronder begrepen is de bevordering van duurzaamheid), gezondheidszorg, jeugd- en ouderenzorg en ontwikkelingssamenwerking. De opsomming van artikel 5b AWR wordt in het rapport van KPMG aangevuld met twee categorieën: arbeidsintegratie en het bevorderen van mensenrechten.

28. Social Enterprise NL, De Social Enterprise Monitor 2019. Het onderzoek naar de ontwikkelingen van sociale ondernemingen in Nederland, 2019, p. 10.

29. KPMG 2020, p. 26.

30. KPMG 2020, p. 25-26.

In de statuten kan naast de maatschappelijke doelstelling een maatschappelijke missie worden opgenomen. Maatschappelijke ondernemingen kiezen vaak voor een aparte bepaling die de maatschappelijke missie verder uitwerkt.

De doelstelling of missie kan al verwijzen naar de stakeholders en aangeven dat met hun belangen rekening wordt gehouden. Ook kan hier worden opgenomen dat de maatschappelijke onderneming de Code Sociale Ondernemingen wil naleven en streeft naar opneming in het Register Sociale Ondernemingen.

In statuten zien we vaak verzwaarde quorum-eisen ten aanzien van de besluitvorming voor wijziging van de statutaire doelstelling en de in statuten vastgelegde missie of de eis van goedkeuring van een orgaan van de rechtspersoon. Hierdoor worden de maatschappelijke doelstellingen en de missie beschermd.

Door het opnemen van een maatschappelijke doelstelling/missie in de statuten wordt ieder besluit van een orgaan van de onderneming daaraan getoetst en is het mogelijk om in te grijpen als in strijd met de maatschappelijke doelstelling/missie wordt gehandeld. Denkbaar is dat de maatschappelijke doelstelling/missie invloed heeft op de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn bestuurders, als bestuurders daarmee in strijd handelen. Dit kan ook een rol spelen bij de inkleuring van de redelijkheid en billijkheid op grond van artikel 2:8 BW, en daarmee de aantastbaarheid van de besluitvorming.

Soms zien wij in de praktijk dat initiatiefnemers van een maatschappelijke onderneming de voorkeur geven aan een onafhankelijk bestuur en zelf niet plaats wensen te nemen in het bestuur. In plaats daarvan treden zij dan als werknemer in dienst van de maatschappelijke onderneming. Een onafhankelijk bestuur zal in het algemeen het handelen in overeenstemming met de maatschappelijke doelstelling/missie verzekeren.

3.2 Financiële aspecten

Een maatschappelijke onderneming is niet gericht op winstmaximalisatie, maar juist op het bereiken van voortgang ten aanzien van het door haar geformuleerde maatschappelijke doel (en missie). Daarbij dient steeds een afweging te worden gemaakt tussen herinvestering van winst in de onderneming en – bij de BV of coöperatie – uitkering aan aandeelhouders of leden. Een uitkeringsbeleid kan steun bieden bij het maken van deze afwegingen.

Ook het beloningsbeleid van het bestuur, het toezichthoudend orgaan en de werknemers is een aandachtspunt bij de maatschappelijke onderneming. In het algemeen zal de maatschappelijke onderneming kiezen voor een gematigd beloningsbeleid dat passend is binnen de sector waarin de maatschappelijke onderneming opereert. Toezichthouders van maatschappelijke ondernemingen ontvangen in de regel een beperkte of geen vergoeding voor hun werkzaamheden.

Regelmatig wordt – al dan niet in de statuten – verwezen naar de Wet normering topinkomens (WNT). De maatschappelijke onderneming vermeldt dan in haar statuten, haar bestuursreglement of op haar website dat haar beloningsbeleid in overeenstemming is met de WNT.

3.3 Stakeholdersbeleid

Een van de kenmerken van de maatschappelijke onderneming is dat stakeholders (zoals werknemers, investeerders, inkopers, klanten, leveranciers, overheden en de gemeenschap waarbinnen de maatschappelijke onderneming opereert) actief worden betrokken bij de onderneming. Het betrekken van stakeholders vergroot het draagvlak voor het handelen door de maatschappelijke onderneming. In de statuten wordt dit vormgegeven door aan te geven wie de stakeholders van de maatschappelijke onderneming zijn en regels op te nemen over de wijze van betrokkenheid van stakeholders. De statuten kunnen ook expliciet bepalen dat bestuurders bij de uitoefening van hun taken (ook) rekening moeten houden met de belangen van de stakeholders.

Een regeling omtrent de invloed van de stakeholders op de strategie van de stichting en een regeling ten aanzien van de dialoog tussen het bestuur, een eventueel toezichthoudend orgaan en de stakeholders zullen een goede aanvulling op de statuten zijn. In de statuten kunnen eventuele goedkeurings- en adviesrechten van de stakeholders (zoals in geval van benoeming van bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan, maar ook in andere gevallen) worden opgenomen. Hiervoor kan een aparte raad van advies worden gecreëerd.

