

Ondernemen met een maatschappelijke missie: de BVm

Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de mogelijke invoering van een nieuwe rechtsvorm voor de sociale onderneming

Auteur Rosanne Kuiper

Studentnummer S4329643

Begeleider Dr. Mr. T. Samelink

Tweede lezer Mr. K.J. Bakker

Opleiding Master Nederlands recht

Specialisatie Ondernemingsrecht

Afstudeervak NV en BV

Titel Ondernemen met een maatschappelijke missie: de BVm

Ondertitel *Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de mogelijke invoering van een nieuwe rechtsvorm voor de sociale onderneming*

Datum 30 Augustus 2019

Radboud Universiteit



Masterscriptie Nederlands recht

30 Augustus 2019

Radboud Universiteit



Na een halfjaar lezen, schrijven en corrigeren ligt het resultaat van mijn masterscriptie ondernemingsrecht voor u: 'Ondernemen met een maatschappelijke missie: de BVm'. Ik neem u graag mee in de wondere wereld van de sociale onderneming: bedrijven met een verdienmodel dat volledig in het teken staat van een maatschappelijke missie. Tijdens mijn onderzoek heb ik gekeken naar de vraag in hoeverre er een juridische noodzaak bestaat voor de invoering van een nieuwe rechtsvorm voor sociale ondernemingen en aan welke voorwaarden zo'n rechtsvorm in de praktijk zou moeten voldoen. Ondanks het feit dat er wat dagen (en weken) zijn geweest waarin zelfs stofzuigen meer prioriteit leek te hebben dan schrijven, kijk ik al met al met tevredenheid terug op het proces. Ik heb geleerd rechtsvergelijkend en diepgaander juridisch onderzoek te verrichten en de resultaten daarvan op gestructureerde wijze weer te geven. Het zou mooi zijn als dit terug te zien is, maar ik hoop met name dat u na het lezen van deze scriptie mijn enthousiasme over het onderwerp deelt.

Via deze weg wil ik een aantal mensen in het bijzonder bedanken. In de eerste plaats mijn scriptiebegeleider dr. mr. Tom Samelink, die gedurende het schrijfproces niet alleen voor waardevolle feedback heeft gezorgd, maar dat ook nog eens sneller dan het licht deed. Daarnaast ben ik dankbaar voor de tijd die Stefan Panhuijsen van Stichting Social Enterprise NL en Tweede Kamerlid Eppo Bruins hebben vrijgemaakt voor inspirerende gesprekken over sociaal ondernemerschap en de BVm. Die gesprekken zorgden er bovendien voor dat ik af en toe mijn bunker in de bibliotheek moest verlaten, wat voor elke schrijver een gezonde suggestie is. Ook bedank ik Sandy Groeneveld, mijn stagebegeleidster bij Unilever, voor haar motiverende berichten. 'Ben je nu nog niet klaar?' Zonder haar had u bovendien over een heel ander onderwerp gelezen.

Met deze scriptie komt er tevens een einde aan mijn studieperiode als Recht & Management student aan de Radboud Universiteit Nijmegen. De afgelopen zes jaar zijn – het cliché is waar – voorbij gevlogen. Dat is mede te danken aan Fleur, Jannick en Jasper: de beste vrienden die iemand zich kan wensen. Opdat we maar bij Camelot mogen blijven borrelen tot we oud en rimpelig zijn. Daarnaast ben ik mijn favoriete Delftenaar Thomas dankbaar voor alle afgelegde kilometers. Ook een woord van dank voor mijn broer Bram is op zijn plaats, al is het maar omdat hij altijd bij belangrijke momenten aanwezig is, wat van ondergetekende dan weer niet gezegd kan worden. De meeste dank ben ik zonder twijfel verschuldigd aan mijn ouders, Eddy & Elma, voor al hun ondersteuning. Zij hebben mijn broer en mij gestimuleerd om als eerste in de familie te gaan studeren, wat ik ook anno 2019 niet als een vanzelfsprekendheid zie.

Rosanne Kuiper

Nijmegen, 30 Augustus 2019

<u>1.</u>	<u>Inleiding</u>	<u>1</u>
1.1	<i>Ondernemen met een maatschappelijke missie</i>	1
1.2	<i>Een nieuwe vennootschapsvorm voor de sociale onderneming</i>	2
1.3	<i>Probleem-, doel-, en vraagstelling</i>	4
1.4	<i>Onderzoeksmethode</i>	6
<u>2.</u>	<u>De Sociale Onderneming</u>	<u>8</u>
2.1	<i>Inleiding</i>	8
2.2	<i>Definitie</i>	8
2.2.1	<i>Historische ontwikkeling (1953-1996)</i>	8
2.2.2	<i>EMES International Research Network (1996 - heden)</i>	9
2.2.3	<i>De EU en de SER (2011 – heden)</i>	11
2.2.4	<i>Een definitie anno nu (2019)</i>	12
2.3	<i>Maatschappelijke Ontwikkelingen</i>	14
2.3.1	<i>De sector</i>	14
2.3.2	<i>Maatschappelijke behoefte</i>	17
2.4	<i>Juridische Ontwikkelingen</i>	21
2.4.1	<i>Het wetsvoorstel ‘Maatschappelijke onderneming’</i>	21
2.4.1.1	<i>De belanghebbendenvertegenwoordiging</i>	21
2.4.1.2	<i>Winstbesteding</i>	22
2.4.1.3	<i>Intrekking wetsvoorstel</i>	22
2.4.2	<i>De initiatiefnota ‘Ondernemen met een maatschappelijke missie’</i>	23
2.5	<i>Tussenconclusie</i>	24
<u>3.</u>	<u>Een Blik over de Grens</u>	<u>26</u>
3.1	<i>Inleiding</i>	26
3.2	<i>De Amerikaanse benefit corporation</i>	26
3.2.1	<i>Ontwikkeling</i>	26
3.2.2	<i>Wetgeving</i>	29
3.2.2.1	<i>Oprichting</i>	29
3.2.2.2	<i>Maatschappelijke doelstelling</i>	29
3.2.2.3	<i>Stakeholdersmodel</i>	30
3.2.2.4	<i>Transparantie</i>	30
3.2.2.5	<i>Rechtsmiddelen</i>	31
3.2.2.6	<i>Overige bepalingen</i>	31
3.2.3	<i>Evaluatie</i>	32

3.3	<i>De Belgische vennootschap met sociaal oogmerk</i>	32
3.3.1	<i>Ontwikkeling</i>	33
3.3.2	<i>Wetgeving</i>	34
3.3.2.1	<i>Sociaal Oogmerk</i>	34
3.3.2.2	<i>Winstbesteding</i>	35
3.3.2.3	<i>Werknemersparticipatie</i>	36
3.3.2.4	<i>Bijzonder verslag</i>	37
3.3.2.5	<i>Waarborging</i>	37
3.3.3	<i>Evaluatie</i>	38
3.4	<i>Tussenconclusie</i>	38
4.	<u>De BVm</u>	40
4.1	<i>Inleiding</i>	40
4.2	<i>Beslispunten</i>	40
4.2.1	<i>Oprichting</i>	41
4.2.2	<i>Doelstelling</i>	41
4.2.3	<i>Dividendklem</i>	44
4.2.4	<i>Belanghebbendenvertegenwoordiging</i>	46
4.2.5	<i>Transparantie & verantwoording</i>	48
4.2.6	<i>Rechtsmiddelen</i>	50
4.2.7	<i>Structuurwijziging</i>	51
4.3	<i>Tussenconclusie</i>	52
5.	<u>Conclusie</u>	53
5.1	<i>Samenvatting</i>	53
5.2	<i>Aanbevelingen</i>	54
5.3	<i>Conclusie</i>	57
6.	<u>Literatuurlijst</u>	58
7.	<u>Jurisprudentielijst</u>	63
8.	<u>Bijlagen</u>	64
	<i>Bijlage 1 - Voorbeeld vragenlijst B Corporation</i>	64
	<i>Bijlage 2 - Model Benefit Corporation Legislation (Version of April 17, 2017)</i>	66

1. Inleiding

1.1 Ondernemen met een maatschappelijke missie

Vanaf september 2018 liep ik zes maanden stage in Rotterdam op de afdeling Corporate Secretaries van Unilever N.V. Een team van advocaten en bedrijfsjuristen houdt zich daar bezig met onderwerpen als de concernstructuur van het bedrijf, fusies & overnames en de beursnoteringen. Onder leiding van de onlangs afgetreden CEO Paul Polman is de focus van de multinational het afgelopen decennium verschoven van snelle winst op de korte termijn naar duurzame waardecreatie op de lange termijn.¹ Ondanks het feit dat er ook kritische geluiden te horen zijn, beschouwen veel deskundigen Polman als één van de eerste CEO's die het belang van duurzaamheid zo expliciet voorop stelde.² Kort na zijn aantreden lanceerde Unilever in 2009 het Sustainable Living Plan.³ Het initiële doel was om in 2019 de omzet van het bedrijf te hebben verdubbeld, maar tegelijkertijd de ecologische voetafdruk te hebben gehalveerd. Die ambitieuze doelstellingen zijn inmiddels verschoven naar 2030, maar dat er een cultuuromslag heeft plaatsgevonden, is zeker. Niet voor niets eindigde Unilever in 2016 bovenaan de door Oxfam Novib gepubliceerde duurzaamheidsindex voor levensmiddelenproducenten en vervulde de onderneming een hoofdrol bij het stimuleren van de productie van duurzame palmolie.⁴ Gevolgen van Polmans filosofie zijn ook binnen de business zichtbaar: de lancering van de holistische 'Love, Beauty and Planet'-lijn en de recente overname van de Vegetarische Slager (december 2018) vormen enkele goede voorbeelden.⁵ Deze 'People-Planet-Profit'-benadering wordt nu al de belangrijkste erfenis van Polman genoemd, al zijn er ook critici die zich afvragen in hoeverre deze nalatenschap intact zal blijven.⁶



Bron: www.unilever.com/sustainable-living

Unilever is niet het enige bedrijf dat actief beleid voert op het gebied van duurzaamheid en maatschappelijk verantwoord ondernemen. In binnen- en buitenland krijgt maatschappelijk verantwoord ondernemen (of corporate social responsibility) meer aandacht.⁷ Ondernemingen lijken in

¹ Vos, *Volkscrant* 30 november 2018.

² Driessen, *NRC* 30 november 2018.

³ 'Our sustainable living report hub', Unilever, beschikbaar op www.unilever.com/sustainable-living/our-sustainable-living-report-hub/.

⁴ *Oxfam Novib*, 19 april 2016, beschikbaar op <https://www.oxfamnovib.nl/geschiedenis-oxfam-novib/sustainable-development-goals-2>.

⁵ Smit, *FD* 3 januari 2019.

⁶ Melisse & Moratis, *BN DeStem* 3 januari 2019.

⁷ Zie over het onderwerp bijvoorbeeld: Rikkert, 2013, p.11-34.

toenemende mate bereid om naast financiële belangen ook hun maatschappelijke impact centraal te stellen. Bijvoorbeeld door principes gebaseerd op maatschappelijk verantwoord ondernemen toe te passen. Dat gebeurt vaak binnen een bedrijfsmodel dat gericht is op het behalen van financiële doelstellingen. Er is echter een groeiende groep ondernemingen met een primair maatschappelijk doel, dat ze wel realiseren door middel van een verdienmodel.⁸ Ook binnen de politiek is deze trend niet onopgemerkt gebleven. Op verzoek van toenmalig minister Asscher van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft de Sociaal Economische Raad in 2015 een verkennend advies uitgebracht over bedrijven met expliciet maatschappelijke drijfveren.⁹ In dit advies kwam de SER tot een brede werkdefinitie van het begrip 'sociale onderneming': "zelfstandige ondernemingen die een product of dienst leveren en primair en expliciet een maatschappelijk doel nastreven, dat wil zeggen een maatschappelijk probleem willen oplossen".¹⁰

Alhoewel men de sociale onderneming niet altijd op exact dezelfde wijze definieert, bestaat het fenomeen ook buiten Nederland. Zo is er binnen de EU diverse wet- en regelgeving op het gebied van de 'social enterprise', kennen onze zuiderburen een speciaal juridisch label en heeft het Verenigd Koninkrijk de sociale onderneming verankerd in de wet door middel van de Community Interest Company (CIC).¹¹ Tijdens mijn stage bij Unilever raakte ik daarnaast in gesprek over de Amerikaanse benefit corporation. De zogenaamde 'B-corp' is een entiteit met separate juridische status inclusief winsttoegmerk, maar ook met oog voor de belangen van het milieu, werknemers en de maatschappij. De waarborging van al deze belangen is op verschillende manieren verzekerd in de juridische structuur van de onderneming.¹² Deze rechtsvorm is bij uitstek geschikt voor bedrijven die een heldere maatschappelijke boodschap verkondigen zoals Ben & Jerry's of Tony's Chocolonely. De benefit corporation is inmiddels al in 34 staten erkend en de verwachting is dat er op korte termijn meer staten zullen volgen.¹³ Buitenlandse ondernemingen kiezen vaak voor deze hybride vennootschapsvorm om op heldere en betrouwbare wijze uit te kunnen dragen naar de maatschappij dat het hebben van maatschappelijke impact prevaleert boven het maken van winst.¹⁴

1.2 Een nieuwe vennootschapsvorm voor de sociale onderneming

Naast het formeel vastgelegde doel van de vennootschap (via de statuten krachtens art. 2:66 BW voor de NV en art. 2:177 BW voor de BV), spreekt men in de literatuur ook wel over het eigenlijke doel van de vennootschap. Aanhangers van een meer winst georiënteerd model (het stakeholders- of Angelsaksisch model) staan tegenover hen die uitgaan van een model waarin ruimte is voor een ruimer scala aan belangen (het shareholders- of Rijnlands model).¹⁵ Het nut van speciale rechtsvormen met een focus op alle belanghebbenden in plaats van op aandeelhouders lijkt duidelijk indien er sprake is van

⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 35040, 2, p. 1.

⁹ *Sociale ondernemingen: een verkennend advies* 2015, p. 21.

¹⁰ *Sociale ondernemingen: een verkennend advies* 2015, p. 35.

¹¹ Zie achtereenvolgens Verordening (EU) 346/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2013 inzake Europese sociaalondernemerschapsfondsen (*PbEU* 2013, L 115/18), Pijls, *Ondernemingsrecht* 2007/181 en Argyrou 2018.

¹² Plerhoples, *UC Davis Business Law Journal* 2014, p. 247-280. NB: de exacte invulling van deze waarborging kan per staat verschillen.

¹³ 'State by state status of legislation', beschikbaar op <https://benefitcorp.net/policymakers/state-by-state-status>.

¹⁴ Brakman Reiser, *Wake Forest Law Review* 2011, p. 591.

¹⁵ Van Schilfgaarde/Winter & Wezeman 2013, p. 27.

een land waar van oudsher het Angelsaksische model, gebaseerd op het creëren van aandeelhouderswaarde, centraal staat. In landen met een Rijnlands model rijst eerder de vraag in hoeverre de invoering van een nieuwe rechtsvorm voor de sociale onderneming toegevoegde waarde heeft. In Nederland (met een Rijnlands model) is de aandacht voor lange termijn waardecreatie en de waarborging van de belangen van alle belanghebbenden rond de onderneming de afgelopen jaren toegenomen. Dit uit zich bijvoorbeeld in de herziene Nederlandse Corporate Governance Code 2016, principe 1.1:

“Het bestuur is verantwoordelijk voor de continuïteit van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het bestuur richt zich op de lange termijn waardecreatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van de stakeholders. De raad van commissarissen houdt toezicht op het bestuur terzake.”¹⁶

De bovenstaande bepaling (die in beginsel is opgesteld voor beursgenoteerde ondernemingen) luidt beduidend anders dan haar voorganger uit 2008, waar er nog sprake was van een meer Angelsaksische benadering: de focus van het bestuur moest liggen op het streven naar het creëren van aandeelhouderswaarde op de lange termijn.¹⁷ In het licht van recente maatschappelijke ontwikkelingen is een verschuiving naar een meer stakeholders georiënteerd model voor de hand liggend. De vraag die voor de hand ligt is of een aparte rechtsvorm voor de sociale onderneming, of de toevoeging van een nieuwe modaliteit, daadwerkelijk juridische en praktische meerwaarde biedt. De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) schreef over het onderwerp in een beleidsnota uit 2013 het volgende:

“A solid foundation for the creation of social enterprises lies in the provision of an appropriate legal framework, adapted to capture their specificities and needs. Appropriate legal frameworks at national level will bring clarity to the definition of social enterprises, their mission and their activities.”¹⁸

Een speciale rechtsvorm voor de sociale onderneming zou volgens de OESO dus helderheid kunnen verschaffen. In tegenstelling tot veel andere landen, bestaat er in Nederland echter nog geen aparte entiteit op het gebied van maatschappelijk verantwoord (of sociaal) ondernemen.¹⁹ In 2009 is er wel een poging ondernomen, maar uiteindelijk is het wetsvoorstel voor de maatschappelijke onderneming in 2013 ingetrokken.²⁰ Het voorstel was om een aparte modaliteit voor de stichting en de vereniging in te voeren. Deze was met name bedoeld voor ondernemingen binnen semipublieke sectoren als de zorg en het onderwijs.²¹ Enerzijds bleek er in de praktijk weinig draagkracht voor het voorstel en anderzijds

¹⁶ De Nederlandse Corporate Governance Code, december 2016, p. 13. (Hierna: de Code).

¹⁷ De Nederlandse Corporate Governance Code, 2008, p. 6.

¹⁸ *Policy Brief on Social Entrepreneurship* 2013, p. 7.

¹⁹ Deze termen worden in de literatuur veel door elkaar gebruikt. In dit onderzoek hanteer ik de sociale onderneming als uitgangspunt. Maatschappelijk verantwoord ondernemen speelt hierbij een belangrijke rol.

²⁰ *Kamerstukken II* 2012/13, 32003, 7, p. 1.

²¹ *Kamerstukken II* 2008/09, 32003, 3, p. 2 (MvT).

werden er diverse inhoudelijke kanttekeningen geplaatst.²² De jaren daarna is het idee voor een rechtsvorm met maatschappelijke identiteit naar de achtergrond verschoven, maar niet verdwenen. In september 2018 diende Tweede Kamerlid Eppo Bruins (ChristenUnie) de initiatiefnota 'Ondernemen met een maatschappelijke missie' in.²³ Inmiddels heeft een eerste schriftelijke vragenronde over de inhoud van de nota plaatsgevonden binnen de vaste commissie voor Economische Zaken en Klimaat. Op maandag 9 september 2019 staat er een mondeling overleg gepland.²⁴ In de initiatiefnota geeft Bruins onder meer een eerste aanzet voor de wettelijke verankering van een nieuwe maatschappelijk georiënteerde modaliteit gebaseerd op bestaande rechtsvormen zoals de BV.²⁵ Bruins meent dat de huidige rechtsvormen niet goed aansluiten bij de behoeften van de groeiende groep sociale ondernemers. Waar de traditionele BV weinig ruimte verschaft om de maatschappelijke missie van een sociale onderneming te waarborgen en uit te dragen, hebben bestuurders van een stichting vaak moeite met het aantrekken van kapitaal (zie voor een nadere uitwerking van deze problematiek hoofdstuk 2). Door het gebrek aan (h)erkenning van de specifieke identiteit van hun bedrijf ervaren ondernemers naar eigen zeggen uitdagingen bij het inrichten van hun bedrijfsstructuur.²⁶ Ze zijn daarom niet altijd in staat het volledige potentieel van hun onderneming te benutten. Men combineert in sommige gevallen een BV met een stichting om aan de verwachtingen van alle belanghebbenden te kunnen voldoen.²⁷ Dat brengt echter ook administratieve druk mee. Een juridische entiteit voor de sociale onderneming zou dergelijke problemen kunnen verminderen, aldus Bruins.²⁸ Bovendien is de roep om een aparte status voor meer (h)erkenning en transparantie vanuit de sector zelf groot.²⁹ De onderzoeksvraag die daarom centraal staat is in hoeverre de BvM een noodzakelijke aanvulling vormt op bestaande Nederlandse rechtsvormen en aan welke voorwaarden de BvM zou moeten voldoen.

1.3 Probleem-, doel-, en vraagstelling

Ondanks het feit dat uit onderzoek door bijvoorbeeld McKinsey blijkt dat sociale ondernemingen positieve maatschappelijke resultaten kunnen behalen op gebieden als werkgelegenheid en innovatie, voorziet het huidige vennootschapsrecht vooralsnog niet in een expliciete rechtsvorm.³⁰ In de praktijk geven ondernemers wel aan belemmeringen in hun bedrijfsvoering te ervaren door het ontbreken van een heldere juridische positie.³¹ Een veelgestelde vraag is hoe groot deze groep ondernemers feitelijk is. Exacte data zijn niet verkrijgbaar. Dat heeft bijvoorbeeld te maken met een gebrek aan eenduidige definitie. In de meest recente onderzoeksrapporten van ABN Amro (2017) en McKinsey (2016) schat men dat er tussen de 4.000 en 6.000 ondernemingen zijn die vallen onder de huidige brede definities.³²

²² *Kamerstukken II* 2012/13, 32002, 7, p. 1. Zie voor een kritische beschouwing: Rensen, *Ondernemingsrecht* 2010/42, p. 206-216. Ik ga nader in op het wetsvoorstel in §2.4.1.

²³ *Kamerstukken II* 2018/19, 35040, 2, p. 1-16.

²⁴ Zie de Kameragenda van 21 juni 2019, p. 20.

²⁵ Bruins doet daarnaast andere suggesties die buiten de omvang van het onderzoek vallen.

²⁶ Zie de resultaten van de jaarlijkse enquête van stichting Social Enterprise NL; *De social enterprise monitor 2018*, Social Enterprise NL 2018.

²⁷ Van de ondervraagde ondernemers uit de Social Enterprise Monitor 2018 gaf 11% aan te kiezen voor deze constructie. Deze problematiek is nader toegelicht in §2.4.

²⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 35040, 2, p. 2.

²⁹ Hillen & Panhuijsen 2016, p. 2.

³⁰ Keizer e.a. 2016 (*Rapport McKinsey*).

³¹ *De social enterprise monitor 2018*, Social Enterprise NL 2018.

³² Buckens & Zwietering 2017 en Keizer e.a. 2016.

Ter vergelijking: in 2011 waren er volgens McKinsey nog tussen de 2.000 en 2.500 sociale ondernemingen. De verwachting is dat deze groep ook in de toekomst blijft groeien. Een nieuwe rechtsvorm kan een versterkend effect hebben in die zin dat de drempel naar sociaal ondernemen voor bestaande en nieuwe ondernemers lager wordt. De maatschappelijke relevantie van dit onderzoek is in mijn optiek dan ook helder.

Wat betreft de juridische relevantie van het onderzoek sluit ik me graag aan bij professor de Jongh. Hij merkt in een beschouwing van de initiatiefnota terecht op dat de sociale onderneming reeds kan bestaan.³³ Is er wel sprake van een hiaat? Het huidige vennootschapsrecht is flexibel, verschaft grenzen, maar laat op allerlei manieren ruimte open voor eigen invulling. Indien men in het geval van een BV bijvoorbeeld extra voorwaarden wil stellen aan dividenduitkeringen, kan dit simpelweg in de statuten van de onderneming worden vastgelegd (art. 2:216 lid 1 BW). Ook de invoering van de Flex BV in 2012 heeft een grote bijdrage geleverd aan meer flexibiliteit binnen het vennootschapsrecht.³⁴ Dat betekent echter niet dat er bij voorbaat geen ruimte is voor verandering. De BvM kan op verschillende manieren toegevoegde waarde hebben binnen het huidige gesloten stelsel van rechtsvormen. Sociale ondernemingen krijgen de gewenste mogelijkheid om zich te onderscheiden en zich op een heldere manier te profileren binnen de maatschappij. Zowel de Jongh³⁵ als Bruins³⁶ noemen de optie om de BvM te gebruiken ter regulering in aanbestedingsprocedures. Binnen de gesubsidieerde en semipublieke sector kan de overheid ervoor kiezen om extra punten of waardering toe te kennen aan bedrijven die in de vorm van een BvM opereren.³⁷ Subsidies binnen sectoren als de zorg en de kinderopvang blijven zo bij het doel waarvoor ze zijn bestemd, want de kans op doorstroom van gelden naar private partijen is minder groot. Het maatschappelijke doel van de onderneming staat immers voorop.³⁸

Relatief gezien vormen sociale ondernemingen weliswaar nog een kleine groep, maar dat maakt het onderwerp niet irrelevant. Internationaal vervult Nederland op het gebied van de sociale onderneming niet bepaald een voortrekkersrol. In veel andere landen bestaan er al juridische constructies toegespitst op de sociale onderneming. Door een aantal van deze constructies onder de loep te nemen en te vergelijken, is het mogelijk een adequate afweging te maken en concrete aandachtspunten te formuleren: op welke manier kan de wetgever de sociale onderneming het beste faciliteren? Met de recent ingediende initiatiefnota als uitgangspunt resulteert dit in de hoofdvraag van dit onderzoek: in hoeverre is de invoering van de BvM noodzakelijk en aan welke voorwaarden zou de BvM moeten voldoen in de praktijk?

Het doel van dit onderzoek is tweeledig. Enerzijds is het doel het leveren van een bijdrage aan de ontwikkeling van de rechtswetenschap door het analyseren en vergelijken van een tweetal buitenlandse juridische constructies, speciaal ontwikkeld voor de sociale onderneming. Door deze fenomenen te spiegelen aan het bestaande Nederlandse vennootschapsrecht, is het mogelijk nieuwe inzichten te verkrijgen die bij kunnen dragen aan de ontwikkeling van een Nederlandse variant. Anderzijds is het

³³ De Jongh, *Ondernemingsrecht* 2018/121, p. 2.

³⁴ Zie voor een uitgebreide analyse van de Flex BV: Koster 2018.

³⁵ De Jongh, *Ondernemingsrecht* 2018/121, p. 2.

³⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 35040, 2, p. 11-12.

³⁷ Enige terughoudendheid is geboden, want de overheid mag niet louter op basis van een rechtsvorm positief discrimineren. Op grond van art. 2.82 jo. 2.82a Aanbestedingswet 2012 kan de aanbestedende dienst er wel voor kiezen om de gunning van de opdracht voor te behouden aan de organisaties genoemd in artikel 77 lid 1 van de richtlijn 2014/24/EU. Dat zijn sociale ondernemingen krachtens de EU-definitie.

³⁸ De Jongh, *Ondernemingsrecht* 2018/121, p. 2.

doel van dit onderzoek het leveren van een maatschappelijke bijdrage. Stichtingen zoals Social Enterprise NL lobbyen al langer voor de invoer van een nieuwe rechtsvorm, maar de invulling daarvan blijft wat abstract.³⁹ Met het beantwoorden van de onderzoeksvraag hoop ik in staat te zijn om enkele bruikbare aanbevelingen te formuleren omtrent de ontwikkeling van de BvM of een equivalent daarvan. Ik ben namelijk van mening dat het recht - en het vennootschapsrecht in het bijzonder - in de eerste plaats ten dienste staat van de maatschappij.

1.4 Onderzoeksmethode

Voor het beantwoorden van de onderzoeksvraag in hoeverre de BvM een noodzakelijke aanvulling vormt op bestaande Nederlandse rechtsvormen en aan welke voorwaarden de BvM moet voldoen, maak ik gebruik van een rechtsvergelijkend perspectief, gecombineerd met literatuuronderzoek.⁴⁰ Door middel van de analyse van rechtsstelsels waar de sociale onderneming reeds een aparte juridische status heeft, is het mogelijk om inzicht te krijgen in de diverse mogelijkheden, in de beweegredenen van wetgevers in andere landen, maar ook in de voor- en nadelen van verschillende manieren van juridische verankering van de sociale onderneming.

Het gebruik van een rechtsvergelijkende methode brengt bepaalde beperkingen mee, waar de onderzoeker bewust van dient te zijn.⁴¹ In dit geval zijn er allereerst taalkundige factoren die een rol spelen in het onderzoek. De rechtsstelsels die zijn aangehaald ter vergelijking zijn onder meer gekozen vanwege de toegang tot literatuur in het Nederlands of Engels. De analyse van bijvoorbeeld het Zweedse stelsel zou eveneens nieuwe inzichten kunnen verschaffen, maar documentatie in een vreemde taal is minder toegankelijk. Een tweede aandachtspunt is dat concepten in een vertaling mogelijk essentiële onderdelen van hun betekenis verliezen. Ook kan hetzelfde begrip in een andere rechtstelsel anders worden uitgelegd. In hoofdstuk 2 komt de definitie van de 'sociale onderneming' daarom uitgebreid aan de orde. Soms houd ik het anderstalige begrip aan, omdat een vertaling afbreuk zou doen aan de betekenis. Er volgt dan altijd een uitleg. Een derde punt van belang is dat een los element uit een rechtstelsel (zoals de juridische verankering van de sociale onderneming) nooit op zichzelf staat, maar altijd in de context moet worden gezien. Ter verduidelijking: de positie van de overheid binnen een maatschappij heeft invloed op de inhoud en de vorm van wetgeving en jurisprudentie. Dergelijke contextfactoren spelen altijd een rol bij een rechtsvergelijking. In het kader van dit onderzoek stelde ik al dat in een land met een Angelsaksisch model de toegevoegde waarde van een juridische entiteit met focus op alle belanghebbenden vanzelfsprekender is dan in een land met een Rijnlands model. Bij het analyseren en vergelijken van verschillende rechtsstelsels dient de onderzoeker bedacht te zijn op dergelijke contextfactoren.

1.5 Leeswijzer

De opbouw van deze scriptie is als volgt: in hoofdstuk 2 schets ik allereerst een theoretisch kader. Na een korte inleiding definieer ik in §2.2 de 'sociale onderneming' en in §2.3 volgt een beschouwing van de recente maatschappelijke ontwikkelingen op het gebied van sociaal ondernemen. In §2.4 ga ik in op

³⁹ Hillen & Panhuijsen 2016.

⁴⁰ Er bestaat discussie over de vraag of rechtsvergelijking een losstaande wetenschap is of slechts een methode of hulpwetenschap. Zie Demarsin & Pieters 2016, p. 11. In het kader van dit onderzoek acht ik het antwoord op die vraag niet van essentieel belang. Ik gebruik rechtsvergelijking als methode in mijn onderzoek.

⁴¹ Demarsin & Pieters 2016, p. 14.

de juridische ontwikkelingen rond de sociale onderneming. In hoofdstuk 3 volgt voor beantwoording van de vraag hoe de sociale onderneming er juridisch uit zou moeten zien een rechtsvergelijking. In diverse landen is de sociale onderneming al op enige wijze wettelijk verankerd. Er bestaan nu grofweg drie verschillende manieren om dat te doen; middels de coöperatieve rechtsvorm, via een juridisch label of in de vorm van een nieuwe vennootschap. Het voert voor de omvang van dit onderzoek te ver om al deze mogelijkheden te onderzoeken. Ik heb er daarom voor gekozen om een recent ingevoerde vennootschapsvorm te belichten en daarnaast een rechtsstelsel te vergelijken dat letterlijk en figuurlijk dichtbij het Nederlandse stelsel ligt. In §3.2 analyseer ik zodoende de Amerikaanse benefit corporation en in §3.3 de Belgische Vennootschap met Sociaal Oogmerk. Na de analyse van diverse mogelijkheden, keer ik terug naar de BVm in hoofdstuk 4. In §4.1 volgt een inleiding en een korte schets van de huidige stand van zaken rond de initiatiefnota. In §4.2 volgt een uitgebreide bespreking van een aantal besluitvormingspunten rond de BVm. Op basis daarvan volgen er in hoofdstuk 5 na een korte samenvatting (§5.1) een aantal aanbevelingen (§5.2). In §5.3 volgt een eindconclusie.

2. De Sociale Onderneming

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk schets ik een theoretisch kader rond de sociale onderneming door in te gaan op de definiëeringsproblematiek en maatschappelijke en juridische ontwikkelingen. In §2.2 ontleed ik met behulp van een historisch perspectief diverse definities van de sociale onderneming. Allereerst vangt §2.2.1 aan met een kort overzicht van de opkomst van sociaal ondernemerschap, gevolgd door een analyse van de definitie die het EMES International Research Network hanteert in §2.2.2. In §2.2.3 belicht ik de recentere opvattingen van de EU en de SER om ten slotte tot een definitie ten behoeve van dit onderzoek te komen in §2.2.4. In §2.3 ga ik in op de actuele maatschappelijke ontwikkelingen binnen Nederland door eerst een beschrijving van de sector te geven in §2.3.1 en daarna de behoeftes en problemen van sociale ondernemers in kaart te brengen in §2.3.2. Aandacht voor de juridische ontwikkelingen is er in §2.4. Naast de initiatiefnota in §2.4.2 bespreek ik daar in §2.4.1 ook het eerdere gesneuvelde wetsvoorstel ‘maatschappelijke onderneming’ uit 2009. De huidige initiatiefnota vormt een eerste aanzet. De BVm is nog niet duidelijk juridisch omlijnd en de initiatiefnota laat veel ruimte voor nadere invulling. In §2.5 volgt een tussenconclusie.

2.2 Definitie

2.2.1 Historische ontwikkeling (1953-1996)

Sociale ondernemingen opereren op het grensvlak tussen overheid, vrije markt en het maatschappelijke middenveld en zijn te vinden in een brede verscheidenheid aan sectoren. Ze handelen zowel Business to Business, als Business to Consumers en soms ook Business to Government.⁸¹ Over een exacte definitie bestaat discussie, al is het maar omdat de werkzaamheden zo divers zijn dat men niet ten onrechte ondernemingen uit wil sluiten. In deze paragraaf werk ik toe naar een definitie die kan fungeren als uitgangspunt voor de wetgever, aansluitend bij het SER-advies uit 2015. Ik schets daartoe eerst de historische ontwikkeling van de sociale onderneming (in internationaal verband ook wel de ‘social enterprise’ genoemd).

