

De sociale onderneming: een kat die een hond wil zijn

Het maatschappelijk verantwoord ondernemen is tegenwoordig een vast onderdeel van het bestuursbeleid. Sommige ondernemers gaan nog verder en stellen een maatschappelijke doelstelling centraal: zij verdienen geld om daarmee een maatschappelijk probleem op te lossen. Binnen het politieke debat gaan regelmatig stemmen op om dit type onderneming een eigen rechtsvorm te geven of anderszins te ondersteunen. In deze bijdrage wordt de sociale onderneming nader belicht, waarbij uiteengezet wordt of wetgeving noodzakelijk is.



1. Inleiding

Twee jaar na de laatste poging van GroenLinks is het debat over de rechtsvorm van sociale ondernemingen in september 2018 weer aangewakkerd.¹ Coalitiepartij de ChristenUnie pleit in een initiatiefnota voor een ‘modaliteit’ op de besloten vennootschap: de ‘BVm’, oftewel de ‘besloten vennootschap maatschappelijk’. Bestaande rechtsvormen zouden namelijk onvoldoende passen bij ondernemingen met zowel een commerciële als een maatschappelijke doelstelling.² Dit is geen nieuwe conclusie. In 2006 is bijvoorbeeld al onderzocht of dergelijke ondernemingen een eigen rechtsvorm zouden moeten krijgen.³ Vervolgens introduceerde het kabinet-Balkenende IV (CDA, PvdA en CU) in 2009 het wetsvoorstel voor de maatschappelijke onderneming.⁴ Dit voorstel kreeg veel kritiek te verduren.⁵ Uiteindelijk werd het wetsvoorstel in 2013 door het kabinet-Rutte II (VVD en PvdA) ingetrokken.⁶ Toenmalig VVD-minister Kamp was van mening dat er ‘genoeg rechtsvormen’ waren. Ondernemers die ‘op een nette manier’ zorgden voor winst en werkgelegenheid zouden zijns inziens eveneens sociaal ondernemers zijn. Hij vond het daarom onwenselijk om een ‘onderscheid te maken tussen de ene en de andere ondernemer en daarvoor aparte rechtsvormen en regels te hanteren’.⁷ Toch staat in het regeerakkoord van het kabinet-Rutte III (VVD, CDA, D66 en CU) dat er

‘passende regels’ moeten komen voor sociale ondernemingen.⁸

In deze bijdrage wordt onderzocht wat die ‘passende regels’ zijn. Binnen dit onderzoek wordt allereerst de sociale onderneming gedefinieerd. Vervolgens wordt gekeken naar een aantal kernelementen van de nu veelal gebruikte B.V. en stichting. Daarna wordt het gestrande voorstel voor de maatschappelijke onderneming in beperkte mate toegelicht. Afsluitend volgt de conclusie. Voor een overzicht van de buitenlandse tegenhangers van de sociale onderneming verwijs ik naar het rapport van de Europese Commissie en de bespreking van een aantal van deze rechtsvormen door De Jongh, Schild