Betrokkenheid van stakeholders kan ook worden vormgegeven via een platform voor belanghebbenden, een commissie van belanghebbenden of, nog verdergaand, het toekennen van aandelen in een BV aan belanghebbenden, of door het verlenen van een (bijzonder) lidmaatschap van een coöperatie aan belanghebbenden. Daarnaast kunnen goedkeuringsrechten of adviesrechten voor bepaalde besluiten worden verleend aan stakeholders.

3.4 Transparantie

De jaarstukken van de maatschappelijke onderneming rapporteren veelal over de wijze waarop en de mate waarin de onderneming in het afgelopen boekjaar haar maatschappelijke doelstellingen en missie heeft gerealiseerd. Dit wordt ook wel een ‘sociaal’ jaarverslag³¹ of ‘impactrapportage’ genoemd. Hierdoor wordt zichtbaar welke impact de bedrijfsactiviteiten hebben gehad op mens, milieu en maatschappij. Ook kunnen geïnteresseerden (bijvoorbeeld inkopers en investeerders) hierdoor beter een risico-/rendementsanalyse maken.³²

De jaarstukken vermelden in het kader van de transparantie ook op welke wijze de stakeholders van de onderneming betrokken zijn geweest bij de strategie van de onderneming en

31. Zie ook art. 31b lid 1 Wet op de ondernemingsraden.

32. ABN AMRO 2017, p. 55.

in hoeverre uitvoering is gegeven aan het stakeholdersbeleid van de onderneming. Daarnaast geven de jaarstukken vaak aan in hoeverre uitvoering is gegeven aan het beleid ten aanzien van de winstbestemming en het beloningsbeleid.

De statuten van de maatschappelijke onderneming kunnen in het kader van de vereiste transparantie een verplichting voor het bestuur bevatten om jaarlijks te rapporteren over bepaalde in de statuten vermelde punten. Zo kan ook een verplichting worden opgenomen om informatie te verstrekken over het beloningsbeleid en – indien van toepassing – het dividendbeleid en de uitvoering daarvan in de praktijk. Deze informatie kan ook worden geplaatst op de website van de maatschappelijke onderneming.

4 Toepassing van de maatschappelijke onderneming bij verschillende rechtsvormen

Wij reiken in deze paragraaf mogelijkheden aan die naast de in paragraaf 3 vermelde mogelijkheden kunnen worden gebruikt voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming binnen een stichting, een BV, een coöperatie of een combinatie van deze rechtspersonen.³³ De NV en de vereniging worden hier buiten beschouwing gelaten, omdat er slechts weinig maatschappelijke ondernemingen in deze rechtsvorm worden vormgegeven. Ondanks dat er thans nog niet veel maatschappelijke ondernemingen in de vorm van een coöperatie zijn, wordt de coöperatie wel behandeld, omdat deze rechtsvorm zich gezien zijn karakter goed leent voor het vormgeven van een maatschappelijke onderneming en de afgelopen jaren aan populariteit heeft gewonnen.³⁴

4.1 Stichting-maatschappelijke onderneming

Bij maatschappelijke ondernemingen die zijn vormgegeven in de rechtsvorm van een stichting kan de maatschappelijke component worden uitgewerkt zoals hiervoor weergegeven in paragraaf 3. Daarnaast zijn de volgende onderdelen nog specifiek van belang voor de stichting.

4.1.1 Bestuur/raad van toezicht

De statuten van een stichting moeten een regeling geven ten aanzien van de benoeming van bestuurders.³⁵ De wettelijke regeling ten aanzien van stichtingen geeft hiervoor geen nadere regels, zodat er in geval van een stichting-maatschappelijke onderneming veel mogelijkheden zijn om deze benoeming uit te werken en stakeholders daarbij te betrekken. Hierbij kan, zoals aangegeven in paragraaf 3, invloed worden toegekend aan (bepaalde) stakeholders van de maatschappelijke onderneming, bijvoorbeeld door toekenning van een benoemingsrecht, een recht om een – al dan niet bindende – voordracht te

33. Wij trachten geen uitputtende opsomming te geven van de thans bestaande mogelijkheden. Sectorspecifieke regelgeving (bijv. op het gebied van onderwijs, kinderopvang en gezondheidszorg) wordt buiten beschouwing gelaten.

34. Volgens het rapport van KPMG is 2% van de respondenten in hun onderzoek vormgegeven als NV, 2% als coöperatie, 4% als vereniging, 29% als stichting en 48% als BV, zie KPMG 2020, p. 20.

35. Art. 2:286 lid 4 onder c BW.

doen of een recht om advies te geven omtrent een voorgenomen benoeming van een of meer bestuurders. Een dergelijke bindende voordracht kan in geval van de stichting niet worden doorbroken, tenzij dit specifiek geregeld is. Het is wel van belang dat de stakeholders individueel of als groep geïdentificeerd kunnen worden (bijvoorbeeld omdat zij verenigd zijn in een belangenvereniging), zodat duidelijk is wie een dergelijk benoemings-, voordrachts- of adviesrecht kan uitoefenen. Als de stichting een toezichthoudend orgaan heeft, kunnen de voormelde bevoegdheden ook ten aanzien van de benoeming van leden van de raad van toezicht worden toegekend. In geval van een benoemingsrecht ligt het voor de hand dat dezelfde benoemende instantie de desbetreffende bestuurder ook kan ontslaan.