Volgens Social Enterprise NL⁸² introduceerde de Amerikaanse econoom Howard Bowen in 1953 als één van de eerste wetenschappers de term social entrepreneurship.⁸³ Bowen beschreef in zijn boek *the Social Responsibilities of the Businessman* sociaal ondernemerschap als de inzet van ondernemers voor hun medewerkers en de maatschappij.⁸⁴ Dat wijkt nog af van de hedendaagse opvatting dat bedrijven een primair maatschappelijke doelstelling hebben. De tijd bleek nog niet geheel rijp voor een nieuw begrip van ondernemen, want er volgde nog een jarenlange focus op het maximaliseren van aandeelhouderswaarde. Het duurde tot begin jaren ’90 alvorens de eerste internationale artikelen over het onderwerp verschenen. De Harvard Business School startte in 1993 ‘the Social Enterprise Initiative’ en er verscheen er literatuur over de opkomst van de ‘third sector’ (niet te verwarren met de

⁸¹ De Jongh, *Ondernemingsrecht* 2018/121, p. 2.

⁸² Deze stichting verenigt sociale ondernemers en heeft tot doel om te zorgen voor (h)erkenning van sociale ondernemingen.

⁸³ *Social Enterprise NL* 2019, beschikbaar op www.social-enterprise.nl (zoek op *geschiedenis*).

⁸⁴ Bowen 1953.

Nederlandse tertiaire sector). De third sector is een overkoepelende term die refereert aan diverse organisaties die noch onder de publieke sector vallen, noch onder de volledig op winst gefocuste private sector.⁸⁵ Onder het brede begrip vallen onder meer goede doelen, vrijwilligers- en maatschappelijke organisaties, denktanks en private onderzoeksinstituten. Organisaties binnen de sector delen een drietal kenmerken: het zijn geen publieke organisaties, ze hanteren een non-profit benadering en hebben een maatschappelijk doel.⁸⁶ De sociale onderneming komt hier uit voort, maar heeft niet per definitie een non-profit instelling. Een belangrijke pionier op dit specifieke gebied was J. Gregory Dees, voormalig professor aan Duke University. Hij schreef in 1998 het boek 'The Meaning of Social Entrepreneurship' en definieerde daarin de sociale onderneming als een bedrijf waar de sociale of maatschappelijke missie expliciet voorop staat. De aanpak van het maatschappelijke probleem geschiedt op een innovatieve en ondernemende manier, door middel van een verdienmodel.⁸⁷

Binnen Europa was Italië het eerste land dat in 1991 kwam met een nieuwe rechtsvorm: de sociale coöperatie.⁸⁸ Deze rechtsvorm was een innovatief antwoord op maatschappelijke behoeftes die de Italiaanse overheid niet vervulde of kon vervullen, vanwege een sociaal stelsel dat niet genoeg voorzieningen bood voor alle maatschappelijke problemen.⁸⁹ Kort daarna begon een groep wetenschappers in 1996 het EMES International Research Network. Het internationale netwerk heeft tot doel het verenigen van onderzoekers wereldwijd en het bundelen van kennis omtrent de sociale onderneming en de daarmee samenhangende concepten.⁹⁰

2.2.2 EMES International Research Network (1996 - heden)

Het eerste onderzoeksproject focuste op de opkomst van de sociale onderneming binnen Europa en resulteerde in een boek.⁹¹ Het EMES International Research Network definieerde sociale ondernemingen uiteindelijk als organisaties met een expliciet maatschappelijke doelstelling, geïnitieerd door een groep burgers, waarbij het materiële belang van kapitaalinvesteerders aan limieten is gebonden. Sociale ondernemingen hechten verder waarde aan hun autonomie en aan het nemen van economische risico's gerelateerd aan hun voortdurende sociaal-economische activiteiten.⁹² Onderzoekers stelden een lijst op van negen onderscheidende dimensies (waarvan vier economisch en vijf sociaal) waaraan een sociale onderneming zou moeten voldoen.⁹³ Nieuwe wetenschappelijke inzichten hebben gezorgd voor een herindeling van de dimensies in drie groepen: economische indicatoren, sociale indicatoren en indicatoren die de participatieve structuur van de sociale onderneming reflecteren.⁹⁴ Ik bespreek ze achtereenvolgens.

⁸⁵ Anheier & Seibel 1990, voor een meer Europese benadering zie: Evers & Laville 2004.

⁸⁶ Evers & Laville 2004.

⁸⁷ Dees, *Harvard Business Review*, p. 55-67. Zie recenter ook Dees, *Society* 2007/3, p. 24-31.

⁸⁸ Borzaga en Santuari 2001, p. 166.

⁸⁹ Borzaga & Defourny 2001, p. 359.

⁹⁰ 'EMES International Research Network' 2019, beschikbaar op <https://emes.net/who-we-are/>. NB: Bij oprichting luidde de officiële naam: EMES European Research Network.

⁹¹ Borzaga & Defourny 2001.

⁹² Defourny & Nyssens, 2006, p. 5.

⁹³ Defourny & Nyssens 2006, p. 5-6. Ontleend aan diverse publicaties van het EMES International Research Network zoals Borzaga & Defourny 2001.

⁹⁴ Defourny & Nyssens, *WP* 2012/3, p. 3-44.

1) Economische indicatoren

A) *Continue productie of verkoop van goederen of diensten*

Er is sprake van aanhoudende economische activiteit, waarmee de sociale onderneming zich onderscheidt van traditionele non-profit organisaties. Het is één van de bestaansredenen van de onderneming.⁹⁵

B) *Een significant niveau van economisch risico*

In tegenstelling tot publieke instellingen of stichtingen die volledig steunen op subsidies of giften zijn en blijven sociale ondernemingen slechts levensvatbaar als ze in staat zijn om hun middelen op de juiste manier in te zetten.⁹⁶

C) *Een minimale hoeveelheid betaalde werknemers*

Waar non-profit organisaties kunnen draaien op louter vrijwilligers, dient de sociale onderneming te voorzien in een minimale hoeveelheid betaald werk.⁹⁷ Percentages zijn door het EMES International Research Network niet gespecificeerd.

2) Sociale indicatoren

D) *Een expliciete maatschappelijke doelstelling*

Het belangrijkste doel van de onderneming is het hebben van impact op de maatschappij of op een specifieke groepering in de maatschappij. Het nemen van sociale verantwoordelijkheid staat voorop.

E) *Een initiatief door een groep burgers of maatschappelijke organisaties*

Een sociale onderneming vloeit voort uit een helder gedefinieerde wens of doel gesteld door een groep of gemeenschap burgers. Alhoewel individueel leiderschap of bestuur bij kan dragen aan het voortbestaan van de onderneming, blijft het belang van het collectief onder de aandacht.

F) *Gelimiteerde dividenduitkering*

De sociale onderneming hanteert geen strikt verbod op de uitkering van dividend, maar winstuitkering is wel aan grenzen onderworpen, om zo de maatschappelijke doelstelling centraal te stellen.⁹⁸

3) Participatieve structuur indicatoren

G) *Een hoge mate van autonomie*

Een groep burgers start de sociale onderneming op basis van een zelfstandig project. Alhoewel de onderneming afhankelijk kan zijn van overheidssubsidies, is er geen sprake van directe of indirecte overheidsbemoeienis. Het staat het bestuur van de onderneming vrij de eigen strategie te bepalen of om de activiteiten te staken.⁹⁹

H) *Besluitvorming niet gebaseerd op kapitaalverschaffers*

Ondernemingen met een primaire focus op het behalen van winst hanteren vaak het 'one member, one vote' principe. Des te meer aandelen, des te meer stemrecht. Alhoewel de rol van de kapitaalverschaffer belangrijk is, ligt de besluitvorming tevens bij andere belanghebbende partijen.¹⁰⁰

⁹⁵ Defourny & Nyssens, WP 2012/3, p. 12.

⁹⁶ Defourny & Nyssens 2006, p. 6.

⁹⁷ Defourny & Nyssens WP 2012/3, p. 13.

⁹⁸ Defourny 2001, p. 16-18.

⁹⁹ Defourny & Nyssens WP 2012/3, p. 14.

¹⁰⁰ Defourny & Nyssens WP 2012/3, p. 15.

l) Een participatief karakter

Belanghebbenden zoals gebruikers, klanten en leveranciers hebben invloed op de besluitvorming en worden daar ook op actieve wijze bij betrokken door de onderneming, bijvoorbeeld in de vorm van een belanghebbendenvertegenwoordiging.¹⁰¹

Het EMES International Research Network merkt over de bovenstaande set indicatoren op dat ze louter fungeren als richtlijn. Met andere woorden: een sociale onderneming hoeft niet aan alle bovenstaande vereisten te voldoen om de kwalificatie van sociale onderneming te krijgen. Wel representeert de set een ideaalmodel en kunnen deze indicatoren dienen als houvast bij organisatieveranderingen of herstructureringen.¹⁰²

2.2.3 De EU en de SER (2011 – heden)

Een brede of aanpasbare definitie zoals in de vorige paragraaf beschreven kan in de praktijk zorgen voor problemen. Zo is het lastig om voor een niet precies afgebakende doelgroep wel concrete beleidsregels te formuleren. In 2015 heeft toenmalig minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Lodewijk Asscher de SER verzocht om een verkennend advies uit te brengen omtrent de vraag hoe de overheid ontwikkelingen rond sociaal ondernemerschap dient te interpreteren en mogelijk kan faciliteren.¹⁰³ Een belangrijk onderdeel van dit advies was het definiëren van de sociale onderneming en het in beeld brengen van de context waarbinnen de sociale onderneming opereert. De SER heeft aansluiting gezocht bij bestaande EU-opvattingen op dit gebied en tijdens een werkconferentie enquêtes afgenomen bij sociale ondernemers.¹⁰⁴ In 2011 is binnen de EU het Social Business Initiative gelanceerd. Kort geformuleerd is het SBI een beleidsplan om de ontwikkeling van sociaal ondernemerschap, sociale innovatie en de sociale economie binnen de EU te stimuleren.¹⁰⁵

Volgens de Europese Commissie is een sociale onderneming actief binnen de sociale economie met als primaire doelstelling het creëren van maatschappelijke of sociale impact in plaats van het maken van winst ten behoeve van aandeelhouders of eigenaren. De sociale onderneming levert producten of diensten voor de markt op een innovatieve en ondernemende wijze en winst wordt met name ingezet om de maatschappelijke doelstellingen te bereiken. Het besturen van de onderneming gebeurt op open en transparante wijze, waarbij men continu dialoog voert met alle belanghebbenden op wie de bedrijfsactiviteiten invloed hebben, waaronder werknemers, consumenten en leveranciers.¹⁰⁶ Ook de Europese Commissie onderscheidt daarbij drie dimensies: een economische, een sociale en een bestuurlijke dimensie (vergelijkbaar met de participatieve structuur indicatoren van het EMES International Research Network). De sociale onderneming heeft echter geen negen, maar vijf centrale kenmerken: aanhoudende economische activiteit, een expliciete of primaire maatschappelijke doelstelling, institutionele autonomie, een gelimiteerde dividenduitkering en een democratische of participatieve besluitvormingsstructuur.¹⁰⁷

¹⁰¹ Defourny 2001, p. 16.

¹⁰² Defourny & Nyssens 2006, p. 7.

¹⁰³ *Sociale ondernemingen: een verkennend advies* 2015, p. 21.

¹⁰⁴ *Sociale ondernemingen: een verkennend advies* 2015, p. 26.

¹⁰⁵ *Social enterprises* 2019, beschikbaar op: http://ec.europa.eu/growth/sectors/social-economy/enterprises_en.

¹⁰⁶ *A Policy Brief on Social Entrepreneurship* 2013, p. 7.

¹⁰⁷ Europese Commissie, 'A map of social enterprises and their eco-systems in Europe (synthesis report)' (Europese Unie 2015), p. 2, DOI:10.2767/458972.

De SER heeft uiteindelijk gekozen voor een pragmatische benadering en een werkdefinitie geformuleerd die aansluit bij deze kenmerken. Sociale ondernemingen zijn in haar visie “*zelfstandige ondernemingen* die een product of dienst leveren en primair en expliciet een *maatschappelijk doel* nastreven, dat wil zeggen een maatschappelijk probleem willen oplossen.”¹⁰⁸ In het advies kiest men er bewust voor om de keus voor de andere twee dimensies (gelimiteerde dividenduitkering en participatieve besluitvormingsstructuur) bij de ondernemer te laten liggen.

2.2.4 Een definitie anno nu (2019)

Tabel 1 (pagina 13) bevat een gestructureerd overzicht van alle genoemde dimensies. De vraag die resteert is welke dimensies de sociale onderneming definiëren. Er is in ieder geval consensus over het feit dat de sociale onderneming *onafhankelijk* van de overheid of andere organisaties opereert¹⁰⁹ en een hybride businessmodel hanteert: enerzijds dient er sprake te zijn van *continue economische activiteit*, anderzijds is dat altijd in het licht van een *expliciete maatschappelijke doelstelling*. Het ervaren van *significant economisch risico* onderscheidt sociale ondernemingen van bijvoorbeeld goede doelen. Dit kenmerk hangt in mijn optiek nauw samen met het bedrijven van continue economische activiteiten, dus behoeft geen aparte benoeming.

Sociale ondernemingen kunnen verder ontstaan vanuit reguliere bedrijven, maar er kan ook sprake zijn van geheel nieuwe initiatieven of geprivatiseerde overheidsinstellingen (public spin-outs).¹¹⁰ Het zijn van een *burgerinitiatief* is daarom geen exclusief kenmerk. Ook een *minimale hoeveelheid betaalde werknemers* is dat niet. In Nederland hangt de aanwezigheid van betaalde werknemers mede af van de rechtsvorm van de sociale onderneming. Binnen een BV is de aanwezigheid van betaalde werknemers bijvoorbeeld waarschijnlijker dan in het geval van een stichting.

Wat betreft het stellen van *grenzen aan dividenduitkeringen* bestaat er discussie. Het zou in strijd zijn met vrij ondernemerschap. Stefan Panhuijsen (mede-oprichter van Social Enterprise NL) geeft in een gesprek in april 2019 aan dat het voor zijn organisatie moeilijk is om stelling te nemen in deze discussie. Met name bij kleinere ondernemingen voorziet de vennootschap soms in het pensioen van de oprichter. Ook investeren sociale ondernemers vaak jaren tijd en energie voordat de onderneming winstgevend raakt. In welke mate mag dit ondernemersrisico worden beloond en waar ligt de grens? Een positievere formulering zou in mijn optiek bovendien beter passen bij het wezen van de sociale onderneming: de verplichting om een deel van de winst te herinvesteren in de maatschappelijke doelstelling. Dit strookt met het idee dat de vennootschap primair bij wil dragen aan de oplossing van een maatschappelijk probleem. De vraag die dan beklijft is uiteraard bij welk percentage van de winst een eventuele grens zou moeten liggen. Het stellen van een harde grens zorgt mogelijk voor terughoudendheid van investeerders, terwijl er binnen de sector juist een grote kapitaalbehoefte is. Anderzijds is het in overeenstemming met de SER verdedigbaar te stellen dat voor sociale ondernemingen enige terughoudendheid betreffende winstuitkeringen geboden is om de maatschappelijke doelstelling te waarborgen.¹¹¹

¹⁰⁸ *Sociale ondernemingen: een verkennend advies* 2015, p. 26.

¹⁰⁹ Dat sluit eventuele gezamenlijke initiatieven of samenwerkingen niet uit. Ook subsidies, schenkingen en donaties zijn toegestaan, mits de onderneming er niet volledig van afhankelijk is voor haar bestaan (*Sociale ondernemingen: een verkennend advies* 2015).

¹¹⁰ *Sociale ondernemingen: een verkennend advies* 2015, p. 32.

¹¹¹ *Sociale ondernemingen: een verkennend advies* 2015, p. 33.

Tabel 1 Dimensies van de sociale onderneming

	EMES IRN	EU	SER
Continue economische activiteit	V	V	V
Autonome organisatie	V	V	V
Expliciete of primaire maatschappelijke doelstelling	V	V	V
Gelimiteerde dividenduitkering	V	V	X
Participatief karakter	V	V	X
Significant economisch risico	V	X	X
Minimale hoeveelheid betaalde werknemers	V	X	X
Burgerinitiatief	V	X	X

Elke bestuurders is immers jegens de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijk vervulling van zijn taak waarbij hij de open normen van de redelijk- en billijkheid in acht dient te nemen (art. 2:8 jo. art. 2:9 BW). Aansluiting zoekend bij bestaande rechtsopvattingen noem ik dan ook het Cancun-arrest van de Hoge Raad uit 2014. Hierin overwoog de Hoge Raad dat bestuurders zich op basis van art. 2:239 lid 5 BW bij de vervulling van hun taak dienen te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.¹¹² Lange tijd was de opvatting dat het doel van de vennootschap hoofdzakelijk werd ingevuld door het belang van de gezamenlijke aandeelhouders.¹¹³ Maeijer heeft zich daarnaast sterk gemaakt voor het onderscheiden van een eigen belang van de rechtspersoon: het vennootschappelijk belang. Hij omschrijft dit als “het belang dat de vennootschap heeft bij haar eigen gezonde bestaan, uitgroei en voortbestaan met het oog op het door haar te bereiken doel”.¹¹⁴ In het Cancun-arrest overweegt de Hoge Raad vervolgens dat de invulling van het belang van de vennootschap

¹¹² HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799, JOR 2014/290, m.nt. R.G.J. de Haan (*Cancun*).

¹¹³ Van Schilfgaarde/Winter & Wezeman 2013, p. 27.

¹¹⁴ Maeijer 1964, p. 2. Zie ook Mendel 1989.

afhangt van de omstandigheden van het geval.¹¹⁵ In de Cancun-zaak was er sprake van een *joint venture*-vennootschap en werd het belang van de vennootschap volgens de Hoge Raad medebepaald door de aard en de inhoud van de aandeelhoudersovereenkomsten. In het geval van een sociale onderneming kan men redeneren dat de invulling van het vennootschappelijk belang hoofdzakelijk wordt ingekleurd door de maatschappelijke doelstelling van de onderneming. Een deel van de winst herinvesteren in de maatschappelijke doelstelling vloeit daar logisch uit voort. Een sociale onderneming zou op het eerste gezicht dus ook kunnen functioneren zonder een (wettelijk) vastgelegde dividendgrens.¹¹⁶ Ik ga nader in op de (on)wenselijkheid van een dividendklem of verplichte herinvestering in hoofdstuk 4.

Als laatste te behandelen kenmerk noem ik het *participatieve karakter* of de *democratische besluitvormingsstructuur* van de sociale onderneming. In tegenstelling tot de SER zie ik dit wel degelijk als een essentieel kenmerk van de sociale onderneming. De SER beargumenteert dat het invoeren van verplichte betrokkenheid van belanghebbenden niet in alle gevallen van toegevoegde waarde is.¹¹⁷ Daar ga ik graag in mee, maar de wenselijkheid van het instellen van een (wettelijke) verplichting dient wederom losgekoppeld te worden van de vraag of er sprake is van een dimensie van de sociale onderneming. In lijn met de Europese Commissie ben ik van mening dat het op actieve wijze betrekken van belanghebbenden bij besluitvormingsprocessen een wezenlijk onderdeel van de sociale onderneming is.¹¹⁸ De praktische vertaalslag is niet eenvoudig, onder meer vanwege de brede verscheidenheid aan sociale ondernemingen. Er spelen allerlei vraagstukken: wie zouden er tot de kring van belanghebbenden moeten worden gerekend? Moet er tevens een nieuw vennootschappelijk orgaan worden ingesteld? En welke specifieke rechten zouden aan een dergelijk orgaan moeten worden toegekend (denk bijvoorbeeld aan advies- of zelfs goedkeuringsrechten)? Voor nu is het voldoende te veronderstellen dat een participatieve structuur inherent is aan het voeren van een sociale onderneming en daarmee een belangrijke dimensie (zie voor een nadere bespreking hoofdstuk 4).

Als uitgangspunt voor het vormen van een wettelijk kader definieer ik sociale ondernemingen daarom als *zelfstandige ondernemingen* die een product of dienst leveren en primair en expliciet een *maatschappelijk doel* nastreven, waarbij er uitdrukkelijk sprake is van een *participatieve besluitvormingsstructuur*. Alvorens in te gaan op de juridische ontwikkelingen rond de sociale onderneming volgt in §2.3 voor een goed begrip eerst een korte schets van de sector en een analyse van haar behoeften.

2.3 Maatschappelijke Ontwikkelingen

2.3.1 De sector

Bedrijven zoals Tony's Chocolonely, Dopper of Max Havelaar zijn voor velen inmiddels bekende namen, maar sociale ondernemingen zijn actief in een breed scala aan branches. Veel bedrijven bevinden zich in een startende of groeiende fase en zijn volop in ontwikkeling. Ze hebben gemeen dat ze met behulp van een verdienmodel bijdragen aan de oplossing van een maatschappelijk probleem, variërend van klimaatverandering tot stijgende zorgkosten tot werkloosheid onder mensen met een

¹¹⁵ HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799, JOR 2014/290, m.nt. R.G.J. de Haan (*Cancun*), r.o. 4.2.1.

¹¹⁶ In hoofdstuk 3 ga ik nader in op de dividendklem in andere landen.

¹¹⁷ *Sociale ondernemingen: een verkennend advies* 2015, p. 34.

¹¹⁸ Europese Commissie, 'A map of social enterprises and their eco-systems in Europe (synthesis report)' (Europese Unie 2015), p. 4, DOI:10.2767/458972.

arbeidsbeperking.¹²⁷ Het meest recente rapport met kwantitatieve data over het onderwerp is opgesteld door McKinsey en dateert uit oktober 2016. Van 2011 tot 2016 is de sector naar schatting gegroeid met 70% van ongeveer 2.000-2.500 ondernemingen in 2011 naar 5.000 tot 6.000 ondernemingen in 2016.¹²⁸ Exacte getallen zijn lastig meetbaar, onder meer vanwege het eerder genoemde definiëringsprobleem. Ondanks nationaal banenverlies vanwege de economische crisis waren sociale ondernemingen in deze periode juist goed voor de creatie van 25.0000 nieuwe banen, wat resulteerde in een totaal van 65.000 tot 80.000 werkplekken in 2016. Waar van de reguliere MKB-bedrijven 38% vijf jaar na de oprichting niet meer bestaat, was dat bij sociale ondernemingen slechts 20%. Mogelijke oorzaken daarvoor zijn eenvoudiger toegang tot fondsen en subsidies en de sterke drang van ondernemers om maatschappelijke impact maken, ook als het bedrijf nog moeizaam loopt. Verder is 70% van de sociale ondernemingen niet ouder dan 5 tot 8 jaar. Dat is zichtbaar in winstcijfers. Slechts 31% van de door McKinsey onderzochte bedrijven rapporteerde winst (tegenover 51% van de reguliere MKB'ers). De verwachting was in 2016 dat de sector qua omvang en omzet de komende vijf tot tien jaar vervijfvoudigt.¹²⁹

Een voorbeeld van een sociale start-up is 'Rebottled': een jong bedrijf, opgericht in 2017, met als missie het tot stand brengen van een radicale wijziging in de glasindustrie en het stimuleren van de circulaire economie. Door drinkglazen te maken van gebruikte wijnflessen, wordt er minder energie verspild, afval gerecycled en een bijdrage geleverd aan een duurzamere economie. Rebottled werkt bovendien nauw samen met het UWV: tijdens het productieproces krijgen mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt de kans om weer aan de slag te gaan. Dubbele winst dus.¹³⁰

Ook buiten de sector is er steeds meer aandacht voor sociaal ondernemen. Zo voorziet de Kamer van Koophandel op haar website in informatie, zijn er netwerken opgericht voor en door sociale ondernemers zoals Social Enterprise NL, de Impact Hub en de Social Impact Factory en zijn er steeds meer maatschappelijk betrokken investeerders.¹³¹ Met name in de beginfase is de vraag naar groeikapitaal vaak groter dan het aanbod.¹³² Via bijvoorbeeld het ABN AMRO Social Impact Fonds (AASIF) kunnen in Nederland gevestigde ondernemers financiering aanvragen om hun maatschappelijke doelen te behalen. Zo investeerde het AASIF onder meer in Energy Floors, een Rotterdams bedrijf dat bewustwording wil creëren rondom energieconsumptie en -productie. Als eerste ter wereld produceerden zij vloeren die kinetische energie op kunnen vangen en om kunnen zetten in elektriciteit.¹³³

De bovenstaande voorbeelden laten zien dat het niet eenvoudig is om sociale ondernemingen te vergelijken. Daarnaast is het onderscheid tussen een goed doel en een sociale onderneming of een sociale onderneming en een 'gewoon' bedrijf niet altijd zwart wit. De stichting Social Enterprise NL stelde ter verduidelijking daarom het ondernemerscontinuüm op: een overzicht van het geheel aan

¹²⁷ Hillen & Panhuijsen 2016.

¹²⁸ Keizer e.a. 2016, p. 5 (*Rapport McKinsey*).

¹²⁹ Keizer e.a. 2016, p. 6 (*Rapport McKinsey*).

¹³⁰ 'Started from the bottle', *Rebottled* 2019, beschikbaar op <https://rebottled.nl/factory/>.

¹³¹ 'Sociaal ondernemen: 5 weetjes', KvK 11 april 2019, beschikbaar op <https://www.kvk.nl/advies-en-informatie/innovatie/sociaal-ondernemen/sociaal-ondernemen-5-weetjes/>.

¹³² Verloop, Hillen & Peeters 2018, p. 26.

¹³³ 'Social Impact Fonds financiert een betere wereld', *ABN AMRO Social Impact Fonds* 2019, beschikbaar op <https://www.abnamro.com/nl/over-abnamro/in-de-maatschappij/duurzaamheid/financieren-en-beleggen/social-impact-fonds/index.html>.

initiatieven dat te vinden is tussen het creëren van financiële waarde enerzijds en het realiseren van maatschappelijke waarde anderzijds.¹³⁴ De SER heeft enkele (tekstuele) aanpassingen gedaan, resulterend in het model in Figuur 1.

Figuur 1 Ondernemingscontinuüm

Financiële waarde						
Maatschappelijke waarde						
Goede doelen Burgerinitiatieven Maatschappelijke middenveld		Traditionele non-profit		Sociale ondernemingen		Reguliere bedrijven
Puur donaties of subsidies	Donaties / subsidies/ lidmaatschaps- bijdragen/ inkomsten uit de markt	Grootste deel van inkomsten uit markttransacties (verkoop goederen of diensten), geen winstdoelstelling	Grootste deel inkomsten uit markttransacties, volledige herinvestering winst	Grootste deel inkomsten uit markt- transacties, beperkte winstuitkering	Grootste deel inkomsten uit markt-transacties, mvo+ in de kern van het bedrijf	Grootste deel inkomsten uit markttransacties. Vooral financieel gedreven.
Louter maatschappelijke impact		Maatschappelijke impact voorop			Financiële waarde voorop	

Bron: Sociale ondernemingen: een verkennend advies 2015, p. 13.

Het is duidelijk dat de meeste organisaties proberen het realiseren van winst te combineren met het creëren van maatschappelijke waarde. In welke verhouding ze dat doen verschilt. Organisaties aan de linkerzijde zijn bijvoorbeeld goede doelen. Ze ontvangen nauwelijks tot geen inkomsten uit markttransacties, maar zijn volledig afhankelijk zijn van donaties of subsidies. Zij bestaan alleen om maatschappelijke impact te realiseren. Het andere uiterste zijn reguliere bedrijven, die volledig afhankelijk zijn van markttransacties en winst als belangrijkste doelstelling zien. Een bekende term in dit verband is 'maatschappelijk verantwoord ondernemen'. Sociaal ondernemen is echter veelomvattender. Volgens de huidige visie van de SER zou elke onderneming mvo principes in acht moeten nemen.¹³⁵ Het gaat daarbij om bewustzijn van zowel positieve als negatieve maatschappelijke effecten van de onderneming. Daar dient de ondernemer ook naar te handelen, door bijvoorbeeld verantwoord ketenbeheer te voeren en verantwoording af te leggen aan de maatschappij over hun beleid.¹³⁶ Een bedrijf dat maatschappelijk verantwoord onderneemt integreert maatschappelijke doelstellingen echter in hun primaire doelstelling: realisatie van financiële waarde. De sociale onderneming gaat verder. Sociale ondernemers hebben een expliciete maatschappelijke focus, de

¹³⁴ Hillen, Panhuijsen & Verloop 2014, p. 13.

¹³⁵ *Sociale ondernemingen: een verkennend advies 2015*, p. 37-39.

¹³⁶ *Eindevaluatie SER-initiatief Internationaal Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen 2012*, p. 22, 60-61.

onderneming staat volledig in het teken van een sociaal of maatschappelijk doel.¹³⁷ En zoals bij veel nieuwe ontwikkelingen, gaat ook de opkomst van de sociale onderneming gepaard met uitdagingen.

2.3.2 Maatschappelijke behoefte

De SER schetst een aantal van deze uitdagingen in haar verkennende advies.¹³⁸ Het advies vertoont overeenkomsten met eerdere rapporten van stichting Social Enterprise NL. In 2014 publiceerde Social Enterprise NL een agenda met vier belangrijke pijlers: herkenning & erkenning, toegang tot kapitaal, toegang tot markten en institutionalisering.¹³⁹ De eerste drie licht ik kort toe, op de institutionalisering ga ik dieper in.

1) Herkenning en erkenning

Voor de buitenwereld is het vaak onduidelijk wat een sociale onderneming precies is. Wat onderscheidt deze groep exact van een goed doel of een commercieel bedrijf? Die onduidelijkheid is er ook bij lokale en nationale overheden. Kamerlid Eppo Bruins geeft in een gesprek op 22 mei 2019 aan dat hij regelmatig ondernemers spreekt die, bijvoorbeeld in aanbestedingsprocedures, herhaaldelijk moeten uitleggen wat hun sociale onderneming anders maakt dan een reguliere BV, waarom zij vaak een wat lagere winstmarge hebben en waarom processen soms langer duren door zorgvuldige belangenafwegingen. Deze moeizame erkenning, onder meer door de overheid, kan een belemmerend effect hebben op groei.¹⁴⁰ De SER onderscheidt op het gebied van (h)erkenning drie hoofdproblemen: onbekendheid met het fenomeen, een gebrek aan vertrouwen in de maatschappelijke missie en moeite met het zichtbaar maken van de impact.¹⁴¹

Om meer bekendheid te realiseren is wetenschappelijke aandacht van belang, maar ook organisaties als Social Enterprise NL of bekende sociale ondernemingen kunnen een actieve bijdrage leveren aan meer zichtbaarheid. Een gebrek aan vertrouwen in de maatschappelijke missie is met name zichtbaar bij ondernemingen die opereren met behulp van een BV. Deze rechtsvorm heeft een commercieel imago.¹⁴² Een BV is weliswaar verplicht haar doelstelling vast te leggen in de statuten krachtens art. 2:177 lid 1 BW, maar de statuten kunnen in beginsel relatief eenvoudig door de AVA gewijzigd worden bij gewone meerderheid (art. 2:231 jo. art. 2:230 BW). Tot slot is het moeilijk om de daadwerkelijk gerealiseerde maatschappelijke impact te meten, vanwege gebrek aan instrumenten. Wel bestaan er bepaalde certificeringsvormen. Een voorbeeld van een internationaal gebruikte variant is de B Corp.¹⁴³ Om in aanmerking te komen voor een certificaat moeten ondernemingen een minimum aantal punten behalen op het gebied van maatschappelijke impact, transparantie en corporate governance door hun gehele productieketen.¹⁴⁴

¹³⁷ Niño, *Journal of Business & Economic Policy* 2015, p. 86.

¹³⁸ *Sociale ondernemingen: een verkennend advies* 2015.

¹³⁹ Hillen, Panhuijsen & Verloop 2014, p. 5.

¹⁴⁰ Europese Commissie, 'A map of social enterprises and their eco-systems in Europe (synthesis report)' (Europese Unie 2015), p. 14, DOI:10.2767/458972.

¹⁴¹ *Sociale ondernemingen: een verkennend advies* 2015, p 69-72.

¹⁴² *De social enterprise monitor 2014*, Social Enterprise NL 2014.

¹⁴³ Niet te verwarren met de Benefit Corporation. De B Corp betreft een private certificeringsvorm en de Benefit Corporation is een erkende rechtsvorm in de Verenigde Staten (zie hoofdstuk 3). Wel is de rechtsvorm vaak eveneens voorzien van de certificering.

¹⁴⁴ 'B Certification', beschikbaar op: <https://bcorporation.eu/certification>.

2) Toegang tot kapitaal

Sociale ondernemingen ervaren tevens problemen bij het aantrekken van kapitaal. Doorgaans genereren zij een lager financieel rendement, terwijl investeerders daar juist in geïnteresseerd zijn.¹⁴⁵ De SER geeft aan dat ook de rechtsvorm van de onderneming een rol kan spelen bij de financiering. Een stichting kent in tegenstelling tot de BV (art. 2:175 lid 1 BW) geen in aandelen verdeeld kapitaal en kan lastiger risicodragend vermogen aantrekken. Voor de stichting geldt bovendien een leden- en uitkeringsverbod (art. 2:285 lid 1 jo. art. 2:285 lid 3 BW). Het ledenverbod bemoeilijkt het uitoefenen van enige vorm van zeggenschap door investeerders. Het uitkeringsverbod houdt in dat een stichting geen uitkeringen mag doen aan oprichters of aan (rechts)personen die onderdeel zijn van een orgaan van de stichting. Ook aan andere derden mogen geen uitkeringen worden gedaan, tenzij de stichting hiermee handelt in lijn met de statutair vastgelegde ideële of sociale strekking (art. 2:286 lid 4 sub b jo. art. 2:285 lid 3 BW). Er geldt voor de stichting dus geen winstverbod, maar uitkeringen mogen slechts vanuit het ideële of sociale perspectief worden gedaan (of op basis van art. 2:304 lid 2 door een pensioen- of spaarfonds).¹⁴⁶ Een uitkering zou onder die voorwaarden zelfs aan een bestuurder van de stichting kunnen geschieden, mits er geen sprake is van overwegende zeggenschap van de bestuurder in kwestie.¹⁴⁷

Een BV kan daarentegen wel aandelen uitgeven, ook na oprichting (art. 2:175 jo. art. 2:178 jo. art. 2:196 BW), maar komt weer niet altijd in aanmerking voor giften en subsidies.¹⁴⁸ Aandelen zijn aantrekkelijk voor investeerders, omdat er altijd een winst- en/of zeggenschapsrecht aan verbonden dient te zijn (art. 2:190 BW). Met stemrecht kan de aandeelhouder invloed uitoefenen op het beleid van de onderneming en met een recht op dividend kunnen investeerders positief rendement behalen. Sociale ondernemingen behalen echter over het algemeen een wat lagere winst dan reguliere ondernemingen.¹⁴⁹

Social Enterprise NL ziet wat betreft kapitaalverschaffing een mogelijke rol voor de overheid weggelegd. In bijvoorbeeld Frankrijk en Engeland heeft de overheid een speciaal investeringsfonds opgericht.¹⁵⁰ Ik ben geen directe voorstander van fiscale regelingen of subsidiëring, omdat dit afbreuk doet aan het ondernemende aspect van de sociale onderneming en de groep daarnaast nog niet helder is afgebakend. Een beter alternatief is in mijn optiek het stimuleren van particuliere investeringen met maatschappelijke impact, door bijvoorbeeld (een deel van) de investering fiscaal aftrekbaar te maken.¹⁵¹

3) Toegang tot markten

Sociale ondernemingen opereren vaak op een innovatieve manier. Dat kan zorgen voor belemmeringen met betrekking tot de toegang tot de markt door bestaande wet- en regelgeving.¹⁵² De SER merkt op dat ook reguliere mkb-ondernemers dergelijke obstakels ervaren. Regels kunnen echter niet altijd zomaar opzij worden gezet, daartoe dienen alle betrokken belangen te worden afgewogen. Wel moet

¹⁴⁵ Men ziet wel een toename van kapitaalverschaffers die met hun investering ook een maatschappelijke impact willen maken. Zie Hillen, Panhuijsen & Verloop 2014.