Wanneer voor een maatschappelijke onderneming een flexibele regeling van zowel benoeming van bestuurders als vormgeving van stakeholdersrechten van belang is, lijkt de stichting daarvoor de meest passende rechtsvorm.

4.1.2 Structuurwijziging

Ten aanzien van een structuurwijziging (waaronder wij verstaan: fusie, splitsing, omzetting, statutenwijziging en ontbinding) kan – ter bescherming van de maatschappelijke doelstelling en missie – worden bepaald dat een dergelijk besluit slechts kan worden genomen met een versterkte meerderheid van de stemmen. Het opnemen van een quorumvereiste voor de besluitvorming of de goedkeuring van bijvoorbeeld (een van) de stakeholders versterkt de bescherming van de doelstelling en missie van de stichting verder. Voor de besluitvorming bij verkoop en/of staking van de maatschappelijke onderneming kan deze bescherming ook worden ingebouwd. Het is ook mogelijk dergelijke eisen slechts op te nemen ten aanzien van de bepalingen in de statuten die de doelstelling en missie weergeven en/of de regels ten aanzien van stakeholders en beloningsbeleid.

Het is van belang in de statuten van de stichting-maatschappelijke onderneming vast te leggen aan welke instelling een eventueel overschot na ontbinding van de stichting zal toekomen, of aan welk doel, dat in lijn ligt met het doel van de maatschappelijke onderneming, een overschot kan worden besteed.

4.2 BV-maatschappelijke onderneming

Wanneer de maatschappelijke onderneming kiest voor de rechtsvorm van een BV, zal zij in haar statuten bijzondere bepalingen kunnen opnemen om het maatschappelijke karakter van de onderneming te verankeren.

Naast de onderdelen zoals opgenomen in paragraaf 3 vermelden wij ten aanzien van de BV-maatschappelijke onderneming nog de volgende onderdelen, die specifiek van belang zijn voor de BV.

4.2.1 Bestuur/raad van commissarissen

De statuten van een BV regelen de benoeming van bestuurders en – indien van toepassing – van de leden van de raad van commissarissen. Het is mogelijk een prioriteitsaandeel uit te geven, bijvoorbeeld aan stakeholders, waaraan benoemingsrechten worden gekoppeld. Hierdoor kan worden bereikt dat een stakeholder bij benoeming van bestuurders (en leden van de raad van commissarissen) invloed heeft op de samenstelling van het bestuur en daarmee indirect op het beleid en de strategie binnen de onderneming. Het is ook mogelijk een (al dan niet bindend) voordrachtsrecht toe te kennen aan een prioriteitsaandeelhouder. Daarbij dient er rekening mee te worden gehouden dat iedere aandeelhouder met stemrecht moet kunnen deelnemen aan de besluitvorming inzake de benoeming van ten minste één bestuurder.³⁶ Deze bindende voordracht kan wel worden doorbroken.³⁷

4.2.2 Stakeholders

Bij een BV kunnen stemrechtloze aandelen worden uitgegeven aan bepaalde aandeelhouders. Voor investeerders kunnen stemrechtloze aandelen interessant zijn, zodat de keuze voor de rechtsvorm BV in dat geval logisch lijkt. Investeerders krijgen daarmee wel een (wellicht beperkt) rendement op hun investering, maar hebben geen invloed op bijvoorbeeld de maatschappelijke missie. Ook kunnen andere aandeelhouders (zoals stakeholders-niet-financiers) winstrechtloze aandelen verkrijgen. Voor stakeholders die geen behoefte hebben aan rendement, geldt juist het omgekeerde. Via de winstrechtloze aandelen komt de zeggenschap over de maatschappelijke onderneming (deels) bij de stakeholders te liggen. Zij kunnen hun invloed uitoefenen om te waarborgen dat de maatschappelijke doelstelling en missie voorop blijven staan.

Daarnaast bieden werknemersparticipaties de mogelijkheid om werknemers meer te betrekken bij de onderneming; de keuze voor de BV-maatschappelijke onderneming ligt dan het meest voor de hand. In het geval van een maatschappelijke onderneming die de bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde groepen werknemers ten doel heeft, kunnen aan de werknemers (die dus tevens stakeholders zijn) rechten worden toegekend die gekoppeld worden aan de werknemersparticipaties.