¹⁴⁶ Schmieman, in: *T&C Burgerlijk Wetboek 2019*, commentaar op art. 2:285 BW (online, bijgewerkt 1 juli 2019).

¹⁴⁷ Asser/Rensen 2-III 2017/323.

¹⁴⁸ *Sociale ondernemingen: een verkennend advies* 2015, p. 73-78.

¹⁴⁹ Zie Keizer e.a. 2016 (*Rapport McKinsey*).

¹⁵⁰ Hillen, Panhuijsen & Verloop 2014, p. 27.

¹⁵¹ Zie ook Hillen, Panhuijsen & Verloop 2014, p. 28-29.

¹⁵² Hillen, Panhuijsen & Verloop 2014, p. 30.

er ruimte te zijn om te experimenteren. Ook de sociale onderneming dient daarbij voorzichtig om te gaan met eventuele publieke gelden.¹⁵³

Daarnaast bestaat er een specifiek probleem bij overheidsinkoop, duidelijk zichtbaar bij aanbestedingsprocedures. Vaak is daar in de praktijk de kostprijs voor inkopers nog doorslaggevend en wordt maatschappelijke impact in de praktijk niet of nauwelijks meegewogen.¹⁵⁴ Wel is de Europese richtlijn voor openbare aanbestedingen inmiddels geïmplementeerd in de Aanbestedingswet.¹⁵⁵ De richtlijn bepaalt onder meer dat overheidsaanbestedingen een bijdrage moeten leveren aan EU-doelstellingen op het gebied van duurzaamheid en innovatie. Dat kan behulpzaam zijn voor de sociale onderneming.

4) Institutionalisering

Veel bedrijven die vallen onder de definitie van de sociale onderneming opereren nu in de vorm van een BV, stichting of coöperatie. Social Enterprise NL schetst bij elk van deze rechtsvormen knelpunten vanuit het perspectief van de ondernemer en pleit voor het oprichten van een nieuwe modaliteit op bestaande rechtsvormen.¹⁵⁷

De meest gangbare rechtsvorm is zonder twijfel de BV. Binnen het maatschappelijke verkeer ziet men deze rechtsvorm volgens Social Enterprise NL vooral als een op winst gerichte entiteit.¹⁵⁸ De BV kent krachtens art. 2:175 BW een in aandelen verdeeld kapitaal, waarbij er conform art. 2:190 BW altijd een stem- of uitkeringsrecht aan het aandeel is gekoppeld (of beide). De uitgebreide bepaling over winstbestemming (art. 2:216 BW) maakt dat ook de wetgever nadruk legt op het commerciële aspect van de BV. In beginsel is de AVA bevoegd tot het bestemmen van de winst en het vaststellen van uitkeringen, maar deze bevoegdheden kunnen statutair worden beperkt (art. 2:216 lid 1 BW). De wetgever had met deze beperkingen echter niet per definitie een waarborging van een eventueel maatschappelijke doelstelling voor ogen. Beperkingen zijn volgens de Memorie van Toelichting vooral bedoeld om winst rechtstreeks ten goede te laten komen aan aandeelhouders of een deel van de winst aan statutair vastgelegde personen uit te keren.¹⁵⁹ Een BV kent verder geen verplichte *maatschappelijke* doelstelling, noch een vermogensklem bij omzetting van de rechtsvorm.¹⁶⁰ Sociale ondernemingen kunnen daar wel belang bij hebben. Mocht de BV overigens wel een maatschappelijke doelstelling in haar statuten vastgelegd hebben, dan is deze missie niet beschermd en zou de AVA de statutaire doelstelling relatief eenvoudig kunnen wijzigen met een volstrekte meerderheid, mits daarover niets anders is vastgelegd in de wet of de statuten (art. 2:230 jo. art. 2:231 BW).

Voor een verplicht statutair vastgelegde doelstelling (art. 2:285 lid 1 BW) in combinatie met een vermogensklem in het geval van omzetting (art. 2:18 lid 6 BW) kan men terecht bij de stichting. Aan het type doelstelling stelt de wet geen specifieke vereisten, maar uiteraard mag een doel niet in strijd zijn met de openbare orde (art. 2:20 BW) of met het eerder besproken uitkeringsverbod (art. 2:285 lid 3 BW).¹⁶¹ Verder zijn de statuten in beginsel niet te wijzigen, tenzij dat recht in diezelfde statuten wel is vastgelegd (art. 2:293 BW). Mocht instandhouding van de statuten echter leiden tot een situatie die bij

¹⁵³ *Sociale ondernemingen: een verkennend advies* 2015, p. 78-79.

¹⁵⁴ *Sociale ondernemingen: een verkennend advies* 2015, p. 81-83.

¹⁵⁵ Richtlijn 2014/24/EU.

¹⁵⁷ Hillen, Panhuijsen & Verloop 2014, p. 34-36.

¹⁵⁸ Hillen, Panhuijsen & Verloop 2014, p. 34.

¹⁵⁹ *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 69.

¹⁶⁰ Al verplicht art. 2:177 lid 1 BW de BV wel tot het vastleggen van een doelstelling.

¹⁶¹ Asser/Rensen 2-III 2017/323.

oprichting redelijkerwijs niet kan zijn beoogd, dan kunnen oprichters, het bestuur of het Openbaar Ministerie wijziging van de statuten vorderen (art. 2:294 lid 1 BW). Daarbij zoekt de rechtbank in het geval van wijziging van de doelstelling zo veel mogelijk aansluiting bij de bestaande doelstelling (art. 2:294 lid 2 BW).

Het vermogen van de stichting geniet verder bescherming bij omzetting in een andere rechtsvorm op basis van art. 2:18 lid 4 jo. art. 2:18 lid 6 BW. Niet alleen is er voor omzetting van of in een stichting goedkeuring van de rechtbank vereist, ook voor een andere besteding van het bestaande vermogen (inclusief vruchten daarvan) dient er expliciete goedkeuring van de rechter te zijn. Op deze manier heeft de wetgever beoogd te voorkomen dat het opgebouwde doelvermogen van een stichting eenvoudig misbruikt kan worden voor andere doeleinden.¹⁶² Zoals hierboven beschreven onder '2) Toegang tot kapitaal', brengt een stichting als groot nadeel mee dat het als investeringsvorm weinig aantrekkelijk is vanwege het gebrek aan eigenaarschap.

Om zowel de maatschappelijke doelstelling van de sociale onderneming te kunnen beschermen als kapitaal aan te kunnen trekken, kiest een aantal sociaal ondernemers er bewust voor om een BV en een stichting te combineren.¹⁶³ Een relatief eenvoudige structuur is het instellen van stichting die honderd procent aandeelhouder is van de BV.¹⁶⁴ De stichting zorgt voor waarborging van de maatschappelijke missie en de BV realiseert het businessmodel. Indien de stichting enig aandeelhouder van de BV is, blijft het nog steeds ingewikkeld om extern kapitaal aan te trekken. Een andere mogelijkheid is daarom het toekennen van een prioriteitsaandeel of een vetorecht aan de stichting als medeaandeelhouder van de BV (art. 2:201 lid 3 BW). De stichting kan van dit recht gebruik maken ter voorkoming van wijziging van de maatschappelijke doelstelling of omzetting van de BV. Daarnaast is het mogelijk om 'ongekoppeld' een BV en een stichting op te richten en vervolgens door middel van overeenkomsten de onderlinge verhoudingen vast te leggen.¹⁶⁵ Deze laatste optie lijkt weinig transparant voor buitenstaanders. Het instellen van twee aparte rechtsvormen is niet ideaal, zeker niet voor start-ups en kleinere ondernemingen. Zo zijn er extra kosten verbonden aan het oprichten en in stand houden van een extra rechtsvorm. Bovendien lijkt het in het kader van belangenverstrengeling onwenselijk om voor de stichting en de BV eenzelfde bestuur in te stellen (zie art. 2:239 lid 6 BW voor bestuurders van de BV). Dat betekent dat er extra bestuurders nodig zijn, die bij kleinere ondernemingen niet altijd beschikbaar zijn. Ook kan het voor de buitenwereld onduidelijk zijn hoe de onderneming in elkaar zit.

Tot slot bestaan er nog sociale ondernemingen in de vorm van een coöperatie. De coöperatie is een specialis van de vereniging en heeft krachtens art. 2:53 lid 1 BW tot doel om haar leden in bepaalde stoffelijke behoeften te voorzien. Alhoewel alle behoeften op economisch vlak tellen als een stoffelijke behoefte, voorziet niet elke sociale onderneming daarin.¹⁶⁶ Bovendien is het niet altijd duidelijk wie er in het geval van een sociale onderneming lid zouden moeten zijn van de coöperatie. Ook de coöperatie kent geen in aandelen verdeeld kapitaal, waardoor financiering eveneens een probleem kan vormen.

¹⁶² Boschma & Snijder-Kuipers 2011, p. 52-56.

¹⁶³ Aldus 11% van de geënquêteerden; *de social enterprise monitor 2018*, Social Enterprise NL 2018.

¹⁶⁴ Een voorbeeld van deze structuur ziet men bij de Efteling (overigens geen sociale onderneming). Stichting Natuurpark de Efteling is als 'hoeder van het sprookje' enig aandeelhouder van de Efteling B.V. Zie <https://www.efteling.com/nl/over-de-efteling/de-organisatie>.

¹⁶⁵ 'De voor- en nadelen van de BV-stichting-structuur', beschikbaar op <https://www.social-enterprise.nl/nieuws-en-evenementen/actueel/blog/de-voor-en-nadelen-van-de-bv-stichting-constructie>.

¹⁶⁶ Rensen, in: *T&C Burgerlijk Wetboek 2019*, commentaar op art. 2:53 BW (online, bijgewerkt 1 juli 2019).

Alhoewel ondernemingen in beginsel ook statutair veel vast kunnen leggen, blijkt uit bovenstaande dat bestaande rechtsvormen beperkingen meebrengen op het gebied van financiering, complexiteit of bescherming van de maatschappelijke doelstelling en het beschermen van opgebouwd vermogen. Social Enterprise NL pleit daarom voor een eigen rechtsvorm voor sociale ondernemingen, gebaseerd op de wensen van de sector.¹⁶⁸ In de volgende paragraaf belicht ik de juridische ontwikkelingen op dit gebied.

2.4 Juridische Ontwikkelingen

2.4.1 Het wetsvoorstel ‘Maatschappelijke onderneming’

Het idee voor een nieuwe rechtsvorm is eerder geopperd. In juli 2009 diende de toenmalig Minister van Justitie bij de Tweede Kamer het wetsvoorstel Maatschappelijke Onderneming in naar aanleiding van de ontwikkeling van organisaties in de semipublieke sector tot grote en professionele instellingen. Met name – maar niet uitsluitend – voor de woon-, zorg- en onderwijssector zou er een nieuwe privaatrechtelijke modaliteit worden toegevoegd aan het bestaande arsenaal van rechtsvormen. Op die manier wilde men een heldere plek binnen het rechtsverkeer creëren voor semipublieke instellingen met een duidelijke focus op het algemeen belang met gelijke regels voor toezicht en verantwoording.¹⁶⁹ Het voorstel mag een andere insteek hebben dan de recent ingediende initiatiefnota, toch zijn er ook gelijkenissen.

In 2009 ging het om een nieuwe modaliteit gebaseerd op de bestaande stichting of vereniging, waar het in de initiatiefnota van Bruins in eerste instantie gaat om een modaliteit op de BV.¹⁷⁰ De entiteit zou de naam ‘stichting/vereniging tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming’ voeren (hierna beiden aangeduid met vereniging of stichting ‘MO’). Verplichte organen van de vereniging of stichting MO zijn het bestuur, een raad van toezicht en een belanghebbendenvertegenwoordiging of ledenvergadering. Binnen het bestaande verenigings- en stichtingenrecht is het reeds mogelijk om al deze organen middels de statuten een plek te geven; maar een raad van toezicht en een belanghebbendenvertegenwoordiging vloeien niet verplicht voort uit de wet.¹⁷¹ Bijzondere wetgeving of sectorale gedragscodes zouden vervolgens kunnen voorzien in gedetailleerde regelingen of beperkingen.

2.4.1.1 De belanghebbendenvertegenwoordiging

Interessant in het licht van de sociale onderneming is allereerst de belanghebbendenvertegenwoordiging. Krachtens het voorgestelde art. 2:307h lid 1 BW moest deze vertegenwoordiging representatief zijn voor de vereniging of stichting MO in kwestie. Wie er plaats moeten nemen in de vertegenwoordiging bepaalt de gedragscode die op de sector van toepassing is. Indien deze afwezig is, bepalen de statuten wie belanghebbenden zijn. In de Memorie van Toelichting stelt de minister dat het ‘in de eerste plaats gaat om afnemers van goederen of diensten van de

¹⁶⁸ Hillen, Panhuijsen & Verloop 2014, p. 36.

¹⁶⁹ *Kamerstukken II* 2008/09, 32003, 3, p. 2 (MvT).

¹⁷⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35040, p. 4.

¹⁷¹ Rensen, *Ondernemingsrecht* 2010/42, p. 207. In tegenstelling tot het verplichte bestuur (art. 2:44 BW voor de vereniging en art. 2:291 BW voor de stichting).

maatschappelijke onderneming'.¹⁷² Daarnaast kunnen anderen die het maatschappelijk belang behartigen dat wordt nagestreefd door de vereniging of stichting MO als belanghebbende worden aangemerkt. Volgens Rensen gaat het hier dus om rechtstreeks of direct belanghebbenden.¹⁷³ Zij die menen belanghebbenden te zijn, maar niet als zodanig zijn aangemerkt, zouden een verzoek in kunnen dienen bij de Ondernemingskamer tot toelating als belanghebbende (art. 2:307h lid 4 BW).¹⁷⁴ In het wetsvoorstel zijn veel details opengelaten. Rensen vraagt zich onder meer af hoe de benoeming van belanghebbenden zou kunnen worden geregeld. Dit blijven interessante vragen in het kader van de eventuele invoering van een belanghebbendenorgaan bij de BVm.

Wat betreft de bevoegdheden van de belanghebbendenvertegenwoordiging beoogde men in ieder geval een verplicht jaarlijks adviesrecht in te voeren met betrekking tot het strategische beleid van de vereniging of stichting MO (art. 2:307i BW). Indien het bestuur dit advies niet (geheel) over zou nemen, zou het in overleg moeten treden met de belanghebbenden. In de tussentijd zou uitvoering van de besluiten niet zijn toegestaan (art. 2:307i BW). Mocht men er onderling niet uitkomen, dan zou de statutair vastgelegde interne geschillenregeling in werking treden.¹⁷⁵ Rensen merkt terecht op dat dit kan zorgen voor aanzienlijke vertraging in de besluitvorming.¹⁷⁶ De wetgever heeft verder niet willen voorzien in wettelijke goedkeuringsrechten. Wel zou een statutaire regeling hier nader over kunnen bepalen.¹⁷⁷

2.4.1.2 Dividend

Een andere belangrijke voorgestelde wijziging was de mogelijkheid om private investeerders te betrekken bij de vereniging of stichting MO door het uitkeren van winst aan de houders van een winstbewijs (art. 2:307k BW). Aan een winstbewijs zou geen enkele vorm van zeggenschap zijn verbonden om te voorkomen dat men de koers van de onderneming zou kunnen wijzigen.¹⁷⁸ Binnen de woon- en zorgsector zou uitgifte van winstbewijzen in zijn geheel niet zijn toegestaan. Daarbuiten zou het bestuur bevoegd zijn tot uitgifte, mits er goedkeuring was verkregen van de raad van toezicht. Bij de daadwerkelijke uitkering van winst stelde men bovendien een vermogensklem voor (art. 2:307l BW) om te voorkomen dat publieke gelden bij private investeerders terecht zouden komen.¹⁷⁹ De minister stelt in de Memorie van Toelichting dat de middelen die door of vanwege (indirect) de overheid zijn ontvangen, uitsluitend mogen worden gebruikt voor het doel waarvoor ze zijn bestemd: het publieke belang.¹⁸⁰ De voorgestelde vermogensklem lijkt daarmee enigszins op de beklemming van gelden in een stichting bij omzetting in een andere rechtsvorm (art. 2:18 lid 6 BW).

2.4.1.3 Intrekking wetsvoorstel

Het wetsvoorstel is uiteindelijk niet in stemming gebracht. Vanuit de sectoren bleek er weinig vraag naar een nieuwe rechtsvorm. Bovendien hoopte men met de invoering van een vereniging of stichting MO

¹⁷² Kamerstukken II 2008/09, 32003, 3, p. 26 (MvT).

¹⁷³ Rensen, *Ondernemingsrecht* 2010/42, p. 212.

¹⁷⁴ Kamerstukken II 2008/09, 32003, 3, p. 26 (MvT).

¹⁷⁵ Kamerstukken II 2008/09, 32003, 3, p. 28 (MvT).

¹⁷⁶ Rensen, *Ondernemingsrecht* 2010/42, p. 213.

¹⁷⁷ Kamerstukken II 2008/09, 32003, 3, p. 28 (MvT).

¹⁷⁸ Kamerstukken II 2008/09, 32003, 3, p. 2 (MvT).

¹⁷⁹ Rensen, *Ondernemingsrecht* 2010/42, p. 213.

¹⁸⁰ Kamerstukken II 2008/09, 32003, 3, p. 30 (MvT).

in eerste instantie op een reductie van bijzondere wetgeving, maar het wetsvoorstel liet juist veel ruimte over aan de sectoren zelf voor het stellen van nadere regels. Ook waren er juridische bezwaren, waaronder de hierboven genoemde onduidelijkheden met betrekking tot de belanghebbendenvertegenwoordiging. Al met al vormde dit voldoende reden voor intrekking van het wetsvoorstel op 23 januari 2013.¹⁸¹

2.4.2 De initiatiefnota 'Ondernemen met een maatschappelijke missie'

De intrekking van het wetsvoorstel uit 2009 resulteerde in een politieke stilte omtrent maatschappelijk georiënteerde organisaties, maar niet voor lang. Binnen het publieke domein is er in toenemende mate aandacht voor sociale ondernemingen. Dat is vaak nog wel op een lokaal niveau.¹⁸² Sommige gemeentes voeren actief beleid.¹⁸³ Om meer herkenbaarheid te creëren pleit de stichting Social Enterprise NL al jaren voor invoering van een separate rechtsvorm voor sociale ondernemingen. Eén van de actiepunten genoemd in het advies van de SER is eveneens het onderzoeken naar de mogelijkheid voor een 'label' voor sociale ondernemingen.¹⁸⁴

Tweede Kamerlid Eppo Bruins (ChristenUnie) publiceerde op 8 september 2018 de initiatiefnota 'Ondernemen met een maatschappelijke missie. (H)erkenning van Sociale Ondernemingen door de BVm'. In deze initiatiefnota zet hij het probleem uiteen waar sociale ondernemingen mee kampen en komt hij met verschillende suggesties voor verbetering. Het invoeren van een nieuwe rechtsvorm (de BVm) behoort tot één van de voorstellen. Andere suggesties zijn bijvoorbeeld positieve discriminatie van sociale ondernemingen in aanbestedingsprocedures, het (her)invoeren van een koplopersloket en de vorming van social impact bonds.¹⁸⁵ De focus van het onderhavige onderzoek ligt op de invoering van een nieuwe rechtsvorm, dus deze overige suggesties komen slechts zijdelings aan bod.¹⁸⁶

Ondanks het feit dat de sociale onderneming technisch gezien kan bestaan, ervaart de groeiende groep sociale ondernemers in de praktijk problemen bij de keuze voor een rechtsvorm. Waar aan de BV een winst georiënteerd imago kleeft, verkrijgt een stichting moeilijk privaat kapitaal door de ideële doelstelling. Ook Helder kaart dit probleem aan: het manifesteert zich met name in de externe beeldvorming.¹⁸⁷ Bruins stelt daarom voor om een bestaande modaliteit op de BV in te voeren: de BV maatschappelijk (BVm). In een later stadium zou de wetgever een soortgelijke modaliteit voor de

¹⁸¹ *Kamerstukken II* 2008/09, 32003, 7.

¹⁸² Keizer e.a. 2016, p. 2 (*Rapport McKinsey*).

¹⁸³ Zo stelde de gemeente Amsterdam al in 2015 een actieprogramma Sociaal Ondernemen op met daarin diverse plannen en regelingen om sociaal ondernemerschap te stimuleren en zo meer maatschappelijke impact te realiseren. Beschikbaar via: https://assets.amsterdam.nl/publish/pages/866495/actieprogrammasociaalondernemenamsterdam_2015-2018_2.pdf.

¹⁸⁴ *Sociale ondernemingen: een verkennend advies* 2015, p. 113.

¹⁸⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35040, 2.

¹⁸⁶ Ter illustratie: social impact bonds zijn samenwerkingsverbanden tussen private investeerders, sociale ondernemers en de overheid op basis van prestatiecontracten. Een private investeerder financiert een maatschappelijk project. Indien het project een succes en een besparing oplevert, betaalt de overheid (een deel van) de investering terug. Dit zorgt voor risicoverschuiving naar het private domein. 'Social Impact Bond: investeren in een ander', *ABN AMRO* 2019, beschikbaar op <https://www.abnamro.com/nl/over-abnamro/in-de-maatschappij/duurzaamheid/financieren-en-beleggen/social-impact-bonds/index.html>.

¹⁸⁷ Helder, *Onderneming en Financiering* 2017/25, p. 86.

coöperatie of andere rechtsvormen kunnen instellen.¹⁸⁸ Als mogelijke wettelijke criteria noemt hij de volgende punten:

- “Statuten bepalen dat de onderneming de maatschappelijke missie vooropstelt. Inhoudelijke vastlegging van de missie.
- Betrokkenheid van stakeholders wordt benoemd in de statuten, plus keuze door de bestuurders van een code of governance.
- Dialoog met de stakeholders en maatschappelijke acceptatie zijn transparant en voldoen aan wettelijk vastgelegde minimumeisen.
- De maatschappelijke vennootschap herinvesteert het grootste deel van haar winst in de missie.”¹⁸⁹

Kenmerkend voor een initiatiefnota is dat de initiatiefnemer een bepaalde beleidskwestie aan de orde stelt. Vaak doet hij daarbij concrete suggesties. De regering geeft hier een reactie op alvorens de initiatiefnota wordt besproken in een overleg van de Tweede Kamer of een Kamercommissie.¹⁹⁰ Afhankelijk van de uitkomst van dit overleg kunnen juristen vervolgens aan de slag met een concreet wetsvoorstel. De huidige initiatiefnota vormt dus hooguit een eerste aanzet tot nadenken. Dat is in mijn optiek ook zichtbaar. De kritische lezer ziet wat tegenstrijdigheden of voorstellen die nadere uitwerking behoeven. Waar Bruins bijvoorbeeld eerst voorstelt om een geheel nieuwe rechtsvorm in te voeren, spreekt hij later van een juridisch label in combinatie met de wettelijke verankering van de code sociaal ondernemen. Dat lijkt wat veel van het goede. De genoemde code sociaal ondernemen is overigens bedoeld als richtlijn voor sociale ondernemers en in 2017 door een onafhankelijke commissie opgesteld in opdracht van Social Enterprise NL. Hij is vergelijkbaar met de Corporate Governance Code 2016, maar dan voor sociale ondernemingen. Organisaties kunnen zich aan de vereisten committeren en zich inschrijven in het Register Sociale Ondernemingen. Men toetst jaarlijks of de onderneming nog voldoet aan de vereisten met behulp van een review door twee andere ondernemers.¹⁹¹

Een punt waar de initiatiefnota onduidelijk over blijft is de invoering van een dividendklem. Bruins benoemt voor- en nadelen, maar doet geen concrete suggesties. Wat betreft de wettelijke invulling van de BvM is er dus meer dan voldoende stof tot nadenken. Vraagstukken die spelen zijn bijvoorbeeld hoe en of men de positie van belanghebbenden wettelijk wil verankeren, of er wel of geen dividendklem zou moeten zijn, of de code sociaal ondernemen in de wet moet worden opgenomen, op welke wijze toezicht en waarborging plaats dient te vinden en welke maatregelen men dient vast te leggen om te voorkomen dat een structuurwijziging kan leiden tot een andere vennootschappelijke identiteit of verkwisting van publieke gelden. In hoofdstuk 4 ga ik dieper in op dit soort vraagstukken.

2.5 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk heb ik aan de hand van eerdere definities van het EMES International Research Network, de EU en de SER in §2.2 de sociale onderneming gedefinieerd als een zelfstandige onderneming die een product of dienst levert en primair en expliciet een maatschappelijk doel nastreeft, waarbij er uitdrukkelijk sprake is van een participatieve besluitvormingsstructuur.

¹⁸⁸ *Kamerstukken II 2018/19, 35040, 2, p. 15.*

¹⁸⁹ *Kamerstukken II 2018/19, 35040, 2, p. 9.*

¹⁹⁰ Een eerste schriftelijk overleg in de commissie voor Economische Zaken en Klimaat heeft inmiddels plaatsgevonden, zie *Kamerstukken II 2018/19, 35040, 3.*

¹⁹¹ Impact First. Code Sociale Ondernemingen, 1 juli 2017. (Hierna: de Code Sociale Ondernemingen).

In §2.3 bleek dat sociale ondernemers opereren in een nog relatief kleine sector met een sterk groeipotentieel. Problemen waar ondernemers tegenaan lopen zijn een gebrek aan (h)erkenning, waardoor zij hun specifieke identiteit niet uit kunnen dragen en opdrachten (vanuit de overheid) mis kunnen lopen. Vanuit een juridisch perspectief ervaren zij binnen het huidige spectrum aan rechtsvormen eveneens uitdagingen. Organisaties die kiezen voor de vorm van een stichting hebben moeite met het aantrekken van extern kapitaal, maar in het geval van een BV kan het lastig zijn de primaire maatschappelijke doelstelling naar buiten uit te dragen en te waarborgen bij verandering van aandeelhouders of bestuur. Een combinatie van beide vormen kan een oplossing bieden, maar niet elke sociale onderneming beschikt over toegang tot goed (juridisch) advies. Bovendien leveren dergelijke constructies complexiteit en een toename van administratieve lasten op.

In §2.4 lichtte ik de juridische ontwikkelingen kort toe. Waar het wetsvoorstel voor de maatschappelijke onderneming voor verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector in 2013 sneuvelde vanwege (onder meer) een gebrek aan draagkracht, lijkt er vanuit de private sector wel vraag naar een specifieke constructie voor de sociale onderneming. Een eerste politieke aanzet daartoe is gegeven door de initiatiefnota 'Ondernemen met een maatschappelijke missie'. Alhoewel de nota nog vrij abstract blijft, vormt het een goede prikkel voor meer discussie. Alvorens ik specifieke juridische aspecten van de BVm nader bespreek, volgt in hoofdstuk 3 eerst een weergave van twee internationale initiatieven op het gebied van de wettelijke verankering van de sociale onderneming.

3. Een Blik over de Grens

3.1 Inleiding

In een aantal landen binnen en buiten Europa kent de sociale onderneming al een wettelijke basis. Dit kan via de coöperatieve rechtsvorm, met een juridisch label of in de vorm van een nieuwe vennootschap.¹⁹² Een analyse van een buitenlandse variant biedt mogelijk inzichten in het kader van een nog te implementeren Nederlandse vennootschapsvorm. In dit hoofdstuk bespreek ik daarom twee verschillende initiatieven. In §3.2 schets ik de ontwikkeling van de Amerikaanse benefit corporation, vanwege de relatief recente invoering en het feit dat het aantal ondernemingen dat deze vorm aanneemt sterk groeit. In §3.3 volgt een rechtsstelsel dat in letterlijk en figuurlijk opzicht dichterbij het Nederlandse staat: de Belgische Vennootschap met Sociaal Oogmerk. Indien mogelijk maak ik onderlinge vergelijkingen en aan het slot van elke paragraaf volgt een korte evaluatie. In §3.4 besluit ik het hoofdstuk met een tussenconclusie.

3.2 De Amerikaanse benefit corporation

Een zeer recente ontwikkeling in de Verenigde Staten is de benefit corporation: gebaseerd op traditionele Amerikaanse vennootschappen, maar dan met oog voor andere belangen dan winstmaximalisatie. In §3.2.1 verschaft ik een definitie en schets ik kort de ontstaansgeschiedenis van de benefit corporation, gevolgd door een uitgebreide inhoudelijke analyse van de speciaal voor deze onderneming ontwikkelde Modelwet in §3.2.2. Daarbij hanteer ik bewust een beschrijvende benadering. Vergelijkingen met het Nederlandse systeem maak ik, mits van toegevoegde waarde, in hoofdstuk 4. In §3.2.3 volgt ten slotte een evaluatie van de benefit corporation.

3.2.1 Ontwikkeling

Op dit moment (augustus 2019) zijn er 34 Amerikaanse staten die de benefit corporation hebben erkend en passende wetgeving hebben ingevoerd. Het fenomeen is relatief nieuw en vloeit voort uit de toenemende behoefte van Amerikaanse ondernemers aan een juridische structuur met ruimte voor aandacht voor andere belangen dan die van de aandeelhouders. Traditioneel is daar weinig ruimte voor. Zo bepaalde het Michigan Supreme Court in 1919 in het toonaangevende *Dodge v. Ford Motor Company* dat het primaire doel van een onderneming de maximalisatie van winst voor haar aandeelhouders is (*shareholder primacy*).¹⁹³ Jarenlang is dit binnen de Verenigde Staten de heersende opvatting geweest. In 2010 overwoog het Delaware Chancery Court in *eBay Domestic Holdings, Inc. v. Craig Newmark* nog dat een for-profit Delaware Corporation met een bedrijfsdoelstelling die er niet op gericht is om maximale economische waarde te creëren voor haar aandeelhouders niet consistent is met de fiduciaire verplichtingen van bestuurders.¹⁹⁴ Tegenover deze opvatting staat een maatschappelijke ontwikkeling

¹⁹² Zie voor een uitgebreide bespreking van sociaal ondernemerschap in België, Griekenland en het Verenigd Koninkrijk ook Argyrou 2018.

¹⁹³ Michigan Supreme Court (Verenigde Staten) 7 februari 1919, *Dodge v. Ford Motor Company* [1919] 204 Mich. 459, 170 N.W. 668.

¹⁹⁴ Delaware Chancery Court (Verenigde Staten) 9 september 2010, *eBay Domestic Holdings, Inc. v. Craig Newmark* [2010] C.A. No. 3705-CC.

waarbij zowel consumenten, investeerders als ondernemers steeds meer belang hechten aan het creëren van sociale of maatschappelijke waarde. Klanten eisen bijvoorbeeld dat kleding op een verantwoorde manier is geproduceerd. Daarbij spelen diverse belangen op het gebied van maatschappij en milieu een rol. Deze belangen kunnen botsen met het financiële belang van de aandeelhouders.

Bij wijze van antwoord op het spanningsveld dat is ontstaan tussen het hanteren van een sociale missie en het creëren van aandeelhouderswaarde, heeft de Amerikaanse non-profit organisatie B Lab in 2007 een certificeringsstandaard geïnitieerd: de B Corp Certification.¹⁹⁵ B Lab is een non-profit organisatie die valt onder §501(c)3 van de U.S. Code (federale wetgeving).¹⁹⁶ De doelstelling van B Lab is het wereldwijd ondersteunen van mensen en organisaties die ondernemen om daarmee een maatschappelijke bijdrage te leveren.¹⁹⁷ Een zogenaamde 'B Corp Certification' houdt in dat een onderneming voldoet aan een serie door B Lab opgestelde transparante, begrijpelijke en vergelijkbare standaarden op het gebied van maatschappelijke en sociale prestaties. Het certificaat is voor ondernemingen over de hele wereld beschikbaar. Iedere drie jaar vindt er verplichte een nieuwe toetsing plaats en ondernemingen betalen – afhankelijk van hun grootte – jaarlijks een bijdrage voor de certificering.¹⁹⁸ De certificeringsprocedure werkt als volgt: de onderneming vult allereerst een assessment in met vragen over de huidige en historische status betreffende een breed scala aan standaarden. Concreet gaat het bijvoorbeeld om het al dan niet toepassen van dierproeven, recente terugnames van producten of het rekening houden met gevoelige ecosystemen in productiegebieden. Daarbij is ook aandacht voor andere stakeholders, zoals het welzijn van werknemers. Is overwerk op vrijwillige basis of niet? Staat het werknemers vrij om te onderhandelen over hun arbeidsvoorwaarden?¹⁹⁹ Na het assessment vindt er een korte review plaats, uitgevoerd door een B Lab analist. Naar aanleiding daarvan dient de onderneming soms additionele documenten te verstrekken. Ten slotte vindt er een grondig achtergrondonderzoek plaats door B Lab. Om de waarde van de standaard te behouden, selecteert B Lab jaarlijks tien procent van de ondernemingen voor een diepteonderzoek. Alle rapportages zijn online in te zien. Ondernemingen laten op deze manier zien dat hun langetermijndoelstelling is gericht op meer dan slecht het aandeelhoudersbelang.²⁰⁰

Ondanks deze certificeringsstandaard bleek de juridische structuur van traditionele ondernemingen nog niet toegespitst op het verwezenlijken van voordeel voor andere belanghebbenden dan de aandeelhouders. In de Verenigde Staten is de rechtsvorm waarin een onderneming opereert en de exacte invulling daarvan afhankelijk van de staat van incorporatie. De vraag of bestuurders in het kader

¹⁹⁵ Clark Jr. en Vranka, *Benefit Corp* 18 januari 2013, p. 5.

¹⁹⁶ Een Amerikaanse non-profit organisatie krachtens §501(c)3 U.S. Code kan men op verschillende manieren inrichten. Vast staat dat de organisatie een maatschappelijke doelstelling moet hanteren (zoals in de wettelijke bepaling gespecificeerd), maar er is nooit sprake van in aandelen verdeeld kapitaal of eigenaarschap. Daarmee vertoont de non-profit organisatie gelijkenissen met de Nederlandse stichting. Er is overigens geen sprake van een wettelijk ledenverbod (zoals in de zin van art. 2:285 lid 1 BW). In het geval van B Lab bestaan de vennootschapsorganen uit het bestuur en een aantal adviescommissies. De bevoegdheid tot het nemen van besluiten ligt volledig bij het bestuur. De door hen ingestelde commissies adviseren en ondersteunen het bestuur waar nodig (zie: 'Standards and Governance', beschikbaar op <https://bcorporation.net/about-b-lab/standards-and-governance>). Organisaties en instellingen die vallen onder §501(c)3 zijn vrijgesteld van de in §501 U.S. Code genoemde federale belastingen. Dat kan aantrekkelijk zijn in het kader van giften en subsidies.

¹⁹⁷ 'About B Lab', beschikbaar op <https://bcorporation.net/about-b-lab>.

¹⁹⁸ 'About B Corps', beschikbaar op <https://bcorporation.net/about-b-corps>.

¹⁹⁹ 'Certification Requirements', beschikbaar op <https://bcorporation.net/certification/meet-the-requirements>.

Voor een voorbeeld van de vragenlijst, zie bijlage 1.

²⁰⁰ 'Certification', beschikbaar op <https://bcorporation.net/certification>.

van hun fiduciaire verplichtingen andere belangen in acht mogen nemen dan het aandeelhoudersbelang, hangt af van de staat in kwestie.²⁰¹ Is er sprake van een *constituency state*, dan is het aan bestuurders bij wet toegestaan om bij hun besluitvorming andere belangen mee te wegen dan het aandeelhoudersbelang. Deze andere belanghebbenden zijn in de wet afgebakend en kunnen verschillen per staat. Denk aan werknemers, leveranciers, klanten of de maatschappij in het geheel.²⁰² Het praktijkprobleem is volgens Clark Jr. en Vranka echter, onder meer vanwege gebrek aan jurisprudentie, dat er onduidelijkheid is over wanneer het bestuur andere belangen mee mag nemen en hoe zwaar deze belangen in dat geval wegen. Bestuurders stellen zekerheidshalve daarom toch vaak het financiële belang van de aandeelhouder voorop.²⁰³ Ook leidt de verplichting tot het meewegen van andere belangen nog niet vanzelfsprekend tot het in acht nemen van duurzaamheidsprincipes of het afleggen van expliciete verantwoording over sociale en maatschappelijke prestaties. In een *non-constituency state* heeft de wetgever bestuurders geen concrete mogelijkheid geboden om andere belangen dan de belangen van de aandeelhouders in hun besluitvorming mee te wegen.

Om maatschappelijk gedreven ondernemingen ook buiten de non-profit sector een geschikte rechtsvorm te kunnen bieden, is er wederom op initiatief van B Lab in 2010 een nieuwe rechtsvorm geïntroduceerd: de benefit corporation. De Modelwet voor de benefit corporation is opgesteld door B Lab in samenwerking met juristen om te zorgen voor consistentie en conformiteit in verschillende staten en ter voorkoming van een wildgroei aan wetgeving.²⁰⁴ Alhoewel staten de benefit corporation naar eigen smaak kunnen inrichten, zijn er een drietal kenmerkende karakteristieken. Allereerst heeft een benefit corporation altijd een maatschappelijke doelstelling. Er dient sprake te zijn van een materiële positieve invloed op milieu en maatschappij. Ten tweede hebben bestuurders van de benefit corporation de verplichting om geïdentificeerde niet-financiële belangen net zo zwaar mee te laten wegen als aandeelhoudersbelangen. Tot slot hanteert elke benefit corporation hoge standaarden op het gebied van transparantie en het afleggen van verantwoording aan alle belanghebbenden en de maatschappij op basis van een standaard opgesteld door een onafhankelijke derde partij.²⁰⁵

Men schat dat er in de Verenigde Staten momenteel meer dan 5000 ondernemingen zijn geregistreerd als benefit corporation en dat aantal groeit nog steeds. Exacte aantallen zijn niet beschikbaar, omdat de registraties per staat niet altijd inzichtelijk zijn.²⁰⁶ In 34 staten is er wetgeving ingevoerd en in 6 staten werkt men aan de wet.²⁰⁷ Alhoewel het een klein decennium na de eerste introductie wellicht wat vroeg is om definitieve conclusies te trekken, kan men stellen dat de benefit corporation tot nu toe veelbelovend lijkt. Hierna analyseer ik daarom de diverse kenmerkende aspecten van de benefit corporation aan de hand van de Modelwet (zie bijlage 2).

²⁰¹ Clark Jr. en Vranka, *Benefit Corp* 18 januari 2013, p. 9.

²⁰² Orts, *Geo. Wash. L. Rev.* 1992/61, p. 23-26.

²⁰³ Clark Jr. en Vranka, *Benefit Corp* 18 januari 2013, p. 10.

²⁰⁴ Zie bijlage 2 voor de Modelwet inclusief commentaar.

²⁰⁵ Clark Jr. en Vranka, *Benefit Corp* 18 januari 2013, p. 14.

²⁰⁶ 'Benefit Corporation 101', beschikbaar op

<https://benefitcorp.net/sites/default/files/Benefit%20Corporation%20101.pdf>.

²⁰⁷ 'State by state status of legislation', beschikbaar op <https://benefitcorp.net/policymakers/state-by-state-status>.

3.2.2 Wetgeving

De door B Lab in samenwerking met juristen opgestelde Modelwet is niet voor niets een model. Elke staat kan kiezen in hoeverre hij de Modelwet overneemt. Sommige staten kiezen ervoor om aanpassingen of toevoegingen op te nemen die aansluiten bij lokale wetgeving en opvattingen. In de volgende paragrafen bespreek ik achtereenvolgens de oprichting van de benefit corporation, de maatschappelijke doelstelling, het stakeholdersmodel, transparantievereisten en in te zetten rechtsmiddelen.

3.2.2.1 Oprichting

De benefit corporation wordt opgericht in overeenstemming met het geldende ondernemingsrecht van de staat in kwestie, maar de akte van oprichting dient in ieder geval te vermelden dat er sprake is van een benefit corporation. De vennootschap is tevens verplicht om de toevoeging 'benefit corporation' in de naam te voeren (art. 103 Modelwet). Ook kan een benefit corporation ontstaan door omzetting, fusie of overname. De gewijzigde statuten moeten in dat geval eveneens vermelden dat de onderneming een benefit corporation is en ook het voeren van de naam is verplicht. Voor omzetting is wel een 'minimum status vote' vereist (art. 104 Modelwet). Dat betekent dat twee derde van het aantal uitgebrachte stemmen door de aandeelhouders van de huidige entiteit de wijziging moet ondersteunen. Het minimum stemvereiste geldt ook voor vrijwillige beëindiging van de status als benefit corporation door wijziging van de statuten (waarbij de naam 'benefit corporation' verdwijnt) en voor fusies en overnames die resulteren in omzetting van de benefit corporation naar een andere entiteit (art. 105 Modelwet).

3.2.2.2 Maatschappelijke doelstelling

Een belangrijk tweede element van de benefit corporation is dat de onderneming het creëren van algemeen maatschappelijk nut (*general public benefit*) verplicht tot doel heeft (art. 201(a) Modelwet). Wat men daaronder verstaat, blijft echter abstract. Art. 102 Modelwet definieert het algemeen maatschappelijk nut als de materiële positieve impact die de onderneming en de activiteiten van de onderneming hebben op milieu en maatschappij, gezien als geheel. Het voldoen aan dit vereiste toetst men aan de hand van objectieve criteria opgesteld door een onafhankelijke derde partij (denk aan het B Lab-keurmerk of ISO-richtlijnen).²⁰⁸ Daarnaast kan de benefit corporation optioneel kiezen voor het nastreven van specifieke maatschappelijke belangen (art. 201(b) Modelwet). De Modelwet noemt in art. 102 een aantal voorbeelden, waaronder het verbeteren van de volksgezondheid, het beschermen of het herstellen van het milieu en het promoten van kunst, wetenschappen en kennisontwikkeling. Art. 201(c) Modelwet benoemt expliciet dat het nastreven van algemeen maatschappelijk nut en de optioneel genoemde specifieke maatschappelijke doelstellingen in het belang van de benefit corporation zijn.

Volgens Clark Jr. en Vranka dient de verplichting tot het nastreven van een algemeen maatschappelijk nut mede ter voorkoming van 'greenwashing'.²⁰⁹ Dit laatste begrip slaat op bedrijven die consumenten of klanten proberen te misleiden door positief te communiceren over hun impact op milieu en

²⁰⁸ Zie voor voorbeelden van dergelijke criteria de beschreven certificeringsprocedure bij de B Corp Certification in §3.2.1.

²⁰⁹ Clark Jr. en Vranka, *Benefit Corp* 18 januari 2013.

maatschappij, terwijl ze feitelijk veel minder goed presteren.²¹⁰ Als slechts het formuleren van een specifiek maatschappelijk doel verplicht zou zijn, zouden ondernemingen de status van benefit corporation kunnen misbruiken voor PR-doeleinden door dat doel heel specifiek te formuleren.²¹¹ Een bedrijf mag dan toch de naam benefit corporation voeren, maar levert feitelijk maar een beperkte maatschappelijke bijdrage. Desalniettemin blijft het de vraag in hoeverre het toetsbaar is of de benefit corporation een algemeen maatschappelijk nut nastreeft.

3.2.2.3 Stakeholdersmodel

Bij het verwezenlijken van de hiervoor beschreven doelstellingen van de benefit corporation verplicht art. 301(a) sub 1 Modelwet het bestuur om bij elk handelen of nalaten de belangen van een zevental groepen belanghebbenden in acht te nemen. Dat zijn achtereenvolgens de belangen van (1) de aandeelhouders, (2) de werknemers, dochterondernemingen en leveranciers, (3) klanten als begunstigden van de algemene en/of specifieke maatschappelijke doelstelling, (4) gemeente en maatschappij, inclusief de plaatsen waarin kantoren of andere faciliteiten van de benefit corporation, dochterondernemingen of leveranciers zijn gevestigd, (5) de lokale en mondiale omgeving, (6) de korte- en langetermijnbelangen van de benefit corporation zelf, inclusief mogelijke voordelen voor de benefit corporation voortvloeiend uit deze langetermijn-plannen en de mogelijkheid dat deze belangen het best kunnen worden gediend door voortdurende onafhankelijkheid van de onderneming en (7) het belang dat de benefit corporation heeft bij de mogelijkheid om haar algemene en specifieke maatschappelijke doelstellingen te verwezenlijken.²¹² Daarnaast kan het bestuur van de benefit corporation facultatief de belangen van iedere andere groep die het van belang acht meewegen (art. 301(a) sub 2 Modelwet). Uiteraard komt hierbij de vraag op welke rechtsmiddelen tot de beschikking van de belanghebbenden staan op het moment dat hun belangen niet in acht worden genomen (zie hierover 3.2.2.5). Het is in ieder geval vastgelegd dat geen enkel belang prevaleert boven dat van een ander (art. 301(a) sub 3 Modelwet). Verder zijn bestuurders gevrijwaard van persoonlijke aansprakelijkheid voor financiële schade die de belanghebbenden vermeld onder art. 301(a) Modelwet hebben geleden doordat de benefit corporation vanwege een handeling of een nalaten er niet in is geslaagd om algemeen of specifiek maatschappelijk voordeel te behalen, tenzij de bestuurder te kwader trouw handelde (art. 301(c) Modelwet).²¹³

3.2.2.4 Transparantie

Een vierde belangrijk element in de Modelwet is de verplichting om jaarlijks een ‘*annual benefit report*’ op te stellen (art. 401(a) Modelwet). In dit maatschappelijke verslag vermeldt de benefit corporation de manier waarop en de mate waarin de maatschappelijke doelstellingen zijn behaald. Mocht dat niet zijn gelukt, dan maakt het verslag ook melding van de omstandigheden die daaraan hebben bijgedragen (art. 401(a) sub 1 Modelwet). Daarnaast evalueert men de sociale en maatschappelijke prestaties aan de hand van de onderbouwd gekozen onafhankelijk standaard (art. 401(a) sub 2 Modelwet). In het

²¹⁰ Delmas & Burbano, *California Management Review* 2011/1, p. 65.

²¹¹ Clark Jr. en Vranka, *Benefit Corp* 18 januari 2013.

²¹² Deze opsomming is vertaald uit de oorspronkelijke Engelstalige tekst en beoogt hier zo nauw mogelijk bij aan te sluiten. Zie voor de originele tekst bijlage 2 art. 301(a) sub 1 Modelwet.

²¹³ ‘Te kwader trouw’ is een vrije vertaling. De oorspronkelijke tekst luidt dat de bestuurder gevrijwaard is van persoonlijk aansprakelijkheid: ‘.....if the director was not interested with respect to the action or inaction’.

commentaar bij de Modelwet noemt B Lab als voorbeeld ISO richtlijn 26000 en de eigen B Lab-certificering.²¹⁴ De toepassing van een onafhankelijke standaard moet wederom oneigenlijk gebruik van de benefit corporation voorkomen (*greenwashing*).

3.2.2.5 Rechtsmiddelen

Al met al verschaft de Modelwet een aantal interessante verplichtingen, maar om succesvolle naleving van de wet door zowel de bestuurders als de benefit corporation zelf te realiseren is voorzien in een exclusief rechtsmiddel in art. 305(a) Modelwet: de '*benefit enforcement proceeding*'. Het eisen van een financiële schadevergoeding is volledig uitgesloten, wel kunnen voorlopige maatregelen of naleving van de vereisten worden gevorderd (art. 301(c) jo. art. 303(c) jo. art. 305(a) sub 2 Modelwet).²¹⁵ Als een benefit corporation bijvoorbeeld geen *annual benefit report* opstelt conform art. 401(a) Modelwet, kan de rechter bepalen dat dit alsnog moet gebeuren. Zeer opvallend is dat de partijen die het rechtsmiddel in kunnen zetten in de Modelwet beperkt zijn tot de benefit corporation, de aandeelhouders, bestuurders en investeerders met een (in)direct belang. Daarvoor is ten minste twee procent van het totale aantal uitgegeven aandelen in een bepaalde klasse vereist bij een direct belang in de benefit corporation en ten minste vijf procent indien de benefit corporation een dochteronderneming is van de vennootschap waarin men een belang heeft (art. 305(c) Modelwet). Dat betekent dat met name zij die een financieel belang hebben in actie kunnen komen. De overige belanghebbenden zoals genoemd in art. 301(a) sub 1 Modelwet hebben in feite geen mogelijkheid om op te komen voor hun (maatschappelijke) belangen, tenzij de benefit corporation het rechtsmiddel ook aan hen toekent in de statuten.

Dat lijkt te wringen met het idee achter de benefit corporation en werkt misbruik en *greenwashing* in de hand. Wanneer het bestuur niet handelt in lijn met de maatschappelijke doelstelling, is het aannemelijk te veronderstellen dat een ander belang voorop gesteld is: het financiële belang. Aandeelhouders en investeerders die de benefit corporation louter gebruiken voor het oppoetsen van hun imago, zullen niet snel geneigd zijn de benefit corporation bij het niet naleven van de maatschappelijke doelstelling tot de orde te roepen. Het zou naar mijn mening dan ook voor de hand liggen om de *benefit enforcement proceeding* voor andere belanghebbenden, met een niet-financieel belang, open te stellen. Alhoewel ondernemingen deze mogelijkheid in hun statuten kunnen opnemen, is het op basis van de Modelwet niet verplicht.

3.2.2.6 Overige bepalingen

De Modelwet voorziet ten slotte in een aantal facultatieve mogelijkheden, waaronder het instellen van een '*benefit director*' (art. 302 Modelwet). Dat is een bestuurder die naast zijn reguliere bestuurstaken in het bijzonder tot taak heeft om de maatschappelijke doelstelling van de onderneming te behartigen en daarnaast belast is met de vormgeving van het maatschappelijk verslag. In mijn optiek is het niet noodzakelijk dit wettelijk vast te leggen. Een Nederlands bestuur kan kiezen voor een interne taakverdeling in bijvoorbeeld de statuten, maar een bestuurder blijft altijd verantwoordelijk voor de algemene gang van zaken (art. 2:9 lid 2 BW). Daaronder valt in het geval van een sociale onderneming bij uitstek het nastreven van de maatschappelijke doelstelling.

²¹⁴ Zie bijlage 2 voor de Modelwet inclusief commentaren.

²¹⁵ Clark Jr. en Vranka, *Benefit Corp* 18 januari 2013, p. 20.

Verder valt het ontbreken van een aantal voor de hand liggende bepalingen op. Zo voorziet de Modelwet niet in dividendbeperkingen, noch in het behoud van maatschappelijk vermogen bij omzetting naar een andere entiteit. Het is verdedigbaar te stellen dat het vermogen van een benefit corporation (of een sociale onderneming) niet door relatief eenvoudige omzetting voor andere doeleinden mag worden gebruikt dan de eerder geformuleerde maatschappelijke doelstelling. Wellicht kan de wetgever in Nederland, naar analogie met de kapitaalbeschermingsregels in het geval van omzetting van een stichting (2:18 lid 6 BW), voorkomen dat het maatschappelijk vermogen op andere wijze wordt benut. Over de (on)wenselijkheid van een dividendklem en mogelijkheden tot bescherming van maatschappelijk kapitaal volgt een beschouwing in hoofdstuk 4.

3.2.3 Evaluatie

Kamerbeek schreef in 2012 over de Modelwet dat deze ‘op belangrijke punten te vrijblijvend is’ en ‘daardoor het risico van misbruik herbergt’.²¹⁶ Daar sluit ik me graag bij aan, want de Modelwet is weinig gedetailleerd en bevat beperkte waarborgen voor naleving. Voor aandeelhouders blijft het relatief eenvoudig om de identiteit van de rechtsvorm te wijzigen op het moment dat zij hun financiële belangen zwaarder vinden wegen dan de maatschappelijke doelstelling die de onderneming nastreeft. Andere (maatschappelijk) belanghebbenden hebben weinig middelen om daartegen te ageren en hebben in beginsel geen rechtsmiddelen tot hun beschikking om de benefit corporation of het bestuur tot de orde te roepen als zij niet handelen naar de vastgelegde maatschappelijke doelstelling, tenzij deze rechtsmiddelen wel aan hen zijn toegekend door de wet of in de statuten.

Daarbij plaats ik de kanttekening dat de Modelwet niet voor niets een ‘model’ is. Veel staten passen de Modelwet aan naar hun behoeften. Zo heeft de staat Connecticut een zogenaamde ‘*preservation clause*’ toegevoegd. Bij unaniem besluit kunnen de aandeelhouders beslissen dat de benefit corporation ook bij verandering van eigenaren een benefit corporation moet blijven om te voorkomen dat (opgebouwde) activa niet aan de maatschappelijk doelstelling ten goede komen.²¹⁷

De Amerikaanse benefit corporation opereert binnen een context waar de focus traditioneel op de aandeelhouders ligt. In Nederland ligt dat genuanceerder en is er al meer aandacht en ruimte voor andere belanghebbenden. Dat neemt niet weg dat de moderne Modelwet inspiratie kan bieden voor de Nederlandse wetgever bij de invoering van een nieuwe modaliteit voor de sociale onderneming. Met name voor vraagstukken aangaande oprichting, afbakening van groepen belanghebbenden en transparantie & verslaglegging kan de benefit corporation fungeren als voorbeeld. Om te kijken hoe de sociale onderneming in een vergelijkbaardere context functioneert, kijk ik in de volgende paragraaf naar de Belgische Vennootschap met Sociaal Oogmerk.

3.3 De Belgische vennootschap met sociaal oogmerk

Men kan stellen dat onze Zuiderburen vooropliepen in de ontwikkeling van juridische instrumenten voor sociale ondernemingen. In België bestaat namelijk al sinds 1996 de ‘Vennootschap met Sociaal Oogmerk’ (hierna VSO). Anders dan de benefit corporation of de BVm, gaat het hier echter om een juridisch label en niet om een aparte vennootschapsvorm. Tot voor kort konden diverse

²¹⁶ Kamerbeek, *Ondernemingsrecht* 2012/57, p. 306.

²¹⁷ Woulfe, *CTNext* 7 november 2014.

vennootschappen ervoor kiezen om de modaliteit aan te nemen.²¹⁸ Een onderneming moest daarbij wel voldoen aan een serie van negen vereisten. Op 1 mei 2019 is echter het volledig vernieuwde Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen (hierna WvV 2019) ingevoerd, waardoor alleen de coöperatieve vennootschap nog erkenning kan aanvragen als VSO. In het licht van de BvM blijft de voormalig juridische inrichting van de VSO echter interessant. Bij de bespreking hierna ga ik daarom nog uit van de vereisten uit het Wetboek van vennootschappen uit 1999 (hierna WvV 1999). In §3.3.1 schets ik kort de historische achtergrond van de VSO, gevolgd door een inhoudelijke behandeling van een aantal in het oog springende vereisten in §3.3.2. Het voert voor de omvang van deze scriptie te ver om alle vereisten uitgebreid te behandelen, bovendien zijn bepaalde elementen al uitgebreid aan bod gekomen in de vorige paragraaf. Ten slotte volgt een evaluatie in §3.3.3.

3.3.1 Ontwikkeling

De opkomst van de sociale economie begin jaren '90 heeft in België geleid tot discussie over een geschikte rechtsvorm voor ondernemers binnen deze sector. Deneef definieert ondernemingen in de sociale economie als bedrijven waarbij persoonlijk gewin minder belangrijk is dan groepssolidariteit, ook al is er sprake van een verdienmodel. Het realiseren van een oplossing voor een maatschappelijk probleem - zoals jeugdwerkloosheid, arbeidsongeschiktheid of gebrek aan diversiteit - staat voorop.²¹⁹ Pijls concludeert op basis van deze definitie in combinatie met de parlementaire stukken dat de VSO met name bedoeld is voor het ontplooiën van economische activiteiten binnen de non-profit sector.²²⁰ De voorgestelde BvM opereert niet als volledige non-profit, maar bevindt zich juist op het brede grensvlak tussen profit en non-profit (zie hoofdstuk 2).

Wel werden Belgische sociale ondernemers geconfronteerd met een soortgelijk dilemma als men momenteel in Nederland ervaart (met betrekking tot de stichting versus de BV). Enerzijds kon men in België kiezen om de activiteiten onder te brengen in een Vereniging Zonder Winstoogmerk (VZW), maar een VZW herbergt een kapitaalprobleem. Krachtens art. 1 jo. art. 2 VZW-wet mag de VZW namelijk geen handelsactiviteiten ontplooiën of winst uitkeren. Dat maakt het een weinig interessante rechtsvorm voor investeerders, zij zien immers geen beloning terug en hun investering geniet nauwelijks bescherming. Bovendien willen sociale ondernemers juist wel handelsactiviteiten ontplooiën. Een andere optie was de reguliere vennootschap. Die bood weinig gelegenheid tot het uitdragen van de specifieke identiteit van de sociale onderneming, gezien de traditionele focus op winstmaximalisatie.²²¹ Om te zorgen dat ondernemers de sociale doelstelling wel optimaal konden waarborgen en om meer erkenning en transparantie te realiseren, heeft de wetgever voor alle vennootschappen genoemd in art. 2 WvV 1999 de mogelijkheid tot het aannemen van de modaliteit VSO ingevoerd (art. 661-669 WvV 1999). Door alle voorwaarden genoemd in art. 661 WvV 1999 statutair vast te leggen, deze na te leven en in alle uitingen met de naam van de vennootschap de toevoeging 'met een sociaal oogmerk' op te

²¹⁸ Krachtens art. 1 jo. art. 2 lid 2 van het Wetboek van vennootschappen 1999 kunnen alle daar genoemde handelsvennootschappen met rechtspersoonlijkheid onder de voorwaarden die in het wetboek zijn gesteld ervoor kiezen om niet te handelen met het oogmerk de vennoten rechtstreeks of indirect vermogensvoordeel te bezorgen. Het gaat om de vennootschap onder firma, de gewone commanditaire vennootschap, de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, de coöperatieve vennootschap, de naamloze vennootschap, de commanditaire vennootschap op aandelen en het economisch samenwerkingsverband.

²¹⁹ Deneef, *Algemeen Fiscaal Tijdschrift* 1996-4/5, p. 153-169.

²²⁰ Pijls, *Ondernemingsrecht* 2007/181, p. 607.

²²¹ Deneef 1996 (nr. 7).

nemen (art. 662 WvW 1999), opereert de vennootschap juridisch gezien als een vennootschap met sociaal oogmerk.

Er zijn zoals vermeld zeer recente ontwikkelingen op dit gebied: op 1 mei 2019 is er ter vereenvoudiging en flexibilisering van het Belgische vennootschapsrecht een geheel nieuw Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen ingevoerd. Het aantal verschillende vennootschappen is daarin gereduceerd van zeventien tot vier, met veel meer ruimte voor vrijheid in de statuten of contracten.²²² De VSO is daarbij ten dele gesneuveld. Alleen voor de coöperatieve vennootschap is het nog mogelijk om 'met een sociaal oogmerk' te bestaan. Voor bestaande vennootschappen gaat de nieuwe wetgeving in op 1 januari 2020, met diverse overgangsregelingen tot 1 januari 2024. Voor vennootschappen die op dit moment al opereren onder de toevoeging 'met een sociaal oogmerk', geldt dat zij een keuze moeten maken. Deze vennootschappen kunnen zich omzetten naar een coöperatieve vennootschap (als dat nog niet het geval is) of ze kiezen ervoor om na het verstrijken van de overgangstermijn de toevoeging 'met sociaal oogmerk' niet meer te voeren.²²³ De vereisten waar een coöperatieve vennootschap aan moet voldoen voor erkenning als sociale onderneming zijn krachtens het nieuwe art. 8:5 lid 1 WvV 2019 overigens ook beperkter geworden (zie daarover kort §3.3.3).

3.3.2 Wetgeving

In deze paragraaf ga ik nog in op de oude vereisten uit art. 661 WvV 1999, omdat deze voorwaarden veelomvattender zijn dan de herziene versie. Daar kunnen mogelijk inzichten voor de Nederlandse BvM uit voortvloeien. Achtereenvolgens bespreek ik daarom het sociale oogmerk, de winstbesteding, werknemersparticipatie, het verplichte bijzondere verslag en waarborging (waaronder de vermogensklem).

3.3.2.1 Sociaal Oogmerk

Krachtens art. 661 sub 2 WvV 1999 legt een VSO in de statuten nauwkeurig vast 'wat het sociale oogmerk is van de activiteiten die ze overeenkomstig het doel van de vennootschap verricht, waarbij het voornaamste oogmerk niet mag bestaan in het verlenen van een onrechtstreeks vermogensvoordeel aan de vennoten'. Wel dient er sprake te zijn van een altruïstisch motief of een bepaalde maatschappelijke betrokkenheid.²²⁴ Belgische juristen beargumenteren dat er bewust is gekozen voor deze negatieve formulering, om te zorgen dat de brede variëteit aan activiteiten die sociale ondernemingen kunnen verrichten binnen de definitie valt.²²⁵ Het hebben van een sociaal oogmerk dient in alle uitingen van de onderneming naar voren te komen en officieel in de naam van de rechtsvorm te worden vastgelegd (art. 68 jo. art. 69 jo. art. 662 WvV 1999). Er is in België dus geen sprake van een opgesplitste doelstelling in een verplicht algemeen en een facultatief specifiek deel, zoals in het geval van de benefit corporation. In de Verenigde Staten beoogde men eveneens de sociale onderneming voor een brede doelgroep beschikbaar te houden.

²²² Selleslagh, *De Tijd* 4 maart 2019.

²²³ Lutin & Boudewyn, *Moore Stephens* 28 september 2018.

²²⁴ Parlementaire stukken Belgische Senaat, 1086, No. 2 (1993-1994), 8 maart 1995, 300.

²²⁵ Coeckelbergh, Breesch & van Merris 2001 (*nr.* 15). Zie ook: Coates & Van Opstal, *EMES Conference Papers Series* 2009, p. 1-57.

Het hebben van een sociaal oogmerk betekent overigens niet dat de VSO geen commerciële activiteiten mag ontplooiën of geen winst mag maken. Deze winst mag echter niet tot zeer beperkt ten deel vallen aan vennoten, leden of bestuurders (zie §3.3.2.2).²²⁶ Art. 661 sub 2 WvV 1999 doet daarmee sterk denken aan de Nederlandse regeling voor de stichting. Deze rechtsvorm kent immers ook een verplicht statutair vastgelegde doelstelling in art. 2:285 lid 1 BW en een vergelijkbaar uitkeringsverbod in art. 2:285 lid 3 BW, inhoudend dat een stichting in beginsel alleen uitkeringen mag doen in lijn met de ideële of sociale strekking en niet aan oprichters of leden van andere organen van de stichting (zie §2.2.2).

3.3.2.2 Winstbesteding

Wat betreft het uitkeren van dividend geldt dat de VSO niet bestaat ter verrijking van de vennoten (art. 661 sub 2 WvV 1999). De sociale doelstelling staat voorop. Om te waarborgen dat winst in de praktijk ook daadwerkelijk niet of beperkt bij de vennoten terechtkomt, bepaalt art. 661 sub 5 WvV 1999 dat een eventueel uit te keren rechtstreeks vermogensvoordeel dat de vennootschap aan de vennoten uitkeert maximaal een door de Koning vastgesteld percentage mag bedragen van het werkelijk gestorte bedrag op de aandelen.²²⁷ Pijls merkt terecht op dat het belangrijk is om dit percentage over het werkelijk gestorte bedrag te berekenen. Anders zouden kwaadwillenden aandelen uit kunnen geven met een kunstmatig hoge nominale waarde. Wanneer men daar vervolgens beperkt op stort is het mogelijk om de regels te omzeilen.²²⁸ Ook mag men het percentage niet opsparen om zo jaren van verlies te compenseren.²²⁹

Los daarvan geldt dat de VSO statutair dient vast te leggen hoe de winst wordt besteed conform het interne en externe sociale oogmerk van de vennootschap en hoe eventuele reserves tot stand komen (art. 661 sub 3 WvV 1999). In de literatuur is men er niet precies over uit wat een intern en extern sociaal oogmerk inhoudt. Ik sluit me aan bij Pijls en van Gerven die de opvatting verdedigen dat een intern sociaal oogmerk ziet op activiteiten van de vennootschap zelf (bijvoorbeeld werk bieden aan veertig mensen met een arbeidshandicap). Het externe sociale oogmerk ziet op het realiseren van de sociale doelstelling buiten de vennootschap (zoals financiële ondersteuning van projecten die de vennootschap niet zelf heeft geïnitieerd).²³⁰ De vennoten of leden dienen eveneens vast leggen welke hiërarchie geldt bij winstbesteding of toevoeging aan de reserves (art. 661 sub 3 WvV 1999). Dat kan betekenen dat men vastlegt dat het interne sociale oogmerk altijd prevaleert boven het externe.

Deze regels rond dividend en reserves wijken sterk af van de Amerikaanse benefit corporation, waar men in de Modelwet niet heeft willen voorzien in enige vorm van dividendklem. Dat heeft uiteraard ook te maken met het op aandeelhouders gerichte klimaat waarbinnen de benefit corporation opereert. In Nederland heeft de wetgever voor de BV weliswaar een verplichte balans- en uitkeringskeringstoets vastgelegd (art. 2:216 lid 1 BW), maar de regeling van de VSO heeft nog het meest weg van het uitkeringsverbod bij de Nederlandse stichting. Uitkeringen geschieden daarbij louter conform de sociale of ideële strekking van de stichting en uitkeringen aan oprichters of (leden van) organen zijn in beginsel niet toegestaan (art. 2:285 lid 3 BW).

²²⁶ Coates & Van Opstal, *EMES Conference Papers Series* 2009, p. 32 en Argyrou 2018, p. 52-53.

²²⁷ Deze rentevoet is vastgesteld op 6% op 10 november 1996 ter uitvoering van de wet van 20 juli 1955 houdende instelling van een Nationale Raad voor de Coöperatie.

²²⁸ Pijls, *Ondernemingsrecht* 2007/181, p. 609.

²²⁹ Coeckelbergh, Breesch & Van Merris 2001 (nr. 45).

²³⁰ Van Gerven, *Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht* 1997, p. 356 en Pijls, *Ondernemingsrecht* 2007/181, p. 611.

3.3.2.3 *Werknemersparticipatie*

Ook voor de VSO geldt dat er aandacht is voor andere belanghebbenden dan aandeelhouders. Wat opvalt, is dat er daarbij hoofdzakelijk is gedacht aan de belangen van werknemers. Uiterlijk een jaar na indiensttreding moet een werknemer van een VSO de gelegenheid krijgen om aandeelhouder te worden, mits hij handelingsbekwaam is. Nadere regels daaromtrent legt de VSO statutair vast (art. 661 sub 7 WvV 1999). Verder mag niemand in de algemene vergadering stemmen met meer dan een tiende van het aantal stemmen verbonden aan de op de vergadering vertegenwoordigde aandelen. Er geldt een percentage van een twintigste wanneer een vennoot tevens werknemer is (art. 661 sub 4 WvV 1999). De VSO kan er zelfs voor kiezen om statutair vast te leggen dat elke aandeelhouder één stem heeft, ongeacht het aantal aandelen.²³¹ De gedachte achter deze regeling is om alle vennoten en werknemers te stimuleren deel te nemen aan besluitvorming, maar tegelijkertijd te zorgen voor een beperking van de invloed van individuele vennoten op het bestuur.²³² Coates merkt op dat de invloed op de besluitvorming beperkt is. Het gaat alleen om deelname aan de algemene vergadering.²³³ In de praktijk geven oprichters zeggenschap niet altijd graag weg. De VSO kan de nadere regels voor toetreding als vennoot zodanig opstellen dat het voor werknemers praktisch onmogelijk wordt om toe te treden, bijvoorbeeld door de prijs per aandeel erg hoog vast te stellen.²³⁴ Ook staat de VSO in het beginsel niets in de weg om aandelen zonder stemrecht uit te geven, zoals Max Havelaar België ook daadwerkelijk heeft gedaan.²³⁵ Daarmee heeft de werknemer in de praktijk geen zeggenschap en dat lijkt de bedoeling van de wetgever te ondermijnen.