Werknemersparticipaties worden vaak vormgegeven door het certificeren van aandelen in het kapitaal van de maatschappelijke onderneming, waarbij certificaten worden uitgegeven aan de werknemers. Een stichting administratiekantoor (STAK) houdt de aandelen en oefent onder meer de stemrechten uit. Aan de certificaathouders zouden – naast bijvoorbeeld een beperkt recht op de winst – rechten kunnen worden toegekend ter bescherming van de maatschappelijke missie. Dat kan bijvoorbeeld door een getrapte goedkeuring van een bestuursbesluit van de BV, zoals een besluit tot wijziging van de maatschappelijke doelstelling/missie en overige bepalingen van de

36. Art. 2:242 lid 1 BW.

37. Art. 2:243 lid 2 en 5 BW.

statuten van de maatschappelijke onderneming. Om dat te bewerkstelligen bepalen de statuten van de BV dat een dergelijk bestuursbesluit aan goedkeuring van de algemene vergadering van de BV onderhevig is; de statuten van de STAK bepalen vervolgens dat het besluit van het STAK-bestuur over hoe te stemmen in de algemene vergadering van de BV is onderworpen aan voorafgaande goedkeuring van de certificaathouders-werknemers.

4.2.3 Structuurwijziging

In de statuten van de BV-maatschappelijke onderneming wordt veelal – ter bescherming van de maatschappelijke doelstelling/missie – vastgelegd dat een structuurwijziging slechts kan plaatsvinden met een versterkte meerderheid van de stemmen, waarbij ook sprake is van een quorum. Het is eventueel mogelijk voor een besluit tot statutenwijziging (of slechts tot wijziging van bepaalde artikelen van de statuten) op te nemen dat goedkeuring van de prioriteitsaandeelhouder vereist is.³⁸ Door het stellen van voorwaarden aan een besluit tot structuurwijziging kunnen ook de regels ten aanzien van transparantie, dividenduitkeringen en het beloningsbeleid worden geborgd.

De statuten kunnen daarnaast regelen dat bij ontbinding van de BV een deel van het overschot na vereffening wordt besteed aan de maatschappelijke doelstelling en dus niet toekomt aan de aandeelhouders. Het gaat dan veelal om het kapitaal dat deel uitmaakt van de impactreserve (zie par. 4.2.4).

4.2.4 Dividenduitkering, impactreserve en kapitaalklem

De statuten van de BV-maatschappelijke onderneming kennen vaak een zogenaamde 'impactreserve'. Het kapitaal dat via deze reserve wordt aangehouden binnen de BV zal (afhankelijk van de formulering in de statuten) uitsluitend kunnen worden gebruikt voor het bevorderen van de maatschappelijke doelstelling/missie van de BV. Veelal wordt bepaald dat jaarlijks een deel van de winst (vaak 50%) verplicht zal worden toegevoegd aan deze impactreserve ('de dividendklem') en dus niet beschikbaar is voor dividenduitkering aan aandeelhouders.

Het voormelde onderzoek van KPMG spreekt ook over het invoeren van een kapitaalklem.³⁹ Een dergelijke kapitaalklem zou ervoor moeten zorgen dat (een deel van) de winst specifiek wordt besteed aan het bereiken van de maatschappelijke doelstelling/missie en daarvoor gereserveerd blijft, ook na een structuurwijziging. Een dergelijke kapitaalklem zou dan bijvoorbeeld kunnen zien op de hiervoor omschreven 'impactreserve'.

38. En daarmee is het in de praktijk ook een vereiste voor een besluit tot fusie (art. 2:317 lid 3 BW), splitsing (art. 2:333m lid 3 BW) en omzetting (art. 2:18 lid 2 onder a BW), tenzij daarvoor in de statuten een andere regeling is opgenomen. Meestal wordt eenzelfde regeling ook voor een besluit tot ontbinding opgenomen.

39. KPMG 2020, p. 24, 25 en 30.

4.3 Coöperatie-maatschappelijke onderneming

Een derde rechtsvorm om een maatschappelijke onderneming vorm te geven is de coöperatie. De coöperatie tracht te voorzien in de stoffelijke behoeften van de leden en gaat in verband daarmee ook overeenkomsten met hen aan. De wet gaat ervan uit dat de coöperatie steeds een (op winst gerichte) onderneming drijft ten behoeve van de leden.⁴⁰ Samenwerking tussen de leden is kenmerkend voor de coöperatie. Daarmee is de coöperatie zeer geschikt om de verhoudingen tussen verschillende stakeholders vast te leggen. Bij de inrichting van de governance van de coöperatie kunnen diverse bepalingen in de statuten worden toegevoegd om de maatschappelijke doelstelling/missie te borgen.

Naast de onderdelen zoals opgenomen in paragraaf 3 vermelden wij ten aanzien van de coöperatie-maatschappelijke onderneming nog de volgende onderdelen, die specifiek van belang zijn voor de coöperatie.

4.3.1 Bijzonder lidmaatschap en structuurwijziging

Er kunnen verschillende soorten lidmaatschappen worden gecreëerd in de statuten van de coöperatie, bijvoorbeeld een (bijzonder en niet-overdraagbaar) lidmaatschap waarvoor een kwaliteitseis geldt en dat kan worden toegekend aan stakeholders. De statuten kunnen hieraan goedkeuringrechten koppelen voor besluiten die de belangen van bepaalde leden – stakeholders – van de onderneming direct raken. Zo kan voor besluiten van de algemene vergadering tot structuurwijziging worden bepaald dat instemming nodig is van bepaalde leden. Ook besluiten van het bestuur die zien op bepaalde belangen van stakeholders van de coöperatie kunnen aan de goedkeuring van specifieke leden worden onderworpen.

4.3.2 Exploitatieoverschot, impactreserve en kapitaalklem

In de statuten van de coöperatie kan een bepaling worden opgenomen op grond waarvan de winst (beperkt) wordt gereserveerd of direct wordt geherinvesteerd in de onderneming (ook wel de eerder genoemde 'impactreserve'). Door het door de coöperatie gevoerde uitkerings- en/of reserveringsbeleid zal een deel van de winst terugvloeien in de maatschappelijke onderneming en wordt deze niet uitgekeerd aan haar leden (ook wel de eerder genoemde 'kapitaalklem'). Pas in geval van ontbinding van de coöperatie zullen deze bedragen als exploitatieoverschot na vereffening toekomen aan haar leden, tenzij anders wordt bepaald in de statuten.

4.4 Combinatie rechtspersonen

4.4.1 Bescherming van de maatschappelijke onderneming

Ter bescherming van de doelstelling/missie van de maatschappelijke onderneming en statutaire regelingen die samenhangen met haar maatschappelijk karakter wordt soms gekozen voor een combinatie van een BV en een stichting. We zien dat maatschappelijke ondernemingen soms op uitdrukkelijk ver-

40. Art. 2:53 lid 1 BW.

zoek van stakeholders daarvoor kiezen. De stichting krijgt dan een zogenaamd 'gouden aandeel', een prioriteitsaandeel waarmee de stichting bijvoorbeeld een vetorecht heeft ten aanzien van een structuurwijziging. Ook kan de stichting-aandeelhouder het recht krijgen een bestuurder te benoemen of een ander recht om de structuur van de maatschappelijke onderneming te beschermen.

Zoals eerder geschetst in paragraaf 4.2.2, worden de aandelen van een BV-maatschappelijke onderneming ook wel gecertificeerd. Op deze wijze wordt, door het verlenen van zeggenschapsrechten binnen de BV aan een STAK, de maatschappelijke structuur van de BV (zo goed mogelijk) beschermd. In het bestuur van de STAK kunnen (ook) stakeholders plaatsnemen, die de maatschappelijke doelstelling en de daarmee samenhangende regels bewaken.

Er zijn ook combinaties te bedenken van de coöperatie met andere rechtspersonen. Zo kan worden gedacht aan een coöperatie met een stichting die een zogenaamd 'gouden' lidmaatschap heeft. Aan dat lidmaatschap kunnen vetorechten, goedkeuringsrechten en bindende voordrachtsrechten worden verbonden ter waarborging van de maatschappelijke doelstelling en het voorkomen van een toekomstige structuurwijziging.

De invoering van een wettelijke regeling voor de BVm zou kunnen zorgen voor een minder complexe en meer transparante structuur, zodat een combinatie van rechtspersonen, zoals hiervoor beschreven, niet meer nodig is. Dit zal in het algemeen leiden tot minder (financiële) lasten voor de maatschappelijke onderneming.

4.4.2 Gebruik van de ANBI-status

De praktijk maakt ook gebruik van een combinatie van een BV en een stichting, waarbij de stichting dan de algemeen nuttige activiteiten uitvoert en de BV de meer commerciële. Hierdoor kan de stichting – mits zij voldoet aan de overige ANBI-eisen – gebruik maken van de ANBI-faciliteiten, zodat zij onder meer schenkingen fiscaal vriendelijk kan ontvangen. Dit kan alleen als de activiteiten van de maatschappelijke onderneming te splitsen zijn in algemeen nuttige activiteiten en andere activiteiten en de stichting voldoende eigen algemeen nuttige activiteiten verricht. Als de activiteiten van de stichting enkel ondersteunend zijn aan de activiteiten van de BV, kan zij niet de ANBI-status verkrijgen.⁴¹ Daarnaast is het van belang dat het bestuur van de stichting onafhankelijk is van (het bestuur van) de BV. De beide besturen zullen dus uit verschillende (rechts)personen moeten bestaan. Veelal lopen echter de algemeen nuttige activiteiten en de commerciële activiteiten door elkaar, waardoor van deze optie geen gebruik gemaakt kan worden.

41. Zie ook Rb. Den Haag 26 maart 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4194.

5 Huidige herkenningmogelijkheden voor maatschappelijke ondernemingen

Op dit moment zijn maatschappelijke ondernemingen moeilijk herkenbaar voor de maatschappij en stakeholders. Daarnaast is er veel verschil tussen maatschappelijke ondernemingen onderling. Zij zullen in meer of mindere mate voldoen aan de hiervoor vermelde kenmerken van de maatschappelijke onderneming. De praktijk biedt nu een aantal mogelijkheden voor herkenning van de maatschappelijke onderneming, die in deze paragraaf worden beschreven. De invoering van een BVm zal een extra mogelijkheid bieden voor de herkenning van maatschappelijke ondernemingen.