Daar staat tegenover dat ook werknemers niet altijd interesse hebben om te participeren. Gezien de strenge winstbeperkingen voor de VSO, hebben zij financieel weinig belang bij hun aandelen. In de praktijk maken dan ook weinig werknemers gebruik van de voorziening.²³⁶ Uiterlijk één jaar nadat de arbeidsovereenkomst is beëindigd, moet de werknemer gelegenheid krijgen afstand te doen van zijn aandelen (art. 661 sub 8 WvV 1999). Dat kan problemen opleveren, afhankelijk van welke vennootschapsvorm de VSO heeft. Waar terugtreding in het geval van een coöperatieve vennootschap eenvoudig kan, is er bij een BV of NV steeds een aandelenoverdracht vereist. Dat betekent dat de vennootschap eigen aandelen moet inkopen of een gegadigde voor overname moet vinden.²³⁷

Bovenstaande laat zien dat er door diverse onduidelijke aspecten aan deze vorm van belanghebbendenvertegenwoordiging beperkingen zijn verbonden. Niet voor niets bevat het nieuwe WvV geen regeling meer rond werknemersparticipatie. Ook de Amerikaanse benefit corporation heeft niet in een soortgelijke regeling voorzien, al benoemt de Modelwet werknemers wel expliciet als belanghebbenden (art. 301(a) sub 1 Modelwet). Naast het feit dat het bestuur hun belangen in acht moet nemen bij besluitvorming, zijn daar voor werknemers geen concrete rechten aan verbonden. In Nederland geniet de werknemer met name bij grotere ondernemingen een versterkte positie ten opzichte van andere belanghebbenden. Art. 2 lid 1 WOR bepaalt immers dat een ondernemer die een onderneming in stand houdt met ten minste 50 werknemers, verplicht is tot het instellen van een

²³¹ Coates, Van Steenberge & Deneef 2008, p. 47.

²³² Deneef 2004, p. 141-142.

²³³ Coates, Van Steenberge & Deneef 2008, p. 43.

²³⁴ Deneef 2004, p. 142.

²³⁵ Coates, Van Steenberge & Deneef 2008, p. 45-46. Zie ook de statutenwijziging van Max Havelaar België van 20 december 2006, bijlage bij het Belgisch Staatsblad 2 januari 2007.

²³⁶ Coates, Van Steenberge & Deneef 2008, p. 46.

²³⁷ Deneef 2004, p. 146 en Ernst 1996, p. 64.

ondernemingsraad. Conform art. 25 jo. art. 26 WOR heeft de ondernemingsraad in de daar genoemde gevallen een advies- of instemmingsrecht. In hoofdstuk 4 ga ik nader in op de positie en rechten van belanghebbenden.

3.3.2.4 Bijzonder verslag

Ook de VSO dient, naast het reguliere jaarverslag, een ‘bijzonder verslag’ uit te brengen over het bereiken van de sociale doelstelling. Waar men in de Verenigde Staten koos voor een standaard opgesteld door een onafhankelijke derde partij, heeft in België de wetgever zelf de kaders voor een sociaal verslag bepaald. In art. 661 sub 6 WvV 1999 heeft de wetgever expliciet vastgelegd wat in dit verslag moet staan. Denk aan investeringsuitgaven, werkingskosten en bezoldigingskosten en hun bijdrage aan het verwezenlijken van de sociale doelstelling. Het doel van dit verslag is om verantwoording af te leggen over de mate waarin gelden ten goede zijn gekomen aan de sociale doelstelling.²³⁸ Bij het ontbreken van een rapport zijn bestuurders aansprakelijk voor eventuele schade (art. 263 jo. art. 408 jo. art. 528 WvV 1999).

3.3.2.5 Waarborging

Om te zorgen dat de VSO zich in de praktijk ook aan de in art. 661 WvV 1999 genoemde voorwaarden houdt, zijn er in feite twee vormen van waarborging te ontwaren. Ten eerste is dat een ontbindingsactie en ten tweede – wat minder desastreus – is dat de vermogensklem. Op verzoek van een vennoot, belanghebbende derde of van het Openbaar Ministerie kan de rechtbank een VSO ontbinden wanneer de VSO in strijd met de statuten handelt of wanneer de statuten niet meer (volledig) voldoen aan de vereisten gesteld in art. 661 WvV 1999 (art. 667 WvV 1999). Coeckelbergh wijst er wel op dat de rechtbank bij een lichte schending niet direct zal overgaan tot ontbinding, gezien de zwaarte van de maatregel.²³⁹

Wat lichter van aard is vermogensklem. Bij de VSO is zelfs sprake van een dubbele variant. Art. 661 sub 9 WvV 1999 bepaalt allereerst dat eventuele resterende gelden in het geval van vereffening van de VSO een bestedingsdoel moeten krijgen dat ‘zo nauw mogelijk aansluit bij het sociaal oogmerk van de vennootschap’. Zo kan men het opsparen van reserves teneinde alsnog een verkapt dividend uit te keren voorkomen.²⁴⁰ Ten tweede bepaalt art. 663 WvV 1999 dat de reserves beklemd raken op het moment dat de VSO niet meer voldoet aan art. 661 WvV 1999. Alle opgebouwde gelden staan vast totdat er een wijziging van de statuten plaatsvindt die de reserves een bestemming toekent die nauw aansluit bij het voormalig sociaal oogmerk van de vennootschap (art. 663 WvV 1999). Dit alles op straffe van hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders. Als de reserves toch zijn uitgekeerd in strijd met de bepalingen in de statuten, kan men op basis van art. 663 lid 3 WvV 1999 ook een actie instellen tegen begunstigden van deze uitkering(en) die wisten of hadden kunnen weten dat de uitkering niet rechtmatig was.²⁴¹

²³⁸ Pijls, *Ondernemingsrecht* 2007/181, p. 609.

²³⁹ Coeckelbergh, Breesch & Van Merris 2001 (*nr. 118*).

²⁴⁰ Pijls, *Ondernemingsrecht* 2007/181, p. 608.

²⁴¹ Zie hierover ook Argyrou 2018, p. 74.

3.3.3 Evaluatie

Sinds de invoering is de VSO slechts een beperkt succes gebleken.²⁴³ Naar schatting zijn er in België ongeveer 700 organisaties met een VSO label.²⁴⁴ Waar de Amerikaanse benefit corporation een erg ruim kader schetst met veel vrijheden voor de onderneming in kwestie, werpen de strenge cumulatieve voorwaarden voor de VSO mogelijk barrières op die niet opwegen tegen de voordelen. Zo werpt (zie hierboven) het vereiste van werknemersparticipatie vragen en onduidelijkheden op. Daarbij benadruk ik wel nogmaals dat de VSO er in beginsel is voor de non-profit sector, in tegenstelling tot de benefit corporation of de BVm. D'Herde merkt bovendien op dat de VSO geen fiscale voordelen kent, noch extra financieringsmogelijkheden of (overheids)begeleiding. Administratieve lasten zijn echter wel zwaarder.²⁴⁵ Een VSO lijkt daarom alleen aantrekkelijk in het kader van het creëren van transparantie en erkenning. In de statuten zouden ondernemers ook losse vereisten vast kunnen leggen, zonder direct aan de hele reeks uit 661 WvV te hoeven voldoen.

Op 1 mei 2019 is er ter vereenvoudiging en flexibilisering van het Belgische vennootschapsrecht een nieuw Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen ingevoerd. De mogelijkheden voor de VSO zijn daarbij behoorlijk ingeperkt. Alleen voor de coöperatieve vennootschap is het nog mogelijk om 'met een sociaal oogmerk' te bestaan. Het voornaamste doel van deze vennootschap is volgens art. 8:4 WvV 2019 het verschaffen van economisch of sociaal voordeel aan haar aandeelhouders 'ter bevrediging van hun beroeps- of persoonlijke behoeften'.²⁴⁶ Nu was het in de praktijk reeds zo dat de meeste VSO-ondernemingen al als coöperatieve vennootschap opereerden, dus dat vormt geen groot probleem. De voorwaarden voor erkenning zijn drastisch gereduceerd tot drie cumulatieve vereisten. De vennoten mogen geen of beperkte verrijking nastreven, het sociale oogmerk dient in de statuten te zijn vastgelegd (waarbij het oogmerk niet mag zijn gericht op verrijking van de vennoten) en de coöperatieve vennootschap VSO omschrijft in de statuten nog op welke wijze de winst wordt besteed conform het interne en externe sociale oogmerk (art. 8:5 WvV 2019). De tijd zal leren of deze beperktere variant voor een grotere doelgroep aantrekkelijk is.

3.4 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk heb ik twee bestaande buitenlandse rechtsvormen voor de sociale onderneming geanalyseerd en waar mogelijk kort met elkaar vergeleken. In §3.2 bekeek ik de Amerikaanse benefit corporation en in §3.3 de Belgische VSO. Daarbij dient men in het achterhoofd te houden dat deze ondernemingen in een andere socio-economische context bestaan, tegen een andere juridische achtergrond.

Waar in de Verenigde Staten ook in de Modelwet sterk de nadruk ligt op het primaat van de aandeelhouder, is er in België meer aandacht voor andere belangen. Zo definieert de Modelwet wel diverse groepen belanghebbenden, maar zijn er in de praktijk alleen voor aandeelhouders rechtsmiddelen beschikbaar ter waarborging van deze belangen. De benefit corporation is nog vrij jong, maar lijkt veelbelovend door de relatief vrije en ruim geformuleerde vereisten omtrent de sociale doelstelling, de belanghebbendenvertegenwoordiging en de verslaglegging. Met name dit laatste

²⁴³ Defourny & Nyssens, *Social Enterprise Journal* 2008/3, p. 207.

²⁴⁴ Europese Commissie, 'A map of social enterprises and their eco-systems in Europe (synthesis report)' (Europese Unie 2015), p. 3, DOI:10.2767/458972.

²⁴⁵ D'Herde, *Corporate Finance Lab* 19 oktober 2017.

²⁴⁶ Dat is ruimer geformuleerd dan de Nederlandse coöperatie (art. 2:53 lid 1 BW).

element is in de Verenigde Staten sterk ontwikkeld door de bijdrage van private organisaties als B Lab. De keerzijde van een brede opzet is dat formuleringen soms erg veel ruimte voor interpretatie open laten en mogelijk misbruik of *greenwashing* in de hand werken.

De VSO is ouder, gedetailleerder en biedt meer handvaten voor waarborging. Daarentegen bevat de VSO-wetgeving weer geen bepalingen voor andere belanghebbenden dan vennoten, leden of werknemers. Mede door de strikte cumulatieve voorwaarden die de wet voorschreef voor de VSO, is het tot op heden een weinig aantrekkelijk label gebleken. Modernisering is in mijn optiek dan ook vereist. Die is er ten dele gekomen met het nieuwe WVV. Overbodig vereisten, zoals werknemersparticipatie, zijn verdwenen. Daar is echter niets voor in de plaats gekomen. Wellicht komt de Belgische wetgever in de toekomst nog met aanpassingen op het gebied van duurzaamheid, maatschappij en milieu.

Naar mijn mening zou de BVm optimaal kunnen functioneren door – zonder ongefundeerde ‘cherry picking’ – goed functionerende elementen van beide rechtsvormen op te nemen die zoveel mogelijk passen binnen het bestaande vennootschapsrecht. Dat betekent dat de vereisten niet te vergaand mogen zijn vastgelegd, waardoor ze een afschrikwekkend effect hebben of slechts een beperkte groep van sociale ondernemingen aanspreken. Anderzijds lijkt een brede en open variant zonder veel waarborgingsmogelijkheden te vrijblijvend. In het volgende hoofdstuk ga ik nader in op een aantal beslis- en knelpunten.

4. De BVm

4.1 Inleiding

Een klein jaar geleden heeft Tweede Kamerlid Eppo Bruins (ChristenUnie) de eerste voorzet gegeven voor de introductie van een nieuwe rechtsvorm in Boek 2 BW: de BVm. In dit hoofdstuk volgt naar aanleiding daarvan een uitgebreide evaluatie van de beslis- en knelpunten rond de BVm.²⁴⁷ Allereerst bespreek ik hier kort de huidige stand van zaken.

Na het indienen van de initiatiefnota ‘Ondernemen met een maatschappelijke missie. (H)erkenning van Sociale Ondernemingen door de BVm’ op 8 september 2018, heeft er een eerste schriftelijke vragenronde plaatsgevonden. Binnen de vaste commissie voor Economische Zaken en Klimaat hebben partijen de gelegenheid gekregen om vragen in te dienen. Eind april 2019 is daar middels een brief reactie op gekomen van de initiatiefnemer. Partijen ontvangen het voorstel overwegend positief, maar plaatsen ook kanttekeningen. Zo vraagt men zich af of er wel voldoende vraag is naar deze nieuwe rechtsvorm en welke definitie voor sociale ondernemingen de initiatiefnemer wil hanteren. Ook tonen partijen zich kritisch als het gaat om het toekennen van (fiscale) voordelen aan de BVm. De initiatiefnemer heeft wat dit laatste punt betreft aangegeven dat men een gelijk speelveld heeft beoogd in het regeerakkoord.²⁴⁸ Het toekennen van fiscale voordelen past daar niet bij en dat is met de initiatiefnota ook niet beoogd.

Voorlopig staat er op maandag 9 september 2019 een mondeling overleg gepland over de nota en een mogelijk wetsvoorstel.²⁴⁹ Om hier vast een voorschot op te nemen, ga ik in §4.2 uitgebreid in op een aantal belangrijke besluitvormingspunten. Over de meeste van deze aspecten bestaat momenteel geen consensus. In §4.3 volgt een tussenconclusie. Op basis van deze analyse formuleer ik in het afsluitende hoofdstuk 5 een aantal aanbevelingen.

4.2 Beslispunten

In deze paragraaf bespreek ik enkele kenmerkende aspecten van de BVm. Er is bewust gekozen voor het belichten van een beperkt aantal besluitvormingspunten. Enerzijds omwille van de omvang van dit stuk, anderzijds omdat de aspecten die ik hierna belicht typerend zijn voor de BVm en de rechtsvorm onderscheiden van bestaande constructies. Voor aspecten als het functioneren van het bestuur of het nemen van besluiten, kan de BVm eenvoudig aansluiting zoeken bij de bestaande BV. Voor andere onderwerpen is op maat gemaakte regelgeving wenselijk. Ik breng hier dan ook nogmaals de definitie van de sociale onderneming uit hoofdstuk 2 in herinnering: ‘de sociale onderneming is een zelfstandige onderneming die een product of dienst levert en primair en expliciet een maatschappelijk doel nastreeft, waarbij er uitdrukkelijk sprake is van een participatieve besluitvormingsstructuur.’ Bij wijze van inleiding bespreek ik kort de oprichtingsvereisten (§4.2.1). Daarna belicht ik achtereenvolgens de maatschappelijke doelstelling (§4.2.2), dividendbeperkingen (§4.2.3), de vertegenwoordiging van belanghebbenden (§4.2.4), transparantie & verantwoording (§4.2.5), rechtsmiddelen (§4.2.6) en waarborgen bij structuurwijzigingen (§4.2.7).

²⁴⁷ *Kamerstukken II 2018/19, 35040.*

²⁴⁸ *Kamerstukken II 2018/19, 35040, 3.*

²⁴⁹ Zie de Kameragenda van 21 juni 2019, p. 20.

4.2.1 Oprichting

Voor oprichting van de BVm zou men eenvoudigweg aansluiting kunnen zoeken bij de huidige bepalingen voor de bestaande BV (art. 2:175-2:177 BW). Oprichting van een BV geschiedt middels een notariële akte waarbij de naam van de vennootschap dient te beginnen of te eindigen met Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Bij de BVm is een soortgelijk vereiste denkbaar (in bedrijfsuitingen voert men dezelfde naam, maar met de toevoeging ‘maatschappelijk’).²⁵¹

Daarnaast kan een BV ontstaan door middel van fusie, overname of omzetting, evenals de Amerikaanse benefit corporation (§3.2.2.1). De Nederlandse stemvereisten wijken wel af van die in de Verenigde Staten, waar minimaal twee derde van het aantal uitgebrachte stemmen op de AVA het besluit tot omzetting moet steunen (art. 104 Modelwet). In Nederland geldt voor omzettingen dat het besluit daartoe dient te voldoen aan de vereisten voor een besluit tot statutenwijziging en, tenzij een stichting zich omzet, met ten minste negen tienden van de uitgebrachte stemmen dient te worden genomen (art. 2:18 lid 2 sub a BW). Het quorum geldt overigens weer niet voor omzetting van een BV in een NV en vice versa (art. 2:18 lid 3 BW). Een besluit tot fusie kan op dezelfde wijze worden genomen als een besluit tot statutenwijziging (art. 2:317 lid 3 BW). Voor de BV geldt dat de AVA tot wijziging van de statuten bevoegd is (art. 2:231 BW). Mits daarover niet anders is bepaald in de wet of de statuten, neemt de AVA besluiten met een volstrekte meerderheid van het aantal uitgebrachte stemmen (art. 2:230 BW). Voor de BVm kan er mijns inziens aansluiting worden gezocht bij deze bestaande stemvereisten. Wel is het wenselijk om te voorkomen dat men het opgebouwde ‘sociale’ kapitaal in de BVm op eenvoudige wijze vrij kan maken of kan misbruiken voor andere doeleinden door omzetting naar een andere entiteit. Over deze omzettingsproblematiek volgt meer in §4.2.7. Eerst behandel ik het meest kenmerkende aspect van de BVm: de maatschappelijke doelstelling.

4.2.2 Doelstelling

Kenmerkend voor de BVm is de prevalerende maatschappelijke doelstelling. Alhoewel een reguliere BV krachtens art. 2:177 BW haar doelstelling verplicht statutair vast dient te leggen, is er nog geen sprake van een verplicht *maatschappelijke* doelstelling. Ook als een BV daar wel voor zou kiezen, geniet de missie in de praktijk beperkte bescherming. De bevoegdheid om de statutaire doelstelling met een volstrekte meerderheid te wijzigen ligt in beginsel bij de AVA, tenzij daarover iets anders is vastgelegd in de wet of de statuten (art. 2:230 jo. art. 2:231 BW). De BVm kan weliswaar statutair vastleggen dat er voor een wijziging van de statuten een grotere meerderheid is vereist, maar ook dan kunnen de aandeelhouders met diezelfde meerderheid een wijziging van de statuten bewerkstelligen (art. 2:231 lid 2 BW). Spanjersberg oppert daarnaast de mogelijkheid tot uitgifte van een prioriteitsaandeel aan een vertrouwenspersoon of een stichting (art. 2:201 lid 3 BW). Aan dit aandeel moet vervolgens een bijzonder zeggenschapsrecht in het geval van wijziging van de statuten of bij omzetting zijn gekoppeld.²⁵² Aan dergelijke constructies kleven praktische bezwaren. Zo is niet elke onderneming in de gelegenheid om een stichting op te richten en in stand te houden.²⁵³ Het valt ook te betwisten in

²⁵¹ Over de term ‘maatschappelijk’ bestaat nog discussie. Zo hebben de leden van de D66-fractie aangegeven voorkeur te hebben voor de toevoeging ‘sociaal’. Dit zou beter aansluiten bij de definities van de EU en de SER. De initiatiefnemer heeft in een reactie hierop aangegeven open te staan voor wijzigingen. *Kamerstukken II* 2018/19, 35040, 3, p. 28-29.

²⁵² Spanjersberg, *TvOB* 2019/1, p. 4-5.

²⁵³ Zie over de problematiek bij BV-stichting structuren ook §2.3.2.

hoeverre het wenselijk is dat de besluitvorming omtrent statutenwijzigingen of omzetting bij één enkele vertrouwenspersoon komt te liggen. De vraag is dus op welke wijze de maatschappelijke doelstelling van de BVm het beste vastgelegd én gewaarborgd kan worden.

Want dat het voor de BVm zinvol is om de specifieke maatschappelijke doelstelling verplicht statutair vast te leggen, staat wat mij betreft niet ter discussie. Art. 2:7 BW bepaalt dat een door de rechtspersoon verrichte rechtshandeling die de doelstelling overschrijdt vernietigbaar is, mits de wederpartij weet had van de doeloverschrijding of dit had behoren te weten. Het vastleggen van het doel begrenst in die zin de activiteiten van de rechtspersoon.²⁵⁴ Daarbij merk ik wel op dat de rechter terughoudend is bij het constateren van een doeloverschrijding. In het arrest Nagtegaal Westland/Utrecht Hypotheekbank overwoog de Hoge Raad in r.o. 3.2 dat bij het beoordelen van de vraag of er sprake is van een doeloverschrijding alle omstandigheden van het geval in aanmerking dienen te worden genomen. De manier waarop het statutaire doel is beschreven, is niet alleen bepalend.²⁵⁵ Zo dient men ook eventuele concernverhoudingen mee te wegen²⁵⁶ en te beoordelen of het belang van de rechtspersoon baat heeft bij de rechtshandeling in kwestie.²⁵⁷

Desalniettemin vormt de statutair vastgelegde doelstelling een goede richtlijn. Zoals betoogd in §2.2.4 kan men in het geval van een sociale onderneming redeneren dat de invulling van het vennootschappelijk belang, waar de bestuurders van een BV zich conform art. 2:239 lid 5 BW naar dienen te richten, hoofdzakelijk wordt ingekleurd door de maatschappelijke doelstelling van de onderneming. Kamerbeek betoogt terecht dat een statutaire verankering van het maatschappelijke doel bestuurders houvast geeft. Bij het nemen van besluiten kunnen zij zich hier onderbouwd op richten.²⁵⁸ De wetgever zou zelfs de keuze kunnen maken om, naar analogie met art. 201(c) Modelwet, expliciet in Boek 2 BW op te nemen dat het vennootschappelijk belang van de BVm hoofdzakelijk wordt ingekleurd door de statutair vastgelegde maatschappelijke doelstelling. In diezelfde Modelwet verschaft men bij wijze van voorbeeld een reeks mogelijke maatschappelijke doelstellingen (art. 201(b) Modelwet). Alhoewel niet direct noodzakelijk, zie ik ook geen grote bezwaren om een soortgelijke lijst met voorbeelden op te nemen in de Nederlandse wet. Het zou een helder kader kunnen verschaffen.

Een belangrijker punt is echter de waarborging van de maatschappelijke doelstelling. Juist omdat de maatschappelijke doelstelling de kern van het wezen van de BVm vormt, is adequate bescherming van belang. Spanjersberg oppert terecht dat het voor de hand ligt om aansluiting te zoeken bij de bestaande regeling voor de stichting.²⁵⁹ Art. 2:293 BW bepaalt dat de statuten van de stichting slechts kunnen worden gewijzigd, indien dat ook is vastgelegd in de statuten. Als daar geen sprake van is, kan men alleen een statutenwijziging bewerkstelligen middels tussenkomst van de rechter. De rechtbank zal een wijziging slechts toestaan indien er anders een situatie ontstaat die bij oprichting redelijkerwijze niet zou kunnen zijn gewild (art. 2:294 BW). Spanjersberg gaat daarbij niet nader in op vereiste aanpassingen van deze bepalingen in het kader van de BVm. Mijns inziens kan de regeling voor de stichting echter niet één op één worden overgenomen. Waar art. 2:293 BW spreekt over wijziging van 'de statuten' in zijn

²⁵⁴ Asser/Maeijer & Kroeze 2-I*2015/68.

²⁵⁵ HR 16 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0716, NJ 1993/98, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Nagtegaal Westland / Utrecht Hypotheekbank*).

²⁵⁶ HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0502, NJ 1992/438, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Astro Holding/Pierson, Heldring en Pierson*).

²⁵⁷ HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2144, NJ 1997/149 (*Playland/ Mr. S.*).

²⁵⁸ Kamerbeek, *Ondernemingsrecht* 2012/57, p. 302.

²⁵⁹ Spanjersberg, *TvOB* 2019/1, p. 6.

algemeenheid, zou het bij de BVm specifiek moeten gaan om wijziging van de statutair vastgelegde maatschappelijke doelstelling.²⁶⁰ Ook zou ik er niet voor kiezen om een ‘ontsnappingsmogelijkheid’ op te nemen door de BVm de optie te geven om statutair anders overeen te komen. Dat heeft tot gevolg dat er altijd een rechterlijke machtiging nodig is voor het wijzigen van de statutair vastgelegde maatschappelijke doelstelling. Deze machtiging verstrekt de rechter, wel volledig naar analogie met art. 2:294 BW, alleen indien er anders een onhoudbare situatie zou ontstaan. Dat lijkt wellicht rigide, maar zorgt wel voor de wenselijke geachte waarborging van de maatschappelijke doelstelling.

Een tweede mogelijkheid in het kader van de protectie van de maatschappelijke doelstelling is het invoeren van een variant op het verzetsrecht voor crediteuren in het geval van een fusie (art. 2:316 BW). Indien rechtspersonen willen overgaan tot een fusie, dient het bestuur daartoe een voorstel op te stellen, dit voorstel te deponeren bij het handelsregister en deze deponering bekend te maken in een landelijk dagblad (art. 2:312 jo. art. 2:314 BW). Crediteuren die vervolgens menen dat de nieuwe rechtspersoon onvoldoende waarborg biedt voor hun vorderingen, kunnen in verzet komen door middel van een verzoekschrift aan de rechtbank. De rechter besluit over de gegrondheid van dit verzet en kan de rechtspersonen de mogelijkheid geven om aan de crediteur binnen een bepaalde termijn alsnog een door hem omschreven waarborg te stellen (art. 2:316 lid 2 jo. lid 3 BW). Hoe staat het voorgaande in verband met de maatschappelijke doelstelling van de BVm? De wetgever zou kunnen besluiten om het bestuur van de BVm te verplichten om een voorgenomen wijziging van de maatschappelijke doelstelling verplicht te deponeren bij het handelsregister en te publiceren in een landelijk dagblad (conform art. 2:314 BW). Belanghebbenden die bezwaar hebben tegen de wijziging van de doelstelling kunnen vervolgens binnen een bepaalde periode verzet aantekenen bij de rechtbank middels een verzoekschrift. De rechter toetst vervolgens of er een rechtvaardigingsgrond bestaat voor de wijziging van de doelstelling om te voorkomen dat het opgebouwde kapitaal ten onrechte niet ten goede komt aan het initieel omschreven doel. Een voordeel van deze constructie is dat er voor kleine of vanzelfsprekende wijzigingen niet steeds een rechterlijke machtiging is vereist. Een nadeel is dat een ‘belanghebbende’ een minder duidelijk afgebakend begrip is dan een ‘crediteur’. De kring van (rechts)personen die verzet aan kunnen tekenen is daarmee mogelijk groter. Een ander potentieel nadeel is dat er geen enkele toetsing plaatsvindt wanneer er weinig of geen oplettende belanghebbenden aanwezig zijn. Dat maakt de BVm vatbaarder voor greenwashing.

Tot slot ga ik nog kort in op het algemeen belang dat een sociale onderneming dient. In het voorgaande stuk is im- of expliciet steeds gesproken over de specifieke maatschappelijke doelstelling van de BVm. In de Verenigde Staten heeft men in het kader van de vastlegging van de maatschappelijke doelstelling bewust gekozen voor een splitsing in een verplicht algemeen en facultatief specifiek deel (§3.2.2.2).²⁶¹ De Nederlandse wetgever zou voor de BVm in lijn met het Amerikaanse model naast de gespecificeerde maatschappelijke doelstelling een verplichting tot het dienen van het algemeen belang kunnen opnemen in de wet. Alhoewel er in het verleden wel pogingen zijn ondernomen om het algemeen belang een plek te geven binnen Boek 2 BW, vervult het binnen het huidige vennootschapsrecht slechts

²⁶⁰ Aansluiting zoekend bij de (flex)BV, acht ik het voor de hand liggend en wenselijk dat het de BVm wat betreft andere onderwerpen wel vrij staat om statutaire wijzigingen door te voeren conform de vereisen die de wet daaraan stelt voor de reguliere BV (artikelen 2:230 en 2:231 BW).

²⁶¹ In België heeft men gekozen voor een algemenere benadering door het ‘sociale oogmerk’ vast te laten leggen. §3.3.2.1.

een bijrol.²⁶² Zo stelde een deel van de Commissie Verdam in 1965 reeds voor om bij grote ondernemingen speciale ‘commissarissen algemeen belang’ aan te stellen. Een groter deel van de commissie was uiteindelijk van mening dat ondernemingen vrij moesten kunnen opereren binnen de kaders die de overheid daarvoor al verschaft middels wet- en regelgeving. Privaatrechtelijke ondernemingen handelen niet hoofdzakelijk in het kader van het algemeen belang.²⁶³ Een ander belangrijk knelpunt is dat er voor rechters op dit moment geen objectieve criteria zijn om handelen door bestuurders te toetsen aan het algemeen belang.²⁶⁴ Bestuurders handelen op de eerste plaats naar het vennootschappelijk belang (art. 2:239 lid 5 BW). Het opnemen van een verplichting tot nastreven van het algemeen belang zou in het licht van bovenstaande overwegend symbolische waarde hebben, vanwege het gebrek aan toetsingscriteria. Anderzijds is 1965 inmiddels een halve eeuw geleden: tijden veranderen. Er is zoals gesteld in toenemende mate aandacht voor maatschappelijk verantwoord ondernemen. Het is goed verdedigbaar dat de sociale onderneming voor de overheid (landelijk en lokaal) een belangrijke partner is bij het behartigen van het algemeen belang. Een parlementaire discussie over het al dan niet opnemen van een verplichting tot nastreven van een algemeen maatschappelijk belang voor sociale ondernemingen (en eventueel daaraan verbonden criteria) binnen Boek 2 BW zou mogelijk voor andere inzichten kunnen zorgen.

Samenvattend zou ik in het kader van de BVm willen pleiten voor het instellen van een verplichting tot statutaire vastlegging van de specifieke maatschappelijke doelstelling in combinatie met een wettelijke waarborg bij wijziging. Deze waarborging kan geschieden via een verplichte rechterlijke machtiging, maar ook middels een verplichte deponering van het voorstel tot wijziging van de maatschappelijke doelstelling in combinatie met een verzetsrecht voor belanghebbenden. Daarnaast zou een discussie over invoering van het algemeen belang binnen het vennootschapsrecht mogelijk nieuw licht op de zaak kunnen werpen.

4.2.3 Dividendklem

Een belangrijk ander twistpunt bij de BVm is het uitkeren van dividend. Waar men in de Verenigde Staten geen enkele dividendbeperking heeft ingesteld, is er in België sprake van een vrij streng beleid. Over het werkelijk gestorte bedrag op aandelen mag de VSO jaarlijks maximaal 6% dividend uitkeren aan de aandeelhouders.²⁶⁶ Wat betreft de BVm neig ik te stellen dat een compromis tussen beide varianten wenselijk is. Een stevige dividendbeperking of een totaalverbod past in mijn optiek niet bij vrij ondernemerschap. Ook in de politiek lijkt daar weinig draagvlak voor.²⁶⁷ Het uitkeren aan aandeelhouders is voor de sociale onderneming weliswaar geen primair doel, maar men kan beargumenteren dat een beloning voor het ondernemersrisico op zijn plek is. Zoals Stefan Panhuijsen (mede-oprichter van Social Enterprise NL) opmerkte in een gesprek hierover zijn ondernemers mogelijk

²⁶² Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Ila* 2013/24. Het algemeen belang is op twee plekken in Boek 2 BW terug te vinden. Volgens artikel 2:345 lid 2 BW kan de advocaat-generaal de Ondernemingskamer om een enquêteprocedure verzoeken om redenen van openbaar belang en daarnaast kan hij een verzoek neerleggen bij de Ondernemingskamer om een jaarrekeningprocedure volgens artikel 2:447 BW aan te vangen.

²⁶³ Zie het Rapport Verdam (1965). De Commissie Verdam was destijds belast met het onderzoek naar hernieuwing van het ondernemingsrecht.

²⁶⁴ Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Ila* 2013/24.

²⁶⁶ Zie art. 661 sub 5 WvV. De daar genoemde rentevoet is vastgesteld op 6% op 10 november 1996 ter uitvoering van de wet van 20 juli 1955 houdende instelling van een Nationale Raad voor de Coöperatie

²⁶⁷ Zie *Sociale ondernemingen: een verkennend advies* 2015.

afhankelijk van de sociale onderneming voor hun pensioenvoorziening en investeren zij soms jaren tijd en energie in de organisatie alvorens er sprake is van winstgevendheid. Ook kan het hanteren van een strikt dividendbeleid investeerders afschrikken. Afhankelijk van bij welk percentage de grens zou liggen, ontvangen zij mogelijk minder dividend dan wanneer zij investeren in een reguliere BV.