5.1 Code Sociale Ondernemingen

Een van de mogelijkheden waarmee maatschappelijke ondernemingen zich thans al kunnen onderscheiden, is het naleven van de Code Sociale Ondernemingen (hierna: Code) en het inschrijven in het Register Sociale Ondernemingen. Op dit moment staan er 25 ondernemingen in dit Register Sociale Ondernemingen ingeschreven.⁴²

De Code is in 2017 opgesteld door een onafhankelijke expertcommissie die was ingesteld op verzoek van de stichting Social Enterprise NL, waarna eind 2018 de stichting Code Sociale Ondernemingen is opgericht. Deze laatste stichting houdt zich bezig met de uitrol van de Code en het beheer van het Register Sociale Ondernemingen.⁴³

BV's, NV's, coöperaties en stichtingen die minimaal één jaarverslag met gemaakte omzet kunnen publiceren, kunnen worden toegelaten tot het register. Voor rechtspersonen die nog geen jaarverslag kunnen publiceren, eenmanszaken en VOF's geldt dat zij voor een aspirant-status in aanmerking kunnen komen.⁴⁴

Voor de aanmelding voor het Register Sociale Ondernemingen dient de onderneming te voldoen aan de in de Code neergelegde principes. Dit houdt onder andere in dat in het statutaire doel expliciet wordt benoemd aan welke oplossing van welk maatschappelijk vraagstuk de onderneming bijdraagt, en dat de statuten beschrijven aan welke eisen de besluitvorming moet voldoen voor het aanpassen van het statutaire doel.⁴⁵ De toelatingscriteria worden gehanteerd volgens het 'pas toe of leg uit'-beginsel. Vervolgens vindt om de twee jaar een herbeoordeling plaats of een onderneming ingeschreven kan blijven in het Register Sociale Ondernemingen.

5.2 B Corporation

Een vennootschap kan verzoeken om gecertificeerd te worden als B Corporation (B Corp). De B Corp-certificering is een

42. Het Register Sociale Ondernemingen is te raadplegen via www.codesocialeondernemingen.nl/over-het-register/zoek-deelnemers.

43. Zie www.codesocialeondernemingen.nl/Over-de-Code/over-de-stichting.

44. In de Code wordt niets vermeld over andere personenvennootschappen.

45. De volledige toelatingscriteria zijn te downloaden via de volgende link: www.codesocialeondernemingen.nl/over-het-register/toelatingscriteria.

internationale vorm van certificering voor bedrijven met een winstooier die zich committeren aan normen op het gebied van transparantie, maatschappelijke verantwoordelijkheid en duurzaamheid.⁴⁶ Er zijn momenteel bijna 3500 bedrijven in 74 landen gecertificeerd als B Corp, waaronder 83 Nederlandse bedrijven (zoals Danone, Fairphone, Doppler, Tony's Chocolonely en Triodos Bank).⁴⁷ B Lab, een wereldwijde non-profitorganisatie, verzorgt de certificering.

Na het doorlopen van een aanmeldprocedure (zowel op het gebied van impact als corporate governance) wordt bepaald of de vennootschap in aanmerking kan komen voor de certificering. Het bedrijf dient dan de B Corp Declaration of Interdependence en een overeenkomst met B Lab (de zogeheten 'Agreement for B Corporation Certification') te ondertekenen. Na ondertekening zullen de statuten van de vennootschap binnen negentig dagen op twee punten moeten worden aangepast: (1) in het statutaire doel moet worden opgenomen dat de vennootschap door de bedrijfsvoering en activiteiten een significante positieve invloed heeft op de maatschappij en het milieu in zijn algemeenheid, en (2) met betrekking tot de besluitvorming van het bestuur moet worden opgenomen dat de bestuurders rekening houden met de gevolgen voor onder andere werknemers, klanten en gemeenschappen.⁴⁸

Het assessmentrapport van de vennootschap wordt openbaar gemaakt op de website van B Lab en de vennootschap moet elke drie jaar opnieuw het assessment doorlopen.

5.3 Prestatieladder Socialer Ondernemen

Een andere vorm van certificering is de Prestatieladder Socialer Ondernemen (PSO). De PSO is een wetenschappelijk onderbouwd meet- en registratie-instrument dat inzicht geeft in de mate waarin organisaties meer dan gemiddeld sociaal ondernemen met betrekking tot personen met een beperking tot de arbeidsmarkt. De PSO is ontwikkeld door TNO samen met bedrijven en de Stichting PSO-Nederland en is vooral gericht op de arbeidsparticipatie van kwetsbare groepen op de arbeidsmarkt. Ondernemingen met een PSO-keurmerk zijn bijvoorbeeld ABN AMRO Bank en Randstad.⁴⁹

De certificerende instelling doet na het indienen van een aanvraag een onderzoek, waarna PSO-Nederland bepaalt of de onderneming een PSO-erkenning krijgt en voor welk prestatieniveau.⁵⁰ Een PSO-certificaat is maximaal twee jaar geldig. De onderneming zal daardoor telkens een nieuwe aan-

vraag en een nieuwe audit moeten doorlopen voor verlenging of hercertificering van het PSO-certificaat.⁵¹

Versillende provincies, gemeenten en waterschappen passen in het kader van *social return* en subsidieverordeningen de PSO toe bij de aanbesteding van diverse opdrachten. Het is voor sommige ondernemingen mogelijk om een bepaald certificaat te verkrijgen (een zogeheten 'PSO 30+-(Abw-)certificaat'), als de organisatie minimaal aan de gestelde kwalitatieve eisen van artikel 2.82 van de Aanbestedingswet voldoet.⁵²

5.4 ANBI-status

Een instelling kan haar maatschappelijke doel ook herkenbaar maken door rangschikking als ANBI door de belastingdienst. Via het ANBI-register en publicatie op de website van de instelling is dan zichtbaar dat de organisatie een maatschappelijk doel heeft.

Het is wel de vraag of een maatschappelijke onderneming als ANBI aangemerkt kan worden, hetgeen al ter sprake kwam in paragraaf 4.4.2 bij de combinatie van de ANBI-stichting en de BV. Slechts stichtingen en verenigingen kunnen onder de huidige ANBI-wetgeving als ANBI worden gerangschikt.⁵³ Daarnaast is het van belang dat de ANBI-maatschappelijke onderneming het algemeen nut dient.⁵⁴

Een onderneming die als ANBI wil kwalificeren, dient aan diverse voorwaarden te voldoen. Zo is bijvoorbeeld in het kader van de maatschappelijke onderneming relevant dat zij verschillende gegevens op haar website publiceert en dat zij een liquidatiebepaling in de statuten opneemt waaruit blijkt dat een batig liquidatiesaldo wordt besteed aan een ANBI met een soortgelijke doelstelling.

Maatschappelijke ondernemingen die tevens aan alle ANBI-eisen voldoen, kunnen dus ook een ANBI-aanvraag indienen bij de Belastingdienst.

6 Aanbevelingen

6.1 Juridisch onderzoek naar stichting-m en coöperatie-m

Een aanbeveling aan het kabinet is om nader juridisch onderzoek te doen naar de vraag of er ook een modaliteit dient te komen voor de coöperatie en de stichting: de stichting-m en coöperatie-m. Uit het onderzoek van KPMG blijkt immers dat 30% van de maatschappelijke ondernemingen wordt gedreven in de vorm van een stichting of een coöperatie.

46. Zie hierover uitgebreid 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.

47. Zie voor het register met B Corp <https://bcorporation.net/directory>.

48. De precieze tekst is te raadplegen via <https://bcorporation.net/certification/legal-requirements>.

49. Het register met ondernemingen met een PSO-keurmerk is te vinden via www.pso-nederland.nl/gecertificeerde-organisaties-2/online-marktplaats.

50. De PSO kent vier verschillende prestatieniveaus: de aspirant-status, trede 1, trede 2 en trede 3.

51. In de PSO-handleiding van TNO zijn de toetsingscriteria en het proces omschreven, de handleiding is te downloaden via <https://pso-nederland.nl/direct-meten-en-aanvragen/direct-meten-of-het-pso-keurmerk-aanvragen-2/pso-keurmerk-aanvragen>.

52. Met een dergelijk certificaat wordt aangetoond dat minimaal 30% van de werkzame uren gewerkt zijn door gehandicapte of kansarme personen.

53. Art. 5b lid 1 onder a AWR.

54. Uitgebreid hierover P.A. Anthoni, M.M.F.J. van Bakel & M. Tydemay-Yousef, De social enterprise als ANBI?, *WFR* 2019/178.

Hoewel breedgedragen is dat deze rechtsvormen een duurzame relatie met de samenleving nastreven, bestaat er – zo blijkt uit de Kamerbrief van 10 juli 2020 – voor deze rechtsvormen geen voornemen tot introductie van een modaliteit ‘maatschappelijk’. Een eventuele modaliteit van de stichting-m en coöperatie-m kan bijdragen aan de governance van de stichting en coöperatie als maatschappelijke onderneming en de herkenning en erkenning daarvan. De verkrijging van de modaliteit ‘maatschappelijk’ wordt dan niet afhankelijk gesteld van de formele rechtsvorm BV waarin de maatschappelijke onderneming is vormgegeven.

6.2 Kapitaalklem

Kijkend naar de vermogensklem zoals die thans bestaat bij stichtingen⁵⁵, de vragen die deze vermogensklem in de praktijk oproept⁵⁶, en de administratieve lasten, lijkt het nodig om eerst gedegen onderzoek te doen naar de juridische en praktische uitwerking van de invoering van een dergelijke kapitaalklem bij de BVm.⁵⁷ De naleving van de regels omtrent een dergelijke kapitaalklem is ook een aandachtspunt.