De Jongh, Schild en Timmerman stelden in een preadvies over het wetsvoorstel maatschappelijke onderneming in 2010 nog voor om wat betreft de uitkering van dividend aansluiting te zoeken bij het Engelse model.²⁶⁸ De Community Interest Company (CIC) vormt het resultaat van inspanningen in Groot-Brittannië om de sociale onderneming een plek binnen het rechtsstelsel te verschaffen. Een speciale onafhankelijke toezichthouder (de *CIC-Regulator*) is belast met het toezicht op de CIC.²⁶⁹ De rechtsvorm kent een zogenaamd '*asset-lock scheme*'. Dat is een serie van (kapitaal)restricties bij het uitkeren van dividend of bescherming van het vermogen bij omzetting, fusie of overname (zie Companies Act 2004). Onderdeel van het *asset-lock scheme* is een *dividend cap*.²⁷⁰ De toezichthouder is bevoegd tot het vaststellen van limieten wat betreft het jaarlijkse totale dividend, het dividend per aandeel en het dividend dat mag worden 'doorgeschoven' naar een volgend boekjaar (sectie 30(5)(a)-(b) Companies Act 2004). Afhankelijk van de economische omstandigheden kan de toezichthouder deze maxima bijstellen. Om overregulering te voorkomen voelden De Jongh, Schild en Timmerman destijds weinig voor het instellen van nog een toezichthouder. Kamerbeek merkt op dat het naast het instellen van een toezichthouder ook mogelijk is om maxima bij koninklijk besluit vast te laten stellen.²⁷¹ Voor vermogensrestricties rond structuurwijzigingen adviseerden De Jongh, Schild en Timmerman aan te sluiten bij de bestaande regelingen voor de stichting (zie onder meer art. 2:18 lid 6 BW).²⁷²

Alhoewel de huidige initiatiefnota een andere doelgroep op het oog heeft (private ondernemingen in plaats van semi-publieke instellingen), is het toch verrassend dat de Jongh zich bij een eerste beschouwing van de initiatiefnota geen voorstander meer toont van een dividend-, kapitaal- of vermogensklem. Hij argumenteert dat het enerzijds moeilijk is om deze te concretiseren (waar ligt exact de grens?) en dat het anderzijds ontduiking in de hand werkt.²⁷³ Zo zouden aandeelhouders of derden een lening kunnen verstrekken aan de BVm, waarover vervolgens een buitensporig hoog rentepercentage wordt betaald. Dat resulteert in een verkapte vorm van dividend.

Ik kan me ten dele vinden in deze argumenten. Anderzijds is enige terughoudendheid met betrekking tot beloningen en winstuitkeringen in het licht van de maatschappelijke doelstelling ook goed verdedigbaar. Wellicht biedt een positieve formulering uitkomst: een verplichting om een deel van de winst te herinvesteren in de maatschappelijke doelstelling. Een BVm hanteert immers in de eerste plaats een verdienmodel om een bepaalde maatschappelijke doelstelling te behalen. De wetgever kan kiezen voor een open norm in Boek 2 BW die de BVm verplicht tot herinvestering van een aanzienlijk (deel) van de winst in de maatschappelijke doelstelling van de onderneming. Bij wet of bij statuten kan daarover nader worden bepaald. Zonder het stellen van een harde grens lijkt deze norm echter lastig te toetsen. Ondanks de heldere bezwaren pleit ik daarom in het geval van de BVm toch voor het instellen van een minimumpercentage van de winst dat dient te worden geherinvesteerd in de maatschappelijke

²⁶⁸ De Jongh, Schild & Timmerman 2010, p. 241-242.

²⁶⁹ Zie Argyrou 2018, par. 2.7.3.1.

²⁷⁰ Kamerbeek, *Ondernemingsrecht* 2012/57, p. 306.

²⁷¹ De Jongh, Schild & Timmerman 2010, p. 241-242 en Kamerbeek, *Ondernemingsrecht* 2012/57, p. 306.

²⁷² De Jongh, Schild & Timmerman 2010, p. 241-242.

²⁷³ De Jongh, *Ondernemingsrecht* 2018/121, p. 716.

doelstelling. Voor een exact percentage zal de wetgever nader onderzoek moeten verrichten. Mogelijk kan er aansluiting worden gezocht bij het Engelse of Belgische model.

4.2.4 Belanghebbendenvertegenwoordiging

De BVm geeft niet alleen blijk van sociale betrokkenheid door het nastreven van een maatschappelijke doelstelling, maar ook door de belangen van alle betrokkenen rond de onderneming in acht te nemen. Denk aan klanten, leveranciers en werknemers, maar ook aan de overheid, gemeentes of de lokale omgeving. Deze benadering past binnen het Rijnlandse model en sluit aan bij bestaande opvattingen in Nederland. Zie bijvoorbeeld de Corporate Governance Code 2016, principe 1.1. Dat beginsel gebiedt beursgenoteerde ondernemingen zich te richten op lange termijn waardecreatie en daarbij de belangen van alle stakeholders te waarborgen. De sociale onderneming weegt belangen niet alleen mee, maar voert ook een voortdurende dialoog met alle stakeholders, vraagt advies en betreft stakeholders soms op directe wijze bij de besluitvorming. Bij de invoering van de BVm is het de vraag in hoeverre er een rol voor de wetgever is weggelegd bij de waarborging van al deze belangen. Daarbij spelen allerlei complexe vraagstukken: wie zijn belanghebbenden, welke specifieke rechten moeten de BVm aan hen verstrekken, krijgen zij rechtsmiddelen tot hun beschikking om hun belangen te waarborgen en zo ja, welke?

Allereerst ga ik in op de vraag wie belanghebbenden zijn. In hoofdstuk 3 beschreef ik dat men in de Verenigde Staten middels art. 301(a) sub 1 Modelwet een aantal groepen belanghebbenden heeft geïdentificeerd waar het bestuur van de benefit corporation in ieder geval rekening mee dient te houden (zie §3.2.2.3). Binnen het Amerikaanse vennootschapsrecht, traditioneel gebaseerd op het creëren van financiële waarde voor aandeelhouders, is de urgentie om stakeholders expliciet te definiëren duidelijk. Maar ook binnen de Nederlandse context, waar belangenpluraliteit centraal staat, kan specificering van diverse belangen toegevoegde waarde hebben. Het schept duidelijkheid en richtlijnen voor het bestuur. Wanneer een belang erkenning verkrijgt door vermelding in de wet, lijkt het bovendien eenvoudiger om rechtsmiddelen in te zetten ter bescherming van dat belang (zie hierover §4.2.6 rechtsmiddelen). Onder juristen zijn de meningen verdeeld. Zo pleitte Eijsbouts eerder voor het invoeren van een wettelijke bepaling waarin alle deelbelangen betrokken bij de vennootschap zouden worden uitgesplitst ter vervanging van het brede vennootschappelijke belang waar bestuurders zich nu naar dienen te richten.²⁷⁵ Kamerbeek beargumenteert daarentegen dat die mate van juridisering te ver voert. Bestuurders zouden dan over elk relevant en minder relevant belang verantwoording af moeten leggen, terwijl de huidige open norm van het vennootschappelijk belang uit art. 2:239 lid 5 BW bij uitstek ruimte biedt om alle omstandigheden van het geval mee te nemen.²⁷⁶ Naar mijn mening hoeft een wettelijke uitsplitsing van deelbelangen niet per definitie vervanging van art. 2:239 lid 5 BW te betekenen. Het vaststellen van een reeks potentiële belanghebbenden (naar analogie met de Modelwet) kan voor het bestuur van de BVm juist een handreiking vormen bij de invulling van het vennootschappelijk belang.

²⁷⁵ Eijsbouts 2010, p. 100.

²⁷⁶ Kamerbeek, *Ondernemingsrecht* 2012/57, p. 303.

Ik acht het dan ook de moeite waard om verder te onderzoeken of een directe of indirecte wettelijke verankering van belanghebbenden mogelijk zou zijn.²⁷⁷

Een tweede belangrijke vraag is of stakeholders bepaalde wettelijke rechten zouden moeten krijgen. Zo beschreef ik in §3.3.2.3 de verplichte mogelijkheid tot participatie van werknemers bij de VSO in België door aan hen de mogelijkheid te geven aandelen te nemen in de vennootschap. Deze vorm van participatie bleek in de praktijk niet erg effectief. Zo wilden werknemers überhaupt niet altijd meebeslissen en indien de AVA geen inmenging van werknemers wenste, stelde men barrières op door bijvoorbeeld een kunstmatig hoge aankoop prijs te creëren. Interessant in dit licht is een serie case studies door Argyrou (recent uitgevoerd in Griekenland, België en het Verenigd Koninkrijk) naar hoe wettelijke verplichtingen tot participatie van stakeholders de besluitvorming binnen sociale ondernemingen beïnvloeden. In alle drie de landen bleek het implementeren van wetgeving in de praktijk niet het gewenste resultaat te realiseren.²⁷⁸ Soms wilden of konden belanghebbenden niet deelnemen aan besluitvorming, omdat ze een gebrek aan kennis hadden over bepaalde onderwerpen of omdat er sprake was van een jonge en groeiende onderneming die baat had bij snelle besluitvorming.²⁷⁹ Het raadplegen van alle belanghebbenden kan besluitvormingsprocessen vertragen. Uit het onderzoek kwam verder naar voren dat de wijze waarop het bestuur van de onderneming zelf vormgeeft aan participatievereisten een veel groter effect had op daadwerkelijke deelname aan besluitvorming dan wettelijke verplichtingen. De manier waarop belanghebbenden werden betrokken verschilde per onderneming. Soms stelde het bestuur een adviesraad van belanghebbenden in, soms werden belanghebbenden in de gelegenheid gesteld mee te beslissen over bepaalde onderwerpen. Ook informelere wijzen van communicatie (zoals een gesprek over de gang van zaken bij de koffiemachine) hadden aantoonbaar invloed op het vertrouwen van stakeholders in de sociale onderneming.²⁸⁰ Mijns inziens geeft dit aan dat wettelijke maatregelen zoals het instellen van een verplichte belanghebbendenvertegenwoordiging of het toekennen van bepaalde instemmings- of goedkeuringsrechten aan belanghebbenden op dit moment geen toegevoegde waarde verschaffen. De verantwoordelijkheid voor een concrete invulling van het stakeholdersbeleid dient daarom bij het bestuur van onderneming te blijven.

Desalniettemin dient de BVm als sociale onderneming wel uitdrukkelijk rekenschap te geven van alle belangen die spelen. Door stichting Social Enterprise NL zijn onlangs (3 juni 2019) modelstatuten voor de sociale onderneming gepubliceerd.²⁸¹ Artikel 4.2 bepaalt dat het bestuur of de algemene vergadering een stakeholdersbeleid vaststelt, “waarin wordt opgenomen wie de stakeholders van de Vennootschap zijn en hoe de Vennootschap deze op passende wijze bij het verwezenlijken van haar doel en missie betreft”.²⁸² Een statutaire verankering geschiedt echter op basis van vrijwilligheid. Omdat een participatieve besluitvormingsstructuur in mijn optiek een specifiek kenmerk is van de BVm, ben ik

²⁷⁷ Met een directe wettelijke verankering doel ik op een wettelijke bepaling in boek 2 BW naar het voorbeeld van art. 301(a) sub 1 Modelwet. Een indirecte wettelijke verankering zou bijvoorbeeld een verplichting tot conformeren aan de Code Sociaal Ondernemen kunnen zijn, waarin vervolgens de belanghebbenden zijn uitgesplitst.

²⁷⁸ Argyrou 2018, (§3.6.3.3).

²⁷⁹ Argyrou 2018, (§2.5.4).

²⁸⁰ Argyrou 2018, (§3.6.3.3).

²⁸¹ ‘Modelstatuten beschikbaar!’, beschikbaar op <https://www.social-enterprise.nl/nieuws-en-evenementen/actueel/nieuws/modelstatuten-beschikbaar>.

²⁸² ‘Modelstatuten’, p. 4. Beschikbaar op https://www.social-enterprise.nl/application/files/4515/5955/2653/MODELSTATUTEN_social_enterprise_BV.pdf.

voorzitter van een wettelijke verankering van deze bepaling.²⁸³ Het voorkomt overregulering, maar geeft wel een duidelijke wettelijke richtlijn voor de BVM.

Concluderend stel ik dan ook dat de wetgever enige terughoudendheid dient te betrachten bij het formuleren van wettelijke bepalingen op het gebied van belanghebbenden. Op welke wijze de BVM stakeholders betreft en in hoeverre belanghebbenden zelf actief betrokken moeten zijn bij de vennootschap, hangt sterk af van de onderneming in kwestie en van de wensen van belanghebbenden. Ik pleit daarom voor de invoering van een wettelijke bepaling die de AVA, mogelijk op voordracht van het bestuur, verplicht om een jaarlijks stakeholdersbeleid vast te stellen waarin men bepaalt wie de stakeholders van de BVM zijn en hoe de BVM hen op passende wijze betreft bij het verwezenlijken van haar doel en missie. Het stakeholdersbeleid kan uitstekend een onderdeel vormen van het maatschappelijk verslag. In de volgende paragraaf bespreek ik het maatschappelijk verslag nader.

4.2.5 Transparantie & verantwoording

Het bieden van transparantie en het afleggen van verantwoording aan interne en externe belanghebbenden is van belang voor de sociale onderneming. Het voeren van een eigen rechtsvorm stelt de onderneming al in staat om een specifiek signaal af te geven aan de maatschappij. Zonder een concrete invulling van vereisten, blijft de BVM echter symboolpolitiek. In het kader van de Amerikaanse benefit corporation beschreef ik reeds het *annual benefit report* (§3.2.2.4). Op basis van art. 401(a) Modelwet is de benefit corporation verplicht om jaarlijks een maatschappelijk verslag op te stellen waarin de onderneming beschrijft hoe en of de maatschappelijke doelstellingen zijn behaald. Op basis van een door een onafhankelijke partij opgestelde standaard evalueert men daarnaast de sociale en maatschappelijke prestaties.²⁸⁴

Eenzelfde mate van transparantie past bij de Nederlandse sociale onderneming. Het ligt voor de hand om voor de introductie van een uitgebreide maatschappelijke verantwoordingsparagraaf aansluiting te zoeken bij het jaarverslag. Zo is de BV verplicht een jaarverslag op te maken binnen vijf maanden na afloop van het boekjaar. Mits goedgekeurd door de AVA is deze termijn te verlengen met nog eens vijf maanden (art. 2:210 lid 1 BW). Vervolgens dient de rechtspersoon binnen acht dagen na vaststelling door de AVA het jaarverslag openbaar te maken (art. 2:394 BW). Dit geschiedt door deponering bij het handelsregister en is voor derden inzichtelijk.

In sommige gevallen is er al sprake van een wettelijke verplichting tot het afleggen van maatschappelijke verantwoording. Dit geldt meestal voor grotere ondernemingen. Zo verplicht art. 2:391 lid 5 BW jo. art. 1 jo. art. 3 Besluit bekendmaking niet-financiële informatie organisaties zoals bedoeld in art. 2:398 lid 7 BW met een minimum van 500 werknemers om als onderdeel van het bestuursverslag ook niet-financiële informatie te openbaren. Daarbij gaat het onder meer om mededelingen omtrent milieu-, sociale en personeelsaangelegenheden en andere niet-financiële prestatie-indicatoren die van belang zijn voor de activiteiten van de rechtspersoon. Ook de Corporate Governance Code bevat bepalingen die ondernemingen verplichten om verantwoording af te leggen over bijvoorbeeld het gevoerde diversiteitsbeleid.²⁸⁵ Daarnaast heeft de Raad voor de Jaarverslaggeving (RJ) in 2009 Richtlijn 400

²⁸³ Zie over definiëringskwesties hoofdstuk 2.

²⁸⁴ Denk aan de ISO richtlijn 2600 of de B Lab-certificering.

²⁸⁵ Zie de Code, principe 2.1.5 en principe 2.1.6.

Jaarverslag en Handreiking voor Maatschappelijke Verslaggeving gepubliceerd.²⁸⁶ Deze richtlijn is daarna regelmatig herzien en vernieuwd.²⁸⁷ Een bedrijf kan zich vrijwillig onderwerpen aan (onderdelen van) de richtlijn. Alhoewel dit klinkt als een mooi initiatief, kan dit ook cherry picking in de hand werken. Om te voorkomen dat (kleinere) ondernemingen maatschappelijke verslaggeving inzetten als marketingtruc en louter de voor hen positieve aspecten uitlichten, is het wenselijk voor de BVM een striktere standaard te formuleren. In titel 9 Boek 2 BW dient de wetgever in ieder geval een bepaling op te nemen die de BVM verplicht tot jaarlijkse openbaarmaking van een maatschappelijk verslag, bij voorkeur als onderdeel van het jaarverslag. De inhoudelijke vereisten voor het verslag kunnen nader worden bepaald. Daarbij zijn er diverse mogelijkheden. Zo zou men de Code Sociaal Ondernemen wettelijk kunnen verankeren²⁸⁸, maar ook het verplicht stellen van de B-Lab certificering of een implementatie van de hiervoor genoemde RJ Richtlijn 400 is denkbaar. Enige flexibiliteit binnen de richtlijn is daarbij van belang, vanwege de brede verscheidenheid aan sociale ondernemingen. Daarnaast zou de wetgever zelf een aantal minimumvereisten kunnen formuleren en nadere invulling over kunnen laten aan de sociale onderneming. Alhoewel ik in beginsel voorstander ben van uniformiteit (en dus zou kiezen voor één verplichte standaard), zou het tot slot nog een optie zijn om de sociale onderneming naar analogie met de benefit corporation een verplichte eigen keuze te laten maken voor een door een onafhankelijke partij opgestelde standaard.

Wat betreft de openbaarmaking van het jaarverslag zijn er een aantal uitzonderingen mogelijk: in concernverband kunnen dochterbedrijven bijvoorbeeld een 403-verklaring ontvangen van de moedermaatschappij. Het moederbedrijf stelt zich hierbij hoofdelijk aansprakelijk voor de uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden van het dochterbedrijf (art. 2:403 lid 1 sub f BW). Het dochterbedrijf hoeft in dat geval geen eigen jaarrekening te deponeren. In de hypothetische situatie dat een dochterbedrijf in het concern een BVM zou zijn, acht ik het echter niet passend bij de transparante aard van de sociale onderneming om in dergelijke gevallen ook een ontheffing te verlenen aan de dochteronderneming voor het maatschappelijke verantwoordingsverslag. Wat mij betreft dienen het jaarverslag en het maatschappelijk verslag in deze situatie losgekoppeld te worden om maximale verantwoording en transparantie te behouden.

Waar men in de Verenigde Staten koos voor een standaard opgesteld door een onafhankelijke derde partij, heeft de wetgever in België zelf de kaders voor een sociaal verslag bepaald. Wat geniet de voorkeur? Waar het in mijn optiek om gaat, is dat de BVM expliciet (maatschappelijke) verantwoording aflegt en optimale transparantie biedt. Hoe dat exact gebeurt, is aan de wetgever. In lijn met de flexibele aard van het Nederlandse vennootschapsrecht, zou het verdedigbaar zijn om de keuze voor een standaard bij de sociale onderneming te laten, wellicht gecombineerd met enkele wettelijke minimumvereisten. Ook een wettelijke verankering van de Code Sociaal Ondernemen sluit in mijn optiek goed aan bij het bestaande recht.

²⁸⁶ De RJ is ingesteld door de stichting voor de jaarverslaggeving. Deze stichting heeft tot doel om de kwaliteit van externe verslaggeving door organisaties in Nederland te bevorderen. De RJ geeft hieraan concrete invulling door het opstellen van richtlijnen en handreikingen. Zie RJ, 'Wie zijn wij', beschikbaar op <https://www.rjnet.nl/wie-zijn-wij/>.

²⁸⁷ De laatst voorgestelde wijziging van richtlijn 400 'Bestuursverslag' met betrekking tot alinea's over het diversiteitsbeleid dateert uit mei 2019: RJ-Uiting 2019-8.

²⁸⁸ Tweede Kamerlid en initiatiefnemer Eppo Bruins merkt tijdens een gesprek op 22 mei hierover op dat een dergelijke verankering voor het huidige wetsvoorstel wellicht nog een brug te ver is, mede gezien het huidige politieke klimaat.

4.2.6 Rechtsmiddelen

De voorgaande paragrafen gingen over de structuur en specifieke kenmerken van de BVm. Er bestaat echter geen recht zonder waarborging. Wie kan bijvoorbeeld naleving van de maatschappelijke doelstelling afdwingen? Wederom zou het voor de BVm praktisch zijn om aansluiting te zoeken bij het bestaande vennootschapsrecht. Hier zijn de mogelijkheden voor maatschappelijk belanghebbenden beperkt. Zo zijn in beginsel belanghebbenden met ‘slechts’ een maatschappelijk belang niet bevoegd tot het doen van een verzoek tot een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer krachtens art. 2:345 jo. art. 2:346 jo. art. 2:347 BW, tenzij bij statuten of overeenkomst met de rechtspersoon aan hen dit recht is toegekend. Zo kent men de enquêtebevoegdheid soms toe aan de ondernemingsraad.²⁸⁹ De BVm zou er dus voor kunnen kiezen om (bijvoorbeeld in het kader van het stakeholdersbeleid) statutair vast te leggen wie er bevoegd zijn tot het instellen van een enquêteprocedure. Het nadeel van deze vrijblijvende mogelijkheid is dat degenen die menen wel belanghebbenden te zijn, maar niet als zodanig in de statuten zijn opgenomen, alsnog buiten de boot vallen.

Wat men tegenwoordig vaker ziet, is een sectorspecifieke regeling met betrekking tot de toepassing van het enquêterecht. Het uitvoeringsbesluit wet toelating zorginstellingen (WTZi) bepaalt bijvoorbeeld in art. 6.2 dat zorginstellingen die opereren in de vorm van een stichting of vereniging in hun statuten een enquêtebevoegdheid toe moeten kennen aan de cliëntenraad of het orgaan dat cliënten van de zorginstelling vertegenwoordigt.²⁹⁰ Men zou voor de BVm ook een verplichting vast kunnen leggen om het enquêterecht statutair toe te kennen aan (een groep van) belanghebbenden.

Persoonlijk kan ik mij vinden in de mogelijkheid die is geopperd in het verkennende onderzoek ‘Versnelling en verbreding van sociaal ondernemerschap’, dat de leerstoel sociaal ondernemen van de Universiteit Utrecht begin 2019 heeft uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat (hierna: ‘Rapport sociaal ondernemerschap’). Daarin stelt men voor om de enquêteprocedure open te stellen voor externe belanghebbenden met een aantoonbaar belang bij de verwezenlijking van de maatschappelijke doelstelling van de BVm. De onderzoekers noemen bij wijze van voorbeeld stichtingen, verenigingen of ondernemingen die hetzelfde belang behartigen.²⁹¹ Dat doet denken aan een organisatie als de VEB (Vereniging Effecten Bezitters), die namens een collectief beleggers optreedt in enquêteprocedures.²⁹² Een collectieve mogelijkheid geniet in mijn optiek bovendien de voorkeur boven een individueel enquêterecht, om een wildgroei aan verzoeken te voorkomen.

Ook buiten het enquêterecht bestaan er overigens voldoende mogelijkheden tot waarborging van het bijzondere karakter van de BVm. Zo ligt het in mijn optiek voor de hand dat bestuurders die zich bij hun handelen onvoldoende laten leiden door de maatschappelijke doelstelling van de BVm, aansprakelijk zijn te stellen op basis van art. 2:9 BW. Kamerbeek beargumenteert daarnaast dat, uitgaande van de redenering dat een statutair vastgelegde maatschappelijke doelstelling de open normen in het algemene deel van Boek 2 BW inkleurt, maatschappelijk belanghebbenden wellicht de vernietiging van besluiten zouden kunnen vorderen op basis van art. 2:15 lid 3 sub a BW jo. art. 2:8 BW.²⁹³ Zij met een

²⁸⁹ Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*2009/743.

²⁹⁰ Asser/Rensen 2-III 2017/355a. Zie voor soortgelijke voorbeelden in het kader van de volkshuisvesting en pensioenfondsen respectievelijk art. 39 Woningwet en art. 219 Pensioenwet.

²⁹¹ Bosma e.a., 2017, p. 48 (Rapport sociaal ondernemerschap UU).

²⁹² Van de 510 enquêteverzoeken die in de periode 1971-2007 zijn gedaan bij de Ondernemingskamer, zijn er 14 ingesteld door de VEB. Zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*2009/738.

²⁹³ Kamerbeek, *Ondernemingsrecht* 2012/57, p. 305.

direct belang bij het realiseren van de statutair vastgelegde maatschappelijke doelstelling hebben verdedigbaar een redelijk belang hebben bij naleving van die verplichting. Voor vernietiging van een besluit geldt echter dat het bestuur van de onderneming in beginsel beleidsvrijheid heeft en dat er sprake is van een terughoudende toetsing door de rechter.²⁹⁴

Het bovenstaande in acht nemend, meen ik dat er binnen het huidige systeem reeds mogelijkheden tot waarborging bestaan, maar dat het openstellen van de enquêteprocedure voor extern belanghebbenden met een aantoonbaar belang bij het realiseren van de maatschappelijke doelstelling van de BVm van toegevoegde waarde kan zijn. De wetgever kan daarbij kiezen voor een directe of indirecte weg. Enerzijds is een aanpassing van de kring bevoegden middels een wijziging van art. 2:346 BW denkbaar, maar het ligt tevens voor de hand om aansluiting te zoeken bij de voorbeelden uit sectorale wetgeving. De wetgever verplicht de BVm dan om het enquêterecht statutair toe te kennen aan een door de BVm bepaalde groep belanghebbenden. De belanghebbenden zijn in dat geval bevoegd op grond van het bestaande art. 2:346 lid 1 sub e BW.

4.2.7 Structuurwijziging

Tot slot sta ik stil bij mogelijke structuurwijzigingen van de BVm. Eerder pleitte ik al voor het invoeren van een rechterlijke machtiging of een verzetsrecht voor belanghebbenden in het geval van wijziging van de statutaire doelstelling van de BVm (§4.2.2). Om misbruik van de rechtsvorm te voorkomen, is het daarnaast wenselijk dat structuurwijzigingen in de vorm van een omzetting, fusie, splitsing of liquidatie van de BVm aan rechterlijke toetsing onderhevig zijn. Anders zou men in theorie de BVm kunnen aanwenden voor het ontvangen van (publieke) gelden of subsidies, maar door relatief eenvoudige omzetting in een reguliere BV het primaat weer bij de aandeelhouder terecht kunnen laten komen en gelden in de vorm van dividend uit kunnen keren aan kapitaalverschaffers.²⁹⁵

Voor regelingen rond structuurwijzigingen zijn slechts kleine wettelijke aanpassingen vereist. De wetgever kan eenvoudig inspiratie putten uit de bestaande regelingen voor de stichting. Zie art. 2:18 lid 4 jo. art. 2:18 lid 6 BW voor omzetting, art. 2:317 lid 5 BW voor fusies en art. 2:334m lid 5 voor splitsingen. De rechter dient steeds te toetsen of een besluit tot structuurwijziging in het belang van de stichting is. Op deze manier heeft de wetgever beoogd te voorkomen dat het opgebouwde doelvermogen van een stichting eenvoudig misbruikt kan worden voor andere doeleinden.²⁹⁶ Dat lijkt me eveneens wenselijk in het geval van de BVm.

De wetgever zou daarnaast kunnen overwegen om al een stap eerder (nog voor de rechterlijke toets van het reeds tot stand gekomen besluit) een waarborg in te bouwen. Zo kan men naast de AVA ook andere belanghebbenden bij de BVm een stem geven bij omzettingen, fusies en overnames.²⁹⁷ Op deze manier kan men enigszins voorkomen dat kapitaalverschaffers met louter financiële intenties hun invloed aanwenden om de BVm om te zetten naar bijvoorbeeld een reguliere BV. Wie er een stem zouden moeten hebben en hoeveel gewicht er zou moeten worden toegekend aan die stem is sterk afhankelijk van de sociale onderneming in kwestie. Voor de wetgever lijkt het, de brede verscheidenheid aan sociale ondernemingen in acht genomen, ondoenlijk om hierover een algemene bepaling te formuleren. Wellicht is het verstandiger om de keuze bij de sociale onderneming zelf te laten. In dat

²⁹⁴ Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*2009/791.

²⁹⁵ De Jongh, *Ondernemingsrecht* 2018/121, p. 4.

²⁹⁶ Boschma & Snijder-Kuipers, 2011 p. 52-56.

²⁹⁷ Daarnaast pleit ik voor een rechterlijke machtiging bij structuurwijzigingen (zie §4.2.7).

scenario kiest een BVm ervoor om via de statuten een speciaal advies- of instemmingsrecht te verlenen aan bepaalde (groepen) belanghebbenden bij omzetting. Dat past in mijn optiek goed bij het karakter van de sociale onderneming.

4.3 Tussenconclusie

Na kort de stand van zaken rond de initiatiefnota te hebben geschetst, besprak ik in dit hoofdstuk diverse beslispunten rond de BVm. In §4.2.1 concludeerde ik dat er wat betreft de oprichtingsvereisten aansluiting kan worden gezocht bij de reguliere BV. Vervolgens belichtte ik de maatschappelijke doelstelling (§4.2.2) en pleitte ik voor het instellen van een verplichting tot statutaire vastlegging van de maatschappelijke doelstelling in combinatie met een verplichte rechterlijke machtiging of een verzetsrecht voor belanghebbenden bij wijziging van deze doelstelling. Een rechterlijke toetsing in het geval van een structuurwijziging in de vorm van een fusie, splitsing, liquidatie of omzetting gelijk aan de regelingen voor de stichting acht ik eveneens wenselijk (§4.2.7). Wat betreft een eventuele dividendbeperking zijn er aan elke mogelijkheid (wel of geen beperking) haken en ogen verbonden (§4.2.3). Om het bijzondere karakter van de BVm te waarborgen zonder af te doen aan het vrije ondernemersklimaat in Nederland, stel ik voor om een vast percentage van de winst vast te stellen dat de BVm verplicht dient te herinvesteren in de maatschappelijke doelstelling van de onderneming. Bij wet of bij statuten kan daarover nader worden bepaald.

Naar mijn mening is er in het geval van sociale ondernemingen een bijzondere rol weggelegd voor in- en externe belanghebbenden. In §4.2.4 stelde ik daarom voor om de BVm te verplichten jaarlijks een stakeholdersbeleid vast te stellen als onderdeel van het maatschappelijk verslag. Dit maatschappelijke verslag, waarin de sociale onderneming beschrijft hoe de maatschappelijke doelstelling is gerealiseerd en op welke wijze dat is geschied, zou voor de BVm een verplicht onderdeel kunnen vormen van het jaarverslag (§4.2.5). Wat betreft een te hanteren standaardformulering zou de wetgever enkele minimumvereisten kunnen vastleggen (zoals het stakeholdersbeleid), aangevuld door een sectorale gedragscode of door een standaard gekozen door de sociale onderneming zelf. In §4.2.6 stelde ik voor om de enquêteprocedure eveneens open te stellen voor externe belanghebbenden met een aantoonbaar belang bij het verwezenlijken van de maatschappelijke doelstelling van de BVm. Dit kan middels een wijziging van art. 2:346 BW of door de BVm wettelijk te verplichten tot het statutair toekennen van de enquêtebevoegdheid aan belanghebbenden. Op basis van het voorgaande schets ik enkele aanbevelingen in het volgende hoofdstuk. Eerst vat ik echter samen wat er in de voorgaande hoofdstukken is besproken.

5. Conclusie

5.1 Samenvatting

Ter beantwoording van de onderzoeksvraag in hoeverre de BVm een noodzakelijke aanvulling vormt op bestaande Nederlandse rechtsvormen en aan welke voorwaarden de BVm in de praktijk zou moeten voldoen heb ik in hoofdstuk 2 allereerst de sociale onderneming gedefinieerd en de uitdagingen van de sector geschetst. Na een historische analyse kwam ik tot de conclusies dat sociale ondernemingen zelfstandige ondernemingen zijn die een product of dienst leveren en een primair en expliciet maatschappelijk doel nastreven, waarbij er uitdrukkelijk sprake is van een participatieve besluitvormingscultuur. In hetzelfde hoofdstuk heb ik de problemen en uitdagingen waar de kleine doch groeiende groep sociale ondernemers mee kampt belicht. Men ervaart voornamelijk obstakels wat betreft het uitdragen van de specifieke identiteit als sociale ondernemer.

De rechtsvorm waarbinnen sociale ondernemingen opereren vormt daarbij soms een belangrijke factor. Zo hebben ondernemingen die kiezen voor de vorm van een stichting moeite met het aantrekken van extern kapitaal, maar in het geval van een BV kan het lastig zijn de primaire maatschappelijke doelstelling naar buiten uit te dragen en te waarborgen bij verandering van aandeelhouders of bestuur. Een combinatie van beide rechtsvormen kan een oplossing bieden, maar resulteert ook in verhoogde complexiteit en een toename van administratieve lasten. Bovendien beschikt niet elke sociale onderneming over toegang tot juridisch advies. Een rechtsvorm specifiek voor sociale ondernemingen biedt mogelijk uitkomst. Waar in 2013 het wetsvoorstel maatschappelijke onderneming voor verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector nog sneuvelde wegens een gebrek aan draagkracht en inhoudelijke twistpunten, lijkt de politiek middels de initiatiefnota 'Ondernemen met een maatschappelijke missie' toch gehoor te willen geven aan de vraag vanuit sociale ondernemers naar een passende rechtsvorm. De vraag hoe een BVm er juridisch uit zou moeten zien is echter nog niet uitgekristalliseerd.

Om een eerste antwoord op deze vraag te verkrijgen, analyseerde en vergeleek ik in hoofdstuk 3 twee bestaande buitenlandse rechtsvormen voor sociale ondernemingen. Zo beleeft de recent geïntroduceerde benefit corporation binnen (en buiten) de Verenigde Staten een sterke groei. Volgens goed Amerikaans gebruik ligt de nadruk ook in de voor deze rechtsvorm ontworpen Modelwet op de belangen van de aandeelhouder en niet zozeer op andere stakeholders. Alleen voor aandeelhouders zijn er in het basismodel rechtsmiddelen beschikbaar ter protectie van hun belangen. Door de brede formulering is de Modelwet zeer flexibel, maar ook vatbaar voor *greenwashing*. Sterke punten zijn de bepalingen omtrent de sociale doelstelling van de onderneming, de geformuleerde voorbeelden van diverse groepen belanghebbenden en de eisen wat betreft verslaglegging en transparantie. De organisatie B Lab speelt bij de invulling van dit laatste punt een belangrijke rol. B Lab verschaft niet alleen kaders voor sociale ondernemers door het formuleren van toetsbare standaarden, maar fungeert tevens als toezichthouder. Het relatief open concept van de benefit corporation contrasteert enigszins met de tweede buitenlandse rechtsvorm: de Belgische VSO. Om als VSO te kunnen functioneren, dienden ondernemingen aan een strikte reeks cumulatieve voorwaarden te voldoen. Het is wel van belang op te merken dat de VSO specifiek is bedoeld voor ondernemingen binnen de semipublieke sector. De BVm is meer gericht op de private sector. Een opvallend aspect van de VSO was de verplichting om werknemers de mogelijkheid te geven tot actieve participatie binnen de onderneming.

middels het aankopen van aandelen. Dit vereiste is door de modernisering van het Belgische vennootschapsrecht inmiddels verdwenen. Er resteert anno 2019 slechts een uitgekleden variant van de VSO die alleen voor coöperatieve vennootschappen beschikbaar blijft. Daarmee vormt de VSO slechts beperkt een inspiratiebron voor de BVm.

In hoofdstuk 4 volgde een uitgebreide analyse van diverse aan de BVm gerelateerde vraagstukken. Ik besprak achtereenvolgens problematiek rondom de oprichtingsvereisten, de maatschappelijke doelstelling, dividendbeperkingen, de vertegenwoordiging van belanghebbenden, transparantie en verantwoording, rechtsmiddelen en waarborgen bij structuurwijzigingen. Over veel van deze vraagstukken bestaat nog geen overeenstemming wat betreft de nieuwe rechtsvorm. Zoals inmiddels duidelijk is, zijn er meerdere wegen die naar de BVm kunnen leiden. Desalniettemin formuleer ik hierna graag een aantal aanbevelingen naar aanleiding van de eerdere beschouwingen.

5.2 Aanbevelingen

Voor het formuleren van enkele concrete aanbevelingen keer ik wederom terug naar de hoofdvraag van dit onderzoek: in hoeverre vormt de BVm een noodzakelijke aanvulling op bestaande Nederlandse rechtsvormen en aan welke voorwaarden zou de BVm moeten voldoen?

Is er wel sprake van een noodzakelijke aanvulling? In het regeerakkoord ‘Vertrouwen in de toekomst’ van het kabinet Rutte III heeft de regering de intentie geuit om passende regels en meer ruimte te creëren voor ondernemingen met sociale of maatschappelijke doelen met behoud van een gelijk speelveld.³¹⁰ Er lijkt politieke consensus te bestaan over het idee dat het stimuleren van sociaal ondernemerschap wenselijk is.³¹¹ Wat daarvoor een geschikte methode is, blijft de vraag. Het is ten eerste een optie om bestaande wetgeving intact te laten en op een andere wijze te zorgen voor een positieve impuls aan sociale ondernemerschap. Denk aan een privaat keurmerk, betere informatieverschaffing over het onderwerp of een registratie bij de Kamer van Koophandel.³¹² Uit voorgaande hoofdstukken is immers gebleken dat sociale ondernemingen reeds met behulp van het huidige juridische instrumentarium kunnen opereren.³¹³ In het rapport sociaal ondernemerschap stelt men echter dat private initiatieven vatbaarder zijn voor misbruik en dat de Kamer van Koophandel mogelijk onvoldoende kennis en middelen in huis heeft voor een geloofwaardige toetsing van de structuur en het beleid van sociale ondernemingen. Het instellen van een onafhankelijke publieke toezichthouder zou soelaas kunnen bieden, maar resulteert ook in meer regulering en hogere kosten.³¹⁴ Een tweede optie is dan ook de introductie van (een variant op) de BVm. In mijn optiek zijn er voldoende argumenten aan te voeren die pleiten voor de introductie van een nieuwe modaliteit.³¹⁵ In lijn met de afspraken in het regeerakkoord kan de BVm allereerst zorgen voor een positieve impuls richting het sociaal ondernemerschap door het creëren van meer zichtbaarheid en mogelijkheden tot

³¹⁰ Rutte e.a. 2017 (*Regeerakkoord 2017: ‘Vertrouwen in de toekomst’*).

³¹¹ Zie eerste schriftelijke reacties en vragen binnen de commissie voor Economische Zaken en Klimaat: *Kamerstukken II* 2018/19, 35040, 3.

³¹² Bosma e.a. 2017, p. 47 (*Rapport sociaal ondernemerschap UU*).

³¹³ Dat neemt overigens niet weg dat er geen ruimte is voor verbetering, zie over de bestaande problematiek hoofdstuk 2.

³¹⁴ Bosma e.a. 2017, p. 47 (*Rapport sociaal ondernemerschap UU*).

³¹⁵ Wel merk ik op dat een belangrijke aanbeveling uit het rapport sociaal ondernemerschap luidt dat de regering alvorens een wetgevingsprocedure te starten eerst uitgebreider onderzoek dient te verrichten naar de bestaande vraag naar de BVm vanuit de praktijk.

(h)erkenning.³¹⁶ Daar lijkt vanuit de sector bovendien sterk behoefte aan.³¹⁷ Ten tweede resulteert de BVm voor een aantal sociale ondernemingen in een simplificatie van de huidige juridische constructie. Uit het rapport sociaal ondernemerschap blijkt dat een deel van de (kleinere) sociale ondernemingen op dit moment geen expertise in huis heeft of kan aantrekken om een passende rechtsvorm te realiseren.³¹⁸ In plaats van volledig op eigen initiatief na te moeten denken over een passende juridische structuur, biedt de wet sociale ondernemers met de BVm een relatief eenvoudig te implementeren basismodel. Middels de statuten kan de onderneming indien gewenst nadere invulling geven aan details. Een wettelijke verankering is ten derde, mits juist ingericht, veel minder vrijblijvend dan een privaat keurmerk. En daarmee voor externe belanghebbenden mogelijk betrouwbaarder. Ook is het eenvoudiger om (rechterlijke) waarborging te bieden binnen het bestaande rechtssysteem, bijvoorbeeld middels een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer. Er is dus in zeer strikte zin geen sprake van een noodzakelijke aanvulling, maar ik zie gegeven de huidige juridische context wel degelijk de toegevoegde waarde van de BVm voor de sociale ondernemer.

Aan welke voorwaarden zou de BVm vervolgens moeten voldoen? De onderzoekers van de Universiteit Utrecht adviseren om in het geval van een wetswijziging te kiezen voor een ‘BVm light’, met vier kenmerkende karakteristieken.

1) Bescherming maatschappelijke doelstelling

De BVm dient de *sociale of maatschappelijke* doelstelling statutair vast te leggen.³¹⁹ Daarnaast zou ik adviseren een verplichte rechterlijke machtiging in te stellen bij wijziging van deze doelstelling of een verzetsrecht toe te kennen aan belanghebbenden bij een wijziging van de doelstelling (zie §4.2.2).

2) Transparantie en verantwoording middels jaarverslag

In het jaarverslag dient de BVm naast financiële aspecten ook te behandelen in hoeverre en op welke wijze de maatschappelijke doelstelling is behaald. Daar is volgens de onderzoekers geen wetswijziging voor vereist, maar een verplichte code sociaal ondernemen of een AMvB kan hier volstaan.³²⁰ In mijn optiek zou een verplichting tot publicatie van een ‘maatschappelijk verslag’ door de BVm juist middels een eenvoudige aanpassing ingang kunnen vinden binnen het bestaande jaarrekeningenrecht. Nadere eisen aan het verslag kunnen vervolgens bij wet of statuten worden geregeld. Het is aan de wetgever om hier een keuze in te maken. Opties zijn er voldoende. Als verplicht onderdeel van het maatschappelijk verslag zou ik in ieder geval graag overwegingen aangaande het beleid rond de maatschappelijke doelstelling en een onderbouwd stakeholdersbeleid terugzien.

3) Openstellen enquêteprocedure externe belanghebbenden

Ook in het rapport sociaal ondernemerschap erkent men het belang van de betrokkenheid van stakeholders. De onderzoekers stellen dan ook voor om de enquêteprocedure open te stellen voor externe belanghebbenden met een aantoonbaar belang bij de realisatie van de maatschappelijke doelstelling van de BVm.³²¹ Ondanks het feit dat dit mogelijk resulteert in een zwaardere belasting van de Ondernemingskamer, acht ik dit een waardevolle aanbeveling. Zoals

³¹⁶ Rutte e.a. 2017 (*Regeerakkoord 2017: ‘Vertrouwen in de toekomst’*).

³¹⁷ Zie §2.3 en de Social Enterprise Monitor 2018.

³¹⁸ Bosma e.a. 2017, p. 6 (*Rapport sociaal ondernemerschap UU*).

³¹⁹ Bosma e.a. 2017, p. 48 (*Rapport sociaal ondernemerschap UU*).

³²⁰ Bosma e.a. 2017, p. 48, 56 (*Rapport sociaal ondernemerschap UU*).

³²¹ Bosma e.a. 2017, p. 48 (*Rapport sociaal ondernemerschap UU*).

eerder aangegeven kan dit middels een directe wijziging van art. 2:346 BW of indirecter door de BVm te verplichten om de enquêtebevoegdheid statutair toe te kennen aan een afgebakende groep belanghebbenden (zoals momenteel is geregeld in bepaalde sectorale regelingen). Zonder mogelijkheden tot toezicht en waarborging vormt het recht immers louter letters op papier.

4) Toetsing bij structuurwijziging

Tot slot adviseert men in het rapport om een rechterlijke toetsing in te stellen in het geval van een structuurwijziging. De onderzoekers verstaan daar fusies, splitsingen, omzettingen en ontbindingen onder, maar ook statutenwijzigingen. De vraag is in hoeverre het wenselijk is om voor iedere statutenwijziging een rechter te raadplegen (gelijk aan de huidige regeling voor de stichting conform art. 2:293 BW). Niet iedere statutenwijziging heeft invloed op de kern van de sociale onderneming. Zoals eerder gesteld ben ik wel voorstander van een rechterlijke machtiging bij omzetting van de statutair vastgelegde maatschappelijke doelstelling. In combinatie met een toetsing bij fusies, splitsingen en omzettingen naar een andere rechtsvorm lijkt me dat voldoende. Deze structuurwijzigingen kunnen er immers voor zorgen dat het opgebouwde kapitaal ten behoeve van de maatschappelijke doelstelling voor andere doeleinden wordt gebruikt.

Ik sluit me dus in grote lijnen aan bij de aanbevelingen wat betreft deze eerste vier punten. Bij een 'Bvm light' bepaalt de wet echter niets over een vermogens- of dividendklem, noch over de vertegenwoordiging van andere stakeholders dan de aandeelhouders. Daar is volgens de onderzoekers niet voor gekozen om te zorgen dat de BVm aantrekkelijk blijft voor een brede groep sociale ondernemingen.³²² Naar mijn mening is er wat betreft een verplichte (her)investering in de maatschappelijke doelstelling en aandacht voor belanghebbenden wel degelijk een rol weggelegd voor de wetgever, juist om recht te doen aan de specifieke identiteit van sociale ondernemingen. Mits op passende wijze geformuleerd, hoeven additionele wettelijke bepalingen niet te resulteren in een ernstige beperking van het aantal ondernemingen dat baat heeft bij een BVm. Uiteraard dient er voor een wetwijziging uiteindelijk voldoende politiek draagvlak te zijn. Los daarvan acht ik het wenselijk dat er binnen een eventuele wetgevingsprocedure aandacht en ruimte is voor een debat over de hierna beschreven punten.

5) Verplicht herinvesteren in de maatschappelijke doelstelling (koppeling jaarverslag)

Sociale ondernemingen hanteren een verdienmodel om zo een maatschappelijke doelstelling te kunnen verwezenlijken. Het lijkt dan ook vanzelfsprekend dat een BVm (een deel van de) eventuele winst herinvesteert in deze maatschappelijke doelstelling. Dat betekent dat dividend niet altijd automatisch of volledig naar aandeelhouders vloeit. De vraag is waar een eventuele grens dient te liggen en of dit een zaak is voor de wetgever. In lijn met andere auteurs erken ik dat het instellen van een vast percentage lastig is en mogelijk ontduiking in de hand werkt. Maar juist omdat de maatschappelijke doelstelling zo uitdrukkelijk ten grondslag ligt aan de sociale onderneming, acht ik het van belang dat de wetgever hier expliciet oog voor heeft. Ik stel daarom voor om voor de BVm wel degelijk een minimumpercentage van de winst vast te stellen dat dient te worden geherinvesteerd in de maatschappelijke doelstelling van de onderneming.

³²² Bosma e.a. 2017, p. 48 (*Rapport sociaal ondernemerschap UU*).

Er is nader onderzoek vereist om te bepalen wat dit percentage zou moeten zijn. Mogelijk kan men aansluiting zoeken bij het Engelse of Belgische model.

6) Verplicht statutair vastleggen rol belanghebbenden

In hoofdstuk 2 concludeerde ik, in tegenstelling tot de SER, dat het hanteren van een participatieve besluitvormingsstructuur een essentieel onderdeel is van de sociale onderneming. Het betrekken van andere belanghebbenden dan aandeelhouders is typerend voor sociale ondernemingen. Op welke wijze de BVm in de praktijk vormgeeft aan de participatie van in- en externe belanghebbenden, is sterk afhankelijk van de organisatie in kwestie. Ondernemers zitten bovendien niet te wachten op extra en overbodige regels. Desalniettemin dient de BVm in mijn optiek wel expliciet blijf te geven van het in acht nemen van de belangen van alle belanghebbenden. Daarom stel ik als laatste aanbeveling voor om de BVm te verplichten tot het jaarlijks opstellen van een onderbouwd stakeholdersbeleid als onderdeel van het eerder genoemde maatschappelijk verslag.

5.3 Conclusie

Bovenstaande leidt tot de conclusie dat de BVm in juridische zin weliswaar strikt genomen niet noodzakelijk is, maar wel toegevoegde waarde biedt ten opzichte van het huidige vennootschapsrecht. In lijn met het onderzoeksrapport sociaal ondernemerschap formuleerde ik een aantal aanbevelingen. Bij de invoering van een BVm is specifiek aandacht vereist voor een adequate vastlegging en waarborging van de maatschappelijke doelstelling. Ook ben ik voorstander van het verplicht herinvesteren van een bepaald percentage van de winst in deze doelstelling. Daarnaast is het invoeren van een maatschappelijk verslag van belang in het kader van optimale transparantie en verantwoording. Als onderdeel van dit verslag zou ik in ieder geval graag een onderbouwd stakeholdersbeleid zien om de participatieve besluitvormingscultuur van de sociale onderneming te waarborgen. Daar sluit het openstellen van de enquêteprocedure voor een bredere kring van belanghebbenden bij aan. Ten slotte dient men bedacht te zijn op mogelijk misbruik van de rechtsvorm. Ter voorkoming daarvan is een rechterlijke toets bij structuurwijzigingen wenselijk.

Over de exacte juridische vormgeving van de BVm kan men discussiëren. Het moge inmiddels duidelijk zijn dat er meerdere manieren zijn die naar een gewenste constructie kunnen leiden. Ook zijn er diverse opties aan bod gekomen die niet per definitie noodzakelijk zijn, maar wel smaakmakers kunnen vormen voor de BVm. Denk aan het definiëren van groepen belanghebbenden in de wet of het verankeren van de code sociaal ondernemen. In mijn optiek is het bij het wetgevingsproces vooral van belang dat het oorspronkelijke idee achter de sociale onderneming overeind blijft: het realiseren van een maatschappelijke doelstelling door middel van een verdienmodel. De wetgever moet daarbij een balans weten te vinden tussen vrij ondernemerschap enerzijds en eenduidige regels anderzijds. Op die manier kan Nederland voorop lopen in de ontwikkeling van sociaal ondernemerschap. Ook voor grotere ondernemingen, zoals het in de inleiding genoemde Unilever, is in mijn optiek een belangrijke voorbeeldfunctie weggelegd. Want wie weet is sociaal ondernemerschap over een eeuw de nieuwe standaard. De tijd zal het leren.

6. Literatuurlijst

Anheier & Seibel 1990

H.K. Anheier & W. Seibel, *The Third Sector: Comparative studies of nonprofit organizations*, New York: De Gruyter 1990.

Argyrou 2018

A. Argyrou, *Social enterprises in the EU: Law promoting stakeholder participation in social enterprises* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/Kroeze 2-I* 2015

M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verbrugh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I*. De rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Maeijer/Van Solinge en Nieuwe Weme 2-II* 2009

G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II*. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Rensen 2-III 2017

G.J.C. Rensen (m.m.v. J.M. Blanco Fernández), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen*, Deventer: Kluwer 2017.

Asser/Van Solinge en Nieuwe Weme 2-IIa 2013

G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIa. NV en BV. Oprichting, vermogen en aandelen*, Deventer: Kluwer 2013.

Borzaga & Defourny 2001

C. Borzaga & J. Defourny (red.), *The Emergence of Sociale Enterprise*, Londen: Routledge 2001.

Borzaga & Santuari 2001

C. Borzaga & A. Santuari, 'Italy: from Traditional Co-operatives to Innovative Social Enterprises', in: Borzaga & Defourny 2001, p. 166-181.

Boschma & Snijder-Kuijpers 2011

H.E. Boschma & Snijder-Kuijpers, 'De bescherming van het doelvermogen van de stichting en herstructurering', in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen & D.F.M.M. Zaman (red.), *De stichting. Kritische beschouwing over de wettelijke regeling van een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu 2011, p. 45-60.

Bosma e.a. 2017

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 Economische Zaken en Klimaat), Utrecht: 6 februari 2019.

Bowen 1953

H.R. Bowen, *The Social Responsibilities of the Businessman*, New York: Harper 1953.

Brakman Reiser, *Wake Forest Law Review* 2011, p. 591-626.

D. Brakman Reiser, 'Benefit Corporations – A Sustainable Form of Organization?' *Wake Forest Law Review*, (46) 2011, p. 591-626.

Buckens & Zwietering 2017

E. Buckens & H. Zwietering, *De romantiek voorbij. De noodzaak van marktontwikkeling voor marktontwikkeling voor sociale ondernemingen*, Amsterdam: ABN AMRO 2017 (online publiek).

Clark Jr. & Vranka, *Benefit Corp* 2013

W.H. Clark Jr. & L. Vranka, 'White paper. The need and rationale for the benefit corporation: why it is the legal form that best addresses the needs of social entrepreneurs, investors, and, ultimately, the public', *Benefit Corp* 18 januari 2013, beschikbaar op https://benefitcorp.net/sites/default/files/Benefit_Corporation_White_Paper.pdf

Coates, Van Steenberge & Denef 2008

A. Coates, J. van Steenberge & M. Denef, *Juridische aspecten eigen aan de ondernemingen in de sociale economie. Onderzoeksdeel 1: Onderzoek juridische statuten*, Antwerpen: Universiteit van Antwerpen, Steunpunt Werk en Sociale Economie 2008.

Coates & Van Opstal, *EMES Conference Papers Series* 2009, p. 1-57.

A. Coates & W. van Opstal, 'The Joys and Burdens of Multiple Legal Frameworks for Social Entrepreneurship – Lessons from the Belgian Case', *EMES Conference Papers Series* 2009, p. 1-57, beschikbaar op https://emes.net/content/uploads/publications/ECSP-T09-01_Coates-VanOpstal.pdf.

Coeckelbergh, Breesch & Van Merris 2001

D. Coeckelbergh, T. Breesch, P. van Merris, *Ondernemen met de vennootschap met sociaal oogmerk: juridisch, fiscaalrechtelijk, sociaalrechtelijk, financieel, subsidiematig, statistisch, kritisch en praktisch bekeken in historisch en toekomstperspectief*, Gent: Mys en Breesch 2001.

Dees, *Harvard Business Review* 1998, p. 55-67.

J.G. Dees, 'Enterprising non-profits', *Harvard Business Review* (76) 1998, p. 55-67.

Dees, *Society* 2007/3

J.G. Dees, 'Taking social entrepreneurship seriously', *Society* (44) 2007/3, p. 24-31.

Defourny 2001

J. Defourny, 'From Third Sector to Social Enterprise', in: Borzaga & Defourny 2001, p. 1-28.

Defourny & Nyssens 2006

J. Defourny & M. Nyssens, 'Defining Social Enterprise', in: M. Nyssens (red.), *Social Enterprise. At the crossroads of markets, public policies and civil society*, Londen: Routledge 2006, p. 1-26.

Defourny & Nyssens, *Social Enterprise Journal* 2008/4

J. Defourny & M. Nyssens, 'Social enterprise in Europe : recent trends and developments', *Social Enterprise Journal* (4) 2008/3, p. 202-228.

Defourny & Nyssens, *WP* 2012/3

J. Defourny & M. Nyssens, 'The EMES approach of social enterprise in a comparative perspective', *WP* (12) 2012/3 p. 3-44.

Delmas & Burbano *California Management Review* 2011/1

M.A. Delmas & V.C. Burbano, 'The drivers of greenwashing.', *California Management Review* (54) 2011/1, p. 64-87.

Demarsin & Pieters 2016

B. Demarsin & D. Pieters, *Rechtsvergelijking. De uitdagende wereld van het recht*, Den Haag: Acco 2018.

Denef, *Algemeen Fiscaal Tijdschrift* 1996/4-5

M. Denef, 'De vennootschap met een sociaal oogmerk: algemeen juridisch kader en fiscaal statuut', *Algemeen Fiscaal Tijdschrift* 1996/4-5, p. 153-169.

Denef 1996

M. Denef, 'De vennootschap met sociaal oogmerk', in: R. van Hecke & A. van Winckel (red.), *Rechtscompendium V.Z.W. en VSO*, Antwerpen: Kluwer (losbl.) 1996.

Denef 2004

M. Denef, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, Kalmthout: Biblo 2004.

Driessen, *NRC* 30 november 2018

C. Driessen, 'Was Polman zijn tijd ver vooruit met duurzaamheid bij Unilever?', *NRC* 30 november 2018.

Eijsbouts 2010

A.J.A.J. Eijsbouts, 'Elementaire beginselen van Maatschappelijke Verantwoord Ondernemerschap', in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2010-1), Deventer: Kluwer 2010.

Eindevaluatie SER-initiatief Internationaal Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen 2012

Eindevaluatie SER-initiatief Internationaal Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen (rapport van juni 2012), Den Haag: SER 2012.

Ernst 1996

P. Ernst, 'Vennootschap met sociaal oogmerk', in H. Braeckmans (red.), *Het gewijzigd vennootschapsrecht 1995*, Antwerpen: Maklu 1996.

Evers & Laville 2004

A. Evers & J. Laville, *The Third Sector in Europe*, Cheltenham: Edward Elgar 2004.

European Union/OECD 2013

European Union/OECD, *Policy Brief on Social Entrepreneurship. Entrepreneurial Activities in Europe*, Luxembourg: Publications Office of the European Union 2013. DOI: 10.2767/907963.

Van Gerven, Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht 1997, p. 352-366.

D. van Gerven, 'Vennootschappen met een sociaal oogmerk', *Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht* 1997, p. 352-366.

Helder, Onderneming en Financiering 2017/25

E.R. Helder, 'Een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming: hoever zijn we?', *Onderneming en Financiering* 2017/25, p. 81-89.

D'Herde, Corporate Finance Lab 19 oktober 2017

M. d'Herde, 'De vennootschap met sociaal oogmerk: zwart schaap of witte raaf?', *Corporate Finance Lab* 19 oktober 2017.

Hillen & Panhuijsen 2016

M. Hillen & S. Panhuijsen, *B.V.m. De sociale onderneming op weg naar het burgerlijk wetboek*, Social Enterprise NL 2016 (www.social-enterprise.nl).

Hillen, Panhuijsen & Verloop 2014

M. Hillen, S. Panhuijsen & W. Verloop, *Iedereen winst. Samen met de overheid naar een bloeiende social enterprise sector*, Social Enterprise NL 2014 (www.social-enterprise.nl).

De Jongh, Ondernemingsrecht 2018/121

J.M. de Jongh, 'Naar een nieuwe variant van de BV?', *Ondernemingsrecht* 2018/121, p. 708-716.

De Jongh, Schild & Timmerman 2010

J.M. de Jongh, A.J.P. Schild & L. Timmerman, 'Naar maatschappelijke varianten van de Rechtsvormen in Boek 2 BW?', in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2010-1), Deventer: Kluwer 2010.

Kamerbeek, Ondernemingsrecht 2012/57

S.P. Kamerbeek, 'De maatschappelijke onderneming naar Amerikaans model?', *Ondernemingsrecht* 2012/57, p. 300-306.

Koster 2018

H. Koster, *De Flex BV*, Deventer: Kluwer 2013.

Lutin & Boudewyn, Moore Stephens 28 september 2018

B. Lutin & C. Boudewyn, 'Help, mijn vennootschapsvorm bestaat binnenkort niet meer', *Moore Stephens* 28 september 2018.

Keizer e.a. 2016

Keizer e.a., *Scaling the impact of the social enterprise sector*, (onderzoeksrapport gepubliceerd op 1 november 2016). Amsterdam: McKinsey & Company 2016.

Maeijer 1964

J.M.M. Maeijer, *Het belangenconflict in de naamloze vennootschap* (oratie Nijmegen RU), Deventer: Kluwer 1964.

Melisse & Moratis, *BN DeStem* 3 januari 2019

F. Melisse & L. Moratis, 'Wat is de erfenis van Paul Polman (Unilever)?', *BN DeStem* 3 januari 2019.

Mendel 1989

M.M. Mendel, *Het vennootschappelijk belang, mede in concernverband beschouwd* (oratie LEI), Deventer: Kluwer 1989.

Niño, *Journal of Business & Economic Policy* 2015, p. 85-93.

A.C.S. Niño, 'Social Entrepreneurship and Corporate Social Responsibility: Differences and Points in Common', *Journal of Business & Economic Policy* (2) 2015, p. 85-93.

Orts, *Geo. Wash. L. Rev.* 1992/61

Eric W. Orts, 'Beyond Shareholders: Interpreting Corporate Constituency Statutes', *Geo. Wash. L. Rev.* (14) 1992/61, p. 23-26.

Plerhoples, *UC Davis Business Law Journal* 2014, p. 247-280.

A. Plerhoples, 'Delaware Public Benefit Corporation 90 Days Out: Who's Opting In?', *UC Davis Business Law Journal*, (14) 2014, p. 247-280.

Pijls, *Ondernemingsrecht* 2007/181

A.C.W. Pijls, 'De Belgische Vennootschap met Sociaal Oogmerk', *Ondernemingsrecht* 2007/181, p. 607-611.

***Policy Brief on Social Entrepreneurship* 2013**

Policy Brief on Social Entrepreneurship (Beleidsnota van de OECD), Luxemburg: Publications office of the European Union 2013.

Rensen, in: *T&C Burgerlijk Wetboek* 2019

G.J.C. Rensen, 'Commentaar op art. 2:53 BW', in H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2019 (boek en online).

Rensen, *Ondernemingsrecht* 2010/42

G.J.C. Rensen, 'De juridische inrichting van de maatschappelijke onderneming', *Ondernemingsrecht* 2010/42, p. 206-216.

Rikkert 2013

S. Rikkert, *Maatschappelijk verantwoord ondernemen 2.0: Bedrijven als bouwstenen voor een duurzame economie* (serie Globaliseringsreeks, deel 6), Amsterdam: NCDO 2013.

Rutte e.a. 2017

M. Rutte e.a., *Regeerakkoord 2017-2021. VVD, CDA, D66 en Christenunie. Vertrouwen in de toekomst*, 10 oktober 2017.

Van Schilfgaarde/Winter & Wezeman 2013

J. Winter & J.B. Wezeman, *Mr. P. van Schilfgaarde. Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2013.

Schmieman, in: *T&C Burgerlijk Wetboek* 2019

E. Schmieman, 'Commentaar op art. 2:285 BW', in H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2019 (boek en online).

Schulman, *Strauss Hauer and Feld LLP* 14 november 2013

S.H. Schulman, 'Delaware Public Benefit Corporations: A Brief Introduction', *Strauss Hauer and Feld LLP* 14 November 2013.

Selleslagh, *De Tijd* 4 maart 2019

D. Selleslagh, 'Dit verandert de nieuwe vennootschapswetgeving voor u', *De Tijd* 4 maart 2019.

Smit, *FD* 3 januari 2019

R. Smit, 'Multinationals vermommen zich als kleine merken', *FD* 3 januari 2019.

***Social enterprises* 2019**

Social enterprises, Luxemburg: Publications office of the European Union 2019, beschikbaar op https://ec.europa.eu/growth/sectors/social-economy/enterprises_en.

Sociale ondernemingen: een verkennend advies 2015

Sociale ondernemingen: een verkennend advies (advies van mei 2015, SER-advies 15/03 van mei 2015 aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), Den Haag: SER 2015.

Spanjersberg, *TvOB* 2019/1

M.J.S. Spanjersberg, 'De sociale onderneming: een kat die een hond wil zijn', *TvOB* 2019/1, p. 2-9.

Verloop, Hillen & Peeters 2018

W. Verloop, M. Hillen & K. Peeters, *Zaken die je raken*, Amsterdam: Business Contacts 2018.

Vos, *Volkskrant* 30 november 2018

C. Vos, 'Paul Polman heeft met zijn morele kompas wél duurzaamheid op de agenda van het bedrijfsleven gezet', *Volkskrant* 30 november 2018.

Woulfe, *CTNext* 7 november 2014

J. Woulfe, 'Connecticut Passes Benefit Corp. Legislation', *CTNext* 7 november 2014.

7. Jurisprudentielijst

Hoge Raad

HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0502, *NJ* 1992/438, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Astro Holding/Pierson, Heldring en Pierson*)

HR 16 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0716, *NJ* 1993/98, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Nagtegaal Westland / Utrecht Hypotheekbank*).

HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2144, *NJ* 1997/149 (*Playland/ Mr. S.*)

HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976 (*ASMI*)

HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799, *JOR* 2014/290, m.nt. R.G.J. de Haan (*Cancun*).

Michigan Supreme Court

Michigan Supreme Court (Verenigde Staten) 7 februari 1919, *Dodge v. Ford Motor Company* [1919] 204 Mich. 459, 170 N.W. 668.

Delaware Chancery Court

Delaware Chancery Court (Verenigde Staten) 9 september 2010, *eBay Domestic Holdings, Inc. v. Craig Newmark* [2010] C.A. No. 3705-CC.

8. Bijlagen

Bijlage 1 – Voorbeeld vragenlijst B Corporation



DISCLOSURE MATERIALS

Certified B Corporations must complete a Disclosure Questionnaire to identify potentially sensitive issues related to the company (e.g. historical fines, sanctions, material litigation, or sensitive industry practices).

This component does not affect the company's score on the B Impact Assessment. If the company answers affirmatively to any items in the Disclosure Questionnaire and B Lab deems them to be material, the company must:

- 1) Be transparent about the disclosure issues identified on the company's public B Impact Report
- 2) Describe how the company has addressed this issue.
- 3) Demonstrate that management systems are in place to avoid similar issues from arising in the future.

In all cases, the Standards Advisory council reserves the right to refuse certification if the company is ultimately deemed not to uphold the spirit of the community.

In addition to the voluntary indication of sensitive issues in the Disclosure Questionnaire, companies pursuing Certification also are subject to background checks by B Lab staff. Background checks include a review of public records, news sources, and search engines for company names, brands, executives/founders, and other relevant topics.

Sensitive issues identified through background checks may or may not be within the scope of questions in the Disclosure Questionnaire, but undergo the same review process and are subject to the same possible review by the Standards Advisory Council, including ineligibility for B Corp Certification, required remediation, or disclosure.

This document contains a copy of the company's completed Disclosure Questionnaire and related disclosure documentation provided by the company.



DISCLOSURE QUESTIONNAIRE

Company Name:
Date Submitted:

Industries & Products	Yes	No
Please indicate if the company is involved in production of or trade in any the following (check all that apply.)		
Any product or activity deemed illegal under host country laws or regulations		✓
Alcohol (excluding beer and wine)		✓
Commercial logging and logging equipment		✓
Firearms, weapons or munitions		✓
Genetically modified organisms		✓
Mining		
Nuclear Power		✓
Fossil fuel-based oil or coal utility		✓
Pornography		✓
Tobacco		✓
Wildlife or wildlife products regulated under the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES)		✓
Penalties, Fines & Sanctions	Yes	No
Please indicate if the company has had any formal complaint to a regulatory agency or been assessed any fine or sanction in the past five years for any of the following practices or policies (check all that apply.)		
Animal welfare		✓
Diversity and equal opportunity		✓
Employee safety or workplace conditions		✓
Environmental issues		✓
Financial reporting		✓
Geographic operations or international affairs		✓
Investments or Loans		
Labor issues (internal and supply chain)		✓
Marketing		✓
Political contributions		✓
Product safety		✓
Taxes		✓

Practices	True	False
Please indicate if the following statements are true regarding whether or not the company engages in the following practices (check all that apply.) If the statement is true, select "True." If false, select "False."		
Company is formally registered in accordance with domestic regulations	✓	
Company has not reduced or minimized taxes through the use of corporate shells or structural means	✓	
Company facilities are not located adjacent to or in sensitive ecosystems	✓	
No animal testing conducted	✓	
Company or company supplier does not employ workers under the age of 15 (or other minimum work age covered by the International Labour Organization Convention No. 138)	✓	
Overtime work for hourly workers is voluntary (not compulsory)	✓	
Company or company suppliers do not use any workers who are prisoners	✓	
Company allows workers to freely associate and to bargain collectively for the terms of one's employment	✓	
Outcomes	True	False
Please indicate if the following statements are true regarding if the company has experienced any of the following in the past 5 years (check all that apply.) If the statement is true, select "True." If false, select "False."		
Company and Significant Suppliers has not had an operational or on-the-job fatality	✓	
Company and Significant Suppliers' sites have not experienced any accidental discharges to air, land or water of hazardous substances	✓	
No construction nor operation of company facilities and Significant Suppliers' facilities have resulted in the relocation of any individuals or households near your facility	✓	
No material litigation against company	✓	
No material recalls due to quality control issues	✓	

Version of April 17, 2017

MODEL BENEFIT CORPORATION LEGISLATION

With Explanatory Comments¹

[*Chapter*] __

Benefit Corporations

[*Subchapter*]

1. Preliminary Provisions
2. Corporate Purposes
3. Accountability
4. Transparency

[*Subchapter*] 1

Preliminary Provisions

Section

101. Application and effect of [*chapter*].
102. Definitions.
103. Incorporation of benefit corporation.
104. Election of benefit corporation status.
105. Termination of benefit corporation status.

§ 101. Application and effect of [*chapter*].

(a) **General rule.** – This [*chapter*] shall be applicable to all benefit corporations.

(b) **Application of business corporation law generally.** – The existence of a provision of this [*chapter*] shall not of itself create an implication that a contrary or different rule of law is applicable to a business corporation that is not a benefit corporation. This [*chapter*] shall not affect a statute or rule of law that is applicable to a business corporation that is not a benefit corporation.

(c) Laws applicable. – Except as otherwise provided in this [chapter], [the enacting state’s business corporation law] shall be generally applicable to all benefit corporations. A benefit corporation may be subject simultaneously to this [chapter] and

¹ For a detailed discussion of the issues to be considered when preparing legislation for introduction in a state see Clark et al, *The Need and Rationale for the Benefit Corporation* (2011), available at www.benefitcorp.org. See generally, William H. Clark, Jr. and Elizabeth K. Babson, “How Benefit Corporations are Redefining the Purpose of Business Corporations,” 38 WM. MITCHELL L. REV. 817 (2012).

[cite any statutes that provide for the incorporation of a specific type of business corporation, such as a professional corporation or for-profit cooperative corporation]. The provisions of this [chapter] shall control over the provisions of [cite the business corporation law] [and] [cite the professional corporation, cooperative corporation and other relevant laws].

(d) Organic records. – A provision of the articles of incorporation or bylaws of a benefit corporation may not limit, be inconsistent with, or supersede a provision of this [chapter].

Comment:

This chapter authorizes the organization of a form of business corporation that offers entrepreneurs and investors the option to build, and invest in, a business that operates with a corporate purpose broader than maximizing shareholder value and that consciously undertakes a responsibility to maximize the benefits of its operations for all stakeholders, not just shareholders. Enforcement of that purpose and responsibility comes not from governmental oversight, but rather from new provisions on transparency and accountability included in this chapter.

The second sentence of subsection (c) makes clear that if a state provides for the incorporation of specialized types of business corporations, such as statutory close corporations, insurance corporations, for-profit cooperative corporations, or professional corporations, those corporations may also be benefit corporations. In the case of a professional corporation, section 201(e) provides a special rule that eliminates any conflict between this chapter and the requirement found in many professional corporation laws that limits the purposes or business of a professional corporation to providing a particular type of professional service.

As a result of subsection (d), a corporation that elects to be subject to this chapter will be subject to all of the provisions of the chapter and will not be able to vary their application to the corporation.

The term “benefit corporation” used in this section is defined in section 102.

§ 102. Definitions.

The following words and phrases when used in this [chapter] shall have the meanings given to them in this section unless the context clearly indicates otherwise:

“Benefit corporation.” A business corporation:

- (1) that has elected to become subject to this [*chapter*]; and
- (2) the status of which as a benefit corporation has not been terminated.

“Benefit director.” The director, if any, designated as the benefit director of a benefit corporation under section 302.

“Benefit enforcement proceeding.” A claim, action, or proceeding for:

- (1) failure of a benefit corporation to pursue or create general public benefit or a specific public benefit purpose set forth in its articles; or
- (2) violation of any obligation, duty, or standard of conduct under this [*chapter*].

“Benefit officer.” The individual, if any, designated as the benefit officer of a benefit corporation under section 304.

“General public benefit.” A material positive impact on society and the environment, taken as a whole, from the business and operations of a benefit corporation assessed taking into account the impacts of the benefit corporation as reported against a third-party standard.

“Independent.” Having no material relationship with a benefit corporation or a subsidiary of the benefit corporation. Serving as a benefit director or benefit officer does not make an individual not independent. A material relationship between an individual and a benefit corporation or any of its subsidiaries will be conclusively presumed to exist if any of the following apply:

- (1) The individual is, or has been within the last three years, an employee other than a benefit officer of the benefit corporation or a subsidiary.
- (2) An immediate family member of the individual is, or has been within the last three years, an executive officer other than a benefit officer of the benefit corporation or a subsidiary.
- (3) There is beneficial or record ownership of 5% or more of the outstanding shares of the benefit corporation, calculated as if all outstanding rights to acquire equity interests in the benefit corporation had been exercised, by:
 - (i) the individual; or
 - (ii) an entity:
 - (A) of which the individual is a director, an officer, or a manager;

or

(B) in which the individual owns beneficially or of record 5% or more of the outstanding equity interests, calculated as if all outstanding rights to acquire equity interests in the entity had been exercised.

“Minimum status vote.”

(1) In the case of a business corporation, in addition to any other required approval or vote, the satisfaction of the following conditions:

(i) The shareholders of every class or series shall be entitled to vote as a [*separate voting group*] [*class*] on the corporate action regardless of a limitation stated in the articles of incorporation or bylaws on the voting rights of any class or series.

(ii) The corporate action must be approved by the affirmative vote of the shareholders of each class or series entitled to cast at least two-thirds of the votes that all shareholders of the class or series are entitled to cast on the action.

[(2) In the case of a domestic entity other than a business corporation, in addition to any other required approval, vote, or consent, the satisfaction of the following conditions:

(i) The holders of every class or series of equity interest in the entity that are entitled to receive a distribution of any kind from the entity shall be entitled to vote on or consent to the action regardless of any otherwise applicable limitation on the voting or consent rights of any class or series.

(ii) The action must be approved by the affirmative vote or consent of the holders described in subparagraph (i) entitled to cast at least two-thirds of the votes or consents that all of those holders are entitled to cast on the action.]

“Specific public benefit.” Includes:

(1) providing low-income or underserved individuals or communities with beneficial products or services;

(2) promoting economic opportunity for individuals or communities beyond the creation of jobs in the normal course of business;

(3) protecting or restoring the environment;

(4) improving human health;

(5) promoting the arts, sciences, or advancement of knowledge;

(6) increasing the flow of capital to entities with a purpose to benefit society or the environment; and

(7) conferring any other particular benefit on society or the environment.

“Subsidiary.” In relation to a person, an entity in which the person owns beneficially or of record 50% or more of the outstanding equity interests, calculated as if all outstanding rights to acquire equity interests in the entity had been exercised.

“Third-party standard.” A recognized standard for reporting overall social and environmental performance of a business that is:

(1) Comprehensive because it assesses the effects of the business and its operations upon the interests listed in section 301(a)(1)(ii), (iii), (iv) and (v).

(2) Developed by an entity that is not controlled by the benefit corporation.

(3) Credible because it is developed by an entity that both:

(i) has access to necessary expertise to assess overall corporate social and environmental performance; and

(ii) uses a balanced multistakeholder approach to develop the standard, including a reasonable public comment period.

(4) Transparent because the following information is publicly available:

(i) About the standard:

(A) The criteria considered when measuring the overall social and environmental performance of a business.

(B) The relative weightings, if any, of those criteria.

(ii) About the development and revision of the standard:

(A) The identity of the directors, officers, material owners, and the governing body of the entity that developed and controls revisions to the standard.

(B) The process by which revisions to the standard and changes to the membership of the governing body are made.

(C) An accounting of the revenue and sources of financial support for the entity, with sufficient detail to disclose any relationships that could reasonably be considered to present a potential conflict of interest.

Comment:

“Benefit corporation.” The provisions of this chapter apply to a business corporation while it has the status of a benefit corporation because its articles contain a statement that it is a benefit corporation. If that statement is deleted as provided in section 105, the corporation will cease to be a benefit corporation immediately upon the effectiveness of the deletion.

“Benefit enforcement proceeding.” This definition not only describes the action that may be brought under section 305, but it also has the effect of excluding other actions against a benefit corporation and its directors and officers because section 305(a) provides that no person may bring an action or assert a claim with respect to violation of the provisions of this chapter except in a benefit enforcement proceeding.

The obligations that may be enforced through a benefit enforcement proceeding include the obligations of a benefit corporation under section 402(b) to post its benefit reports on its Internet website and to supply copies of its benefit report if it does not have an Internet website. In the case of a failure to provide a copy of a benefit report, a benefit enforcement proceeding to enforce that obligation may only be brought by the persons listed in section 305 and not by the person requesting the copy of the report unless the person otherwise has standing under section 305.

“General public benefit.” By requiring that the impact of a business on society and the environment be looked at “as a whole,” the concept of general public benefit requires consideration of all of the effects of the business on society and the environment. What is involved in creating general public benefit is informed by section 301(a) which lists the specific interests and factors that the directors of a benefit corporation are required to consider.

“Minimum status vote.” An amendment of the articles or a fundamental change that has the effect of changing the status of a corporation so that it either becomes a benefit corporation or ceases to be a benefit corporation must be approved by the minimum status vote. *See* sections 104 and 105. The purpose of requiring a two-thirds vote under this chapter is to ensure that there is broad shareholder support for an action. This definition will not be needed in states that require a supermajority vote of two-thirds or more for amendments of the articles or fundamental changes.

The second paragraph of the definition extends its policy to other forms of entities so that, for example, a merger of a limited liability company into a benefit corporation must be approved by the members of the limited liability company by at least a two-thirds vote. The second paragraph should be omitted by those states that require a supermajority vote of two-thirds or more by the owners of an unincorporated entity to approve a fundamental change. *See, e.g.,* Uniform Limited Liability Company Act (2006) (Last Amended 2013) § 1023, which requires a unanimous vote by the members of a limited liability company to approve a merger.

The two-thirds vote required by the definition is in addition to any other vote required in the case of any particular corporation or other form of entity. If the articles of a

corporation were to require, for example, an 80% supermajority vote to approve a merger, a 70% vote to approve a merger of the corporation into a benefit corporation would be sufficient to satisfy the requirement that the merger be approved by the minimum status vote but would not be sufficient for valid approval of the merger.

“Specific public benefit.” Every benefit corporation has the purpose under section 201(a) of creating general public benefit. A benefit corporation may also elect to pursue one or more specific public benefit purposes. Since the creation of specific public benefit is optional, paragraph (7) of this definition permits a benefit corporation to identify a specific public benefit that is different from those listed in paragraphs (1) through (6).

“Third-party standard.” The requirement in section 401 that a benefit corporation prepare an annual benefit report that assesses its performance in creating general public benefit against a third-party standard provides an important protection against the abuse of benefit corporation status. The performance of a regular business corporation is measured by the financial statements that the corporation prepares. But the performance of a benefit corporation in creating general or specific public benefit will not be readily apparent from those financial statements. The annual benefit report is intended to permit an evaluation of that performance so that the shareholders can judge how the directors have discharged their responsibility to manage the corporation and thus whether the directors should be retained in office or the shareholders should take other action to change the way the corporation is managed. The annual benefit report is also intended to reduce “greenwashing” (the phenomenon of businesses seeking to portray themselves as being more environmentally and socially responsible than they actually are) by giving consumers and the general public a means of judging whether a business is living up to its claimed status as a benefit corporation.

The financial support that must be disclosed by an organization if it wishes to make available a third party standard should include investment income, grants, and other types of support in addition to revenue it receives from its operations.

§ 103. Incorporation of benefit corporation.

A benefit corporation shall be incorporated in accordance with [*cite incorporation provisions of the business corporation law*], but its articles of incorporation must also state that it is a benefit corporation.

Comment:

This section provides for how a corporation that is being newly formed may elect to be a benefit corporation. Existing corporations may become benefit corporations in the manner provided in section 104.

This chapter only applies to domestic business corporations. A foreign business corporation that has a status in its home jurisdiction similar to the status of a benefit corporation under this chapter is not subject to this chapter and has the status simply of a foreign business corporation for purposes of the state’s business corporation law.

The term “benefit corporation” used in this section is defined in section 102.

§ 104. Election of benefit corporation status.

(a) Amendment. – An existing business corporation may become a benefit corporation under this [chapter] by amending its articles of incorporation so that they contain, in addition to the requirements of [cite section of the business corporation law on the required contents of articles of incorporation], a statement that the corporation is a benefit corporation. In order to be effective, the amendment must be adopted by at least the minimum status vote.

(b) Fundamental transactions. –

(1) Except as provided in paragraph (2), if a domestic entity that is not a benefit corporation is a party to a merger[, consolidation, or conversion] [or the exchanging entity in a share exchange] and the surviving[, new, or resulting] entity in the merger, [consolidation, conversion, or share exchange] is to be a benefit corporation, the [plan of] merger[, consolidation, conversion, or share exchange] must be [adopted] [approved] by the domestic entity by at least the minimum status vote.

(2) Paragraph (1) does not apply in the case of a corporation that is a party to a merger if the shareholders of the corporation are not entitled to vote on the merger pursuant to [cite section of the business corporation law authorizing “short form” mergers].

Comment:

This section provides the procedures for an existing corporation to become a benefit corporation. A corporation that is being newly formed may become a benefit corporation in the manner provided in section 103. Subsection (a) applies to a business corporation that is directly electing to be a benefit corporation by amending its articles of incorporation. Subsection (b) applies when a corporation is becoming a benefit corporation indirectly in the context of a fundamental transaction. In both cases, the change to benefit corporation status must be approved by at least the minimum status vote.

Subsection (b) also applies to a domestic entity that is not a corporation when the entity is a party to a transaction that will result in a benefit corporation. In those situations, a supermajority vote of the owners of the entity is required by subsection (b).

See section 201(d) with respect to changing the identification of a specific public benefit that it is the purpose of a benefit corporation to pursue.

The following terms used in this section are defined in section 102:

“benefit corporation”
“minimum status vote”

§ 105. Termination of benefit corporation status.

(a) Amendment. – A benefit corporation may terminate its status as such and cease to be subject to this [chapter] by amending its articles of incorporation to delete the provision required by section 103 or 104 to be stated in the articles of a benefit corporation. In order to be effective, the amendment must be adopted by at least the minimum status vote.

(b) Fundamental transactions. –

(1) Except as provided in paragraph (2), if a [plan of] merger[, consolidation, conversion, or share exchange] would have the effect of terminating the status of a business corporation as a benefit corporation, the [plan] [transaction] must be adopted by at least the minimum status vote in order to be effective.

(2) Paragraph (1) does not apply in the case of a corporation that is a party to a merger if the shareholders of the corporation are not entitled to vote on the merger pursuant to [cite section of the business corporation law authorizing “short form” mergers].

(3) Any sale, lease, exchange, or other disposition of all or substantially all of the assets of a benefit corporation, unless the transaction is in the usual and regular course of business, shall not be effective unless the transaction is approved by at least the minimum status vote.

Comment:

This section provides the procedures for a benefit corporation to terminate voluntarily its status as a benefit corporation. As with an election of benefit corporation status under section 104, the termination may be accomplished either directly by an amendment of the articles or indirectly through a fundamental transaction.

Subsection (b)(3) provides a special rule for a sale of all or substantially all of the assets of a benefit corporation. Such a transaction will not result in a termination of the status of the corporation as a benefit corporation, but will have effectively the same result since it will terminate the operations of the business. Thus it was considered appropriate to require approval of a sale of assets by the minimum status vote. Whether a sale of assets is in the usual and regular course will be determined under the same standards as apply to that question under the state’s business corporation law. *See, e.g.,* Model Business Corporation Act §§ 12.01 and 12.02.

The following terms used in this section are defined in section 102:

“benefit corporation”

“minimum status vote”

Subchapter 2 Corporate Purposes

Section

201. Corporate purposes.

§ 201. Corporate purposes.

(a) **General public benefit purpose.** – A benefit corporation shall have a purpose of creating general public benefit. This purpose is in addition to its purpose under [*cite section of the business corporation law on the purpose of business corporations*].

(b) **Optional specific public benefit purpose.** – The articles of incorporation of a benefit corporation may identify one or more specific public benefits that it is the purpose of the benefit corporation to create in addition to its purposes under [*cite section of the business corporation law on the purpose of business corporations*] and subsection (a). The identification of a specific public benefit under this subsection does not limit the purpose of a benefit corporation to create general public benefit under subsection (a).

(c) **Effect of purposes.** – The creation of general public benefit and specific public benefit under subsections (a) and (b) is in the best interests of the benefit corporation.

(d) **Amendment.** – A benefit corporation may amend its articles of incorporation to add, amend, or delete the identification of a specific public benefit that it is the purpose of the benefit corporation to create. In order to be effective, the amendment must be adopted by at least the minimum status vote.

(e) **Professional corporations.** – A professional corporation that is a benefit corporation does not violate [*cite section of professional corporation law, if any, that restricts the business in which a professional corporation may engage*] by having the purpose to create general public benefit or a specific public benefit.

Comment:

Every benefit corporation has the corporate purpose of creating general public benefit. A benefit corporation may also elect to pursue specific public benefits under subsection (b).

Subsection (c) confirms that pursuing general and specific public benefit is in the best interests of the benefit corporation. Because the basic duty of a director is to act in a manner that the director reasonably believes to be in the best interests of the corporation, decisions by the board of directors that promote the creation of general or specific public benefit will satisfy the requirement to act in the best interests of the corporation. If an ordinary business corporation includes in its articles of incorporation a statement of a specific purpose, it is by definition in the best interests of the corporation for the directors to pursue that purpose. Thus the rule in subsection (c) would be the case in any event with respect to specific public benefit purposes, but specific public benefits have been referred to expressly in subsection (c)

to avoid the confusion that might result if subsection (c) only referred to the creation of general public benefit.

Some professional corporation statutes provide that a professional corporation may not engage in any business other than rendering the professional service for which it was specifically incorporated. Subsection (e) makes clear that such a limitation will not interfere with a professional corporation electing to be a benefit corporation. In such a case, the professional corporation (such as a law firm, accounting firm, or medical practice) will be limited to providing the professional services for which it was incorporated, but it will be able to provide those services in a manner that creates general public benefit or a specific public benefit (for example, a medical practice that focuses on providing care for low-income individuals).

The following terms used in this section are defined in section 102:

“benefit corporation”
 “general public benefit”
 “minimum status vote”
 “specific public benefit”

Subchapter 3 Accountability

Section

- 301. Standard of conduct for directors.
- 302. Benefit director.
- 303. Standard of conduct for officers.
- 304. Benefit officer.
- 305. Right of action.

§ 301. Standard of conduct for directors.

(a) **Consideration of interests.** – In discharging the duties of their respective positions and in considering the best interests of the benefit corporation, the board of directors, committees of the board, and individual directors of a benefit corporation:

- (1) shall consider the effects of any action or inaction upon:
 - (i) the shareholders of the benefit corporation;
 - (ii) the employees and work force of the benefit corporation, its subsidiaries, and its suppliers;
 - (iii) the interests of customers as beneficiaries of the general public benefit or a specific public benefit purpose of the benefit corporation;
 - (iv) community and societal factors, including those of each community

in which offices or facilities of the benefit corporation, its subsidiaries, or its suppliers are located;

(v) the local and global environment;

(vi) the short-term and long-term interests of the benefit corporation, including benefits that may accrue to the benefit corporation from its long-term plans and the possibility that these interests may be best served by the continued independence of the benefit corporation; and

(vii) the ability of the benefit corporation to accomplish its general public benefit purpose and any specific public benefit purpose; and

(2) may consider:

[(i) the interests referred to in [cite constituencies provision of the business corporation law if it refers to constituencies not listed above]; and

(ii)] other pertinent factors or the interests of any other group that they deem appropriate; but

(3) need not give priority to a particular interest or factor referred to in paragraph (1) or (2) over any other interest or factor unless the benefit corporation has stated in its articles of incorporation its intention to give priority to certain interests or factors related to the accomplishment of its general public benefit purpose or of a specific public benefit purpose identified in its articles.

(b) Coordination with other provisions of law. –The consideration of interests and factors in the manner provided by subsection (a)[:

(1)] does not constitute a violation of [cite provision of the business corporation law on the duties of directors generally] [; and

(2) is in addition to the ability of directors to consider interests and factors as provided in [cite constituencies provision of the business corporation law]].

(c) Exoneration from personal liability. – Except as provided in the *[articles of incorporation] [bylaws]*, a director is not personally liable for monetary damages for:

(1) any action or inaction in the course of performing the duties of a director under subsection (a) if the director was not interested with respect to the action or inaction; or

(2) failure of the benefit corporation to pursue or create general public benefit or specific public benefit.

(d) Limitation on standing. – A director does not have a duty to a person that is a beneficiary of the general public benefit purpose or a specific public benefit purpose of a benefit corporation arising from the status of the person as a beneficiary.

(e) Business judgments. – A director who makes a business judgment in good faith fulfills the duty under this section if the director:

- (1) is not interested in the subject of the business judgment;
- (2) is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and
- (3) rationally believes that the business judgment is in the best interests of the benefit corporation.

Comment:

This section is at the heart of what it means to be a benefit corporation. By requiring the consideration of interests of constituencies other than the shareholders, the section rejects the holdings in *Dodge v. Ford*, 170 N.W. 668 (Mich. 1919), and *eBay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark*, 16 A.3d 1 (Del. Ch. 2010), that directors must maximize the financial value of a corporation.

In a state that has adopted a “constituency statute,” directors are authorized to consider the interests of corporate constituencies other than the shareholders, but the directors are not *required* to do so. Subsection (a) makes it mandatory for the directors of a benefit corporation to consider the interests and factors that they would otherwise simply be permitted to consider in their discretion under the typical constituency statute.

Subsection (d) negates any enforceable duty of directors to non-shareholder constituents. *But see* section 305(b) which permits a benefit corporation to provide in its articles that an identified category of persons may bring a benefit enforcement proceeding. If a benefit corporation were to do so, the identified non-shareholder constituents would be able to allege a breach of duty by the directors under this chapter for failing to pursue or create general or specific public benefit, but subsection (d) would prevent those constituents from alleging a breach of duty to them.

Subsection (e) confirms that the business judgment rule applies to actions by directors under this section. The formulation of the rule is patterned after American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations § 4.01(c). If the law of the enacting state is not clear that the business judgment rule applies generally to actions by directors of corporations that are not business corporations, consideration should be given to confirming that the rule applies more broadly than just under this chapter. The best interests of the corporation referred to in subsection (e)(3) include the creation of general public benefit and specific public benefit as provided in section 201(c) and the determination of what is in the best interests of the benefit corporation requires consideration of the interests and factors listed in subsection (a).

The following terms used in this section are defined in section 102:

“benefit corporation”
 “general public benefit”
 “specific public benefit”
 “subsidiary”

§ 302. Benefit director.

(a) **General rule.** – The board of directors of a benefit corporation may include a director who:

(1) is designated the benefit director; and

(2) has, in addition to the powers, duties, rights, and immunities of the other directors of the benefit corporation, the powers, duties, rights, and immunities provided in this [*chapter*].

(b) **Election, removal, and qualifications.** – A benefit director shall be elected, and may be removed, in the manner provided by [*cite provisions of the business corporation law on the election and removal of directors generally*]. [*Except as provided in subsection (f),*] a benefit director shall be an individual who is independent. A benefit director may serve as the benefit officer at the same time as serving as the benefit director. The articles of incorporation or bylaws of a benefit corporation may prescribe additional qualifications of a benefit director not inconsistent with this subsection.

(c) **Annual compliance statement.** – The benefit director shall prepare, and the benefit corporation shall include in the annual benefit report to shareholders required by section 401, a report from the benefit director on all of the following:

(1) Whether the benefit corporation acted in accordance with its general public benefit purpose and any specific public benefit purpose in all material respects during the period covered by the report.

(2) Whether the directors and officers complied with sections 301(a) and 303(a), respectively.

(3) If the benefit director believes that the benefit corporation or its directors or officers failed to act or comply in the manner described in paragraphs (1) and (2), a description of the ways in which the benefit corporation or its directors or officers failed to act or comply.

(d) **Status of actions.** – The act or inaction of an individual in the capacity of a benefit director shall constitute for all purposes an act or inaction of that individual in the capacity of a director of the benefit corporation.

(e) Exoneration from personal liability. – Regardless of whether the articles of incorporation or bylaws of a benefit corporation include a provision eliminating or limiting the personal liability of directors authorized by [*cite section of the business corporation law permitting exoneration of directors*], a benefit director shall not be personally liable for an act or omission in the capacity of a benefit director unless the act or omission constitutes self-dealing, willful misconduct, or a knowing violation of law.

[(f) Professional Corporations. – *The benefit director of a professional corporation does not need to be independent.*]

Comment:

The designation of a benefit director is optional. But if a benefit director is designated, one of the duties of that director will be to prepare the annual compliance statement required by subsection (c).

The statement of the benefit director required by subsection (c) is an important part of the transparency required under this chapter. The perspective of the benefit director on whether the corporation has been successful in pursuing its general and any named specific public benefit purpose will be an important source of information for the shareholders as to whether the directors have adequately discharged their stewardship of the benefit corporation and its resources.

Subsection (d) makes clear that the actions of a benefit director are actions of a director of the benefit corporation and are subject to the same standards as actions of directors generally.

The wording of subsection (e) should be conformed to the provision of the state's business corporation law that permits the shareholders to adopt a provision of the articles of incorporation or bylaws exonerating directors from liability for breach of duty. But unlike existing exoneration provisions, subsection (e) does not require the benefit corporation to adopt an implementing provision in the articles or bylaws. Instead the liability shield provided by subsection (e) automatically applies to all benefit directors.

The following terms used in this section are defined in section 102:

- “benefit corporation”
- “benefit director”
- “benefit officer”
- “general public benefit”
- “independent”
- “publicly traded corporation”
- “specific public benefit”

§ 303. Standard of conduct for officers.

(a) **General rule.** – Each officer of a benefit corporation shall consider the interests and factors described in section 301(a)(1) in the manner provided in section 301(a)(3) if:

(1) the officer has discretion to act with respect to a matter; and

(2) it reasonably appears to the officer that the matter may have a material effect on the creation by the benefit corporation of general public benefit or a specific public benefit identified in the articles of incorporation of the benefit corporation.

(b) **Coordination with other provisions of law.** – The consideration of interests and factors in the manner provided in subsection (a) shall not constitute a violation of [*cite provision, if any, of the business corporation law on the duties of officers*] [*the duties of an officer*].

(c) **Exoneration from personal liability.** – Except as provided in the [*articles of incorporation*] [*bylaws*], an officer is not personally liable for monetary damages for:

(1) an action or inaction as an officer in the course of performing the duties of an officer under subsection (a) if the officer was not interested with respect to the action or inaction; or

(2) failure of the benefit corporation to pursue or create general public benefit or specific public benefit.

(d) **Limitation on standing.** – An officer does not have a duty to a person that is a beneficiary of the general public benefit purpose or a specific public benefit purpose of a benefit corporation arising from the status of the person as a beneficiary.

(e) **Business judgments.** – An officer who makes a business judgment in good faith fulfills the duty under this section if the officer:

(1) is not interested in the subject of the business judgment;

(2) is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and

(3) rationally believes that the business judgment is in the best interests of the benefit corporation.

Comment:

As an agent of the corporation, an officer is generally required to follow the instructions of his or her principal. But in those instances where an officer has discretion to act with a

respect to a matter, subsection (a) requires the officer to consider the interests of the benefit corporation's constituencies in the same manner as required of the directors by section 301.

This section applies to all of the officers of a benefit corporation and is not limited just to the benefit officer, if any, of the benefit corporation.

Subsection (c) provides an exoneration from personal liability for officers similar to the exoneration provided for directors. If the law of the enacting state is not clear that officers can be exonerated in the same manner as directors, consideration should be given to confirming that officers of business corporations that are not benefit corporations may be exonerated. *See also* the Comment to section 301(d) with respect to subsection (d).

Subsection (e) confirms that the business judgment rule applies to actions by officers under this section. The formulation of the rule is patterned after American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations § 4.01(c). If the law of the enacting state is not clear that the business judgment rule applies generally to actions by officers of corporations, consideration should be given to confirming that the rule applies more broadly than just under this chapter. The best interests of the corporation referred to in subsection (e)(3) include the creation of general public benefit and specific public benefit under section 201(c) and the determination of what is in the best interests of the benefit corporation requires consideration of the interests and factors listed in section 301(a) (as provided by subsection (a)).

The following terms used in this section are defined in section 102:

“benefit corporation”
 “benefit officer”
 “general public benefit”
 “specific public benefit”

§ 304. Benefit officer.

(a) Designation. – A benefit corporation may have an officer designated the benefit officer.

(b) Functions. – A benefit officer shall have:

(1) the powers and duties relating to the purpose of the corporation to create general public benefit or specific public benefit provided:

(i) by the bylaws; or

(ii) absent controlling provisions in the bylaws, by resolution or order of the board of directors.

(2) the duty to prepare the benefit report required by section 401.

Comment:

The designation of a benefit officer is optional. But if a benefit officer is designated, one of the duties of that officer will be to prepare the annual benefit report required by section 401.

The following terms used in this section are defined in section 102:

“benefit corporation”
 “benefit officer”
 “general public benefit”
 “specific public benefit”

§ 305. Right of action.

(a) **General rule.** – Except in a benefit enforcement proceeding, no person may bring an action or assert a claim with respect to:

(1) failure of a benefit corporation to pursue or create general public benefit or a specific public benefit set forth in its articles of incorporation; or

(2) violation of an obligation, duty, or standard of conduct under this [*chapter*].

(b) **Limitation on liability of corporation.** – A benefit corporation shall not be liable for monetary damages under this [*chapter*] for any failure of the benefit corporation to pursue or create general public benefit or a specific public benefit.

(c) **Standing.** – A benefit enforcement proceeding may be commenced or maintained only:

(1) directly by the benefit corporation; or

(2) derivatively [*in accordance with [cite sections of business corporation law on derivative suits]*] by:

(i) a person or group of persons that owned beneficially or of record at least 2% of the total number of shares of a class or series outstanding at the time of the act or omission complained of; or

(ii) a person or group of persons that owned beneficially or of record 5% or more of the outstanding equity interests

in an entity of which the benefit corporation is a subsidiary at the time of the act or omission complained of.

(d) Beneficial ownership. – For purposes of this section, a person is the beneficial owner of shares or equity interests if the shares or equity interests are held in a voting trust or by a nominee on behalf of the beneficial owner.

Comment:

This section limits actions to enforce this chapter just to suits against the directors, but it broadens the categories of persons that can bring a derivative suit to include 5% owners of a parent entity of a benefit corporation. To reduce the possibility of nuisance suits, a shareholder or group of shareholders bringing a derivative suit must own at least 2% of the outstanding shares of the benefit corporation.

This section only applies to actions or claims arising under this chapter. Lawsuits for breaches of duty arising outside of this chapter, or for breach of contract by directors, officers, or the benefit corporation are not subject to this section.

The following terms used in this section are defined in section 102:

“benefit corporation”
 “benefit enforcement proceeding”
 “general public benefit”
 “specific public benefit”
 “subsidiary”

Subchapter 4 Transparency

Section

401. Preparation of annual benefit report.

402. Availability of annual benefit report.

§ 401. Preparation of annual benefit report.

(a) Contents. – A benefit corporation shall prepare an annual benefit report including all of the following:

(1) A narrative description of:

(i) The ways in which the benefit corporation pursued general public benefit during the year and the extent to which general public benefit was created.

(ii) Both:

(A) the ways in which the benefit corporation pursued a specific

public benefit that the articles of incorporation state it is the purpose of the benefit corporation to create; and

(B) the extent to which that specific public benefit was created.

(iii) Any circumstances that have hindered the creation by the benefit corporation of general public benefit or specific public benefit.

(iv) The process and rationale for selecting or changing the third-party standard used to prepare the benefit report.

(2) An assessment of the overall social and environmental performance of the benefit corporation determined taking into account the impacts of the benefit corporation reported against a third-party standard:

(i) applied consistently with any application of that standard in prior benefit reports; or

(ii) accompanied by an explanation of the reasons for:

(A) any inconsistent application; or

(B) the change to that standard from the one used in the immediately prior report.

(3) The name of the benefit director and the benefit officer, if any, and the address to which correspondence to each of them may be directed.

(4) The compensation paid by the benefit corporation during the year to each director in the capacity of a director.

(5) The statement of the benefit director described in section 302(c).

(6) A statement of any connection between the organization that established the third-party standard, or its directors, officers or any holder of 5% or more of the governance interests in the organization, and the benefit corporation or its directors, officers or any holder of 5% or more of the outstanding shares of the benefit corporation, including any financial or governance relationship which might materially affect the credibility of the use of the third-party standard.

(b) Change of benefit director. – If, during the year covered by a benefit report, a benefit director resigned from or refused to stand for reelection to the position of benefit director, or was removed from the position of benefit director, and the benefit director furnished the benefit corporation with any written correspondence concerning the circumstances surrounding the resignation, refusal, or removal, the benefit report shall include that correspondence as an exhibit.

(c) Audit not required. – Neither the benefit report nor the assessment of the performance of the benefit corporation in the benefit report required by subsection (a)(2) needs to be audited or certified by a third party.

Comment:

A benefit corporation may change from year to year the standard it uses under subsection (a)(2) for assessing its performance. But if a benefit corporation uses the same standard for assessing its performance in more than one year, the standard must either be applied consistently or the benefit corporation must provide an explanation of the reasons for any inconsistent use of the standard.

Subsection (b) is patterned after Item 5.02(a)(2) of Form 8-K under the Securities Exchange Act of 1934.

The following terms used in this section are defined in section 102:

“benefit corporation”
 “benefit director”
 “general public benefit”
 “specific public benefit”
 “third-party standard”

§ 402. Availability of annual benefit report.

(a) Timing of report. – A benefit corporation shall send its annual benefit report to each shareholder on the earlier of:

- (1) 120 days following the end of the fiscal year of the benefit corporation; or
- (2) the same time that the benefit corporation delivers any other annual report to its shareholders.

(b) Internet website posting. – A benefit corporation shall post all of its benefit reports on the public portion of its Internet website, if any; but the compensation paid to directors and financial or proprietary information included in the benefit reports may be omitted from the benefit reports as posted.

(c) Availability of copies. – If a benefit corporation does not have an Internet website, the benefit corporation shall provide a copy of its most recent benefit report, without charge, to any person that requests a copy, but the compensation paid to directors and financial or proprietary information included in the benefit report may be omitted from the copy of the benefit report provided.

(d) Filing of report. – Concurrently with the delivery of the benefit report to shareholders under subsection (a), the benefit corporation shall deliver a copy of the benefit

report to the [*Secretary of State*] for filing, but the compensation paid to directors and financial or proprietary information included in the benefit report may be omitted from the benefit report as delivered to the [*Secretary of State*]. The [*Secretary of State*] shall charge a fee of \$__ for filing a benefit report.

Comment:

Subsection (b) requires a benefit corporation to post all of its annual benefit reports on its website, but subsection (c) only requires that the most recent benefit report be supplied if the benefit corporation does not have a website.

The term “benefit corporation” used in this section is defined in section 102.

Masterscriptie Nederlands recht

Auteur Rosanne Kuiper
Studentnummer S4329643
Begeleider Dr. Mr. T. Samelink
Tweede lezer Mr. K.J. Bakker

Opleiding Master Nederlands recht
Specialisatie Ondernemingsrecht
Afstudeervak NV en BV

Titel Ondernemen met een maatschappelijke missie: de BVm
Ondertitel Een onderzoek naar de mogelijke invoering van een nieuwe rechtsvorm voor de sociale onderneming

Datum 30 Augustus 2019

Radboud Universiteit