6.3 Huidige BV-maatschappelijke onderneming na invoering van de BVm

Voor bestaande BV's-maatschappelijke ondernemingen zal een toets moeten komen of zij voldoen aan alle eisen die in het komende wetsvoorstel worden gesteld aan een BVm. Indien de statuten van deze BV's niet voldoen aan de nieuwe regelgeving, zullen deze BV's – eventueel na een overgangstermijn – hun statuten moeten aanpassen, alvorens zij in aanmerking kunnen komen voor registratie als maatschappelijke onderneming. De vraag is daarbij wie deze toets gaat uitvoeren. Hierbij kan worden gedacht aan de notaris die de inschrijving van de maatschappelijke onderneming bij de Kamer van Koophandel verzorgt, de Kamer van Koophandel, een accountant of een (nieuwe) toezichtsorganisatie. Het lijkt er niet op dat het kabinet op zoek is naar een ‘BVm-verklaring’, zoals voorheen ‘de verklaring van geen bezwaar’ bij oprichting van een BV. Voor zover het gaat om de inrichting van de statuten en de voldoening daarmee aan de regels van het nieuwe wetsvoorstel, lijkt een rol voor de notaris in ieder geval voor de hand liggend.

6.4 Toezicht op de BVm

Er zal moeten worden nagedacht over de vraag of er tussentijds toezicht zal zijn op het (ook in de praktijk) blijven voldoen aan de voorwaarden voor een BVm, zodat de maatschappelijke doelstelling/missie geborgd en het vermogen van de BVm beschermd is. Wellicht is hier een rol voor de accountant weggelegd en kan dit bij een BVm een onderdeel worden van de accountantsverklaring.

55. Art. 2:18 lid 6 BW.

56. Zo kan het bij overname van een onderneming onduidelijk zijn hoe de vermogensklem uitwerkt, en is het door het gebruiken van het vermogen uit de vermogensklem en zaaksvervangning na enige tijd onduidelijk wat nog onder de vermogensklem valt.

57. Zie ook Kamerbrief 10 juli 2020, p. 4.

6.5 Inspiratie huidige mogelijkheden

Het kabinet kan zich bij de inrichting van het wetsvoorstel ten aanzien van de voorschriften waaraan de inrichting van de ondernemingen en statuten moeten voldoen (zoals beschreven in de Kamerbrief van 10 juli 2020), laten inspireren door de in paragraaf 3 en 4 vermelde bestaande mogelijkheden.

Wij denken dat het wetsvoorstel in ieder geval de volgende onderdelen, die wij vaak in de praktijk terugzien in de statuten van maatschappelijke ondernemingen, zou moeten bevatten:

- a. het vastleggen van het maatschappelijk doel, eventueel gecombineerd met een maatschappelijke missie, aangevuld met bescherming tegen structuurwijziging;
- b. het stellen van regels ten aanzien van stakeholders, waaronder de minimaal aan hen toegekende rechten;
- c. het stellen van eisen ten aanzien van transparantie, waaronder publicatieverplichtingen inzake het bereiken van de maatschappelijke missie en de dialoog met stakeholders, alsmede het belonings- en uitkeringsbeleid; en
- d. het bieden van bescherming van het kapitaal ten behoeve van de maatschappelijke missie.

7 Conclusie

Gezien de aandacht in de samenleving voor maatschappelijke betrokkenheid, de aandacht van de politiek voor de maatschappelijke onderneming en de daaruit volgende plannen voor wetgeving kan in de komende jaren een toename van het aantal maatschappelijke ondernemingen worden verwacht. Op dit moment is er echter in Nederland, in tegenstelling tot in andere landen, nog geen goed herkenbare rechtsvorm voor een maatschappelijke onderneming; slechts via het verkrijgen van een certificaat voor maatschappelijke ondernemingen, inschrijving in het Register Sociale Ondernemingen en het verkrijgen van de ANBI-status kan herkenning in de maatschappij worden bereikt.

In de praktijk wordt veel gehoord dat de rechtsvorm BV te weinig ruimte geeft om de doelstelling en missie van maatschappelijke ondernemingen zeker te stellen, en dat bij deze rechtsvorm – in tegenstelling tot bij maatschappelijke ondernemingen – in werkelijkheid veelal *shareholders' value* vooropstaat. Ook is een BV thans slecht herkenbaar als een maatschappelijke onderneming voor het publiek en investeerders. Het is wenselijk dat het wetsvoorstel deze bezwaren zal onderwerpen door de maatschappelijke doelstelling en missie zeker te stellen, het kapitaal van de maatschappelijke onderneming te beschermen en herkenbaarheid van maatschappelijke ondernemingen te creëren.

Indien slechts wetgeving wordt voorbereid die ziet op een maatschappelijke onderneming in de vorm van een BV, zullen stichtingen en coöperaties zich ook in de toekomst van de huidige (beperkte) juridische mogelijkheden moeten blijven bedienen. Zoals opgemerkt in onze aanbevelingen, zou het wetsvoorstel ook kunnen voorzien in een modaliteit voor andere rechtsvormen. Indien dat niet gebeurt, zal voor de

stichting en de coöperatie een omzetting en statutenwijziging nodig zijn om formeel een maatschappelijke onderneming te kunnen worden en dezelfde herkenbaarheid te kunnen verkrijgen.

De maatschappelijke onderneming zal zich dus vooralsnog moeten bedienen van de bestaande juridische mogelijkheden, in afwachting van haar nieuwe juridische jas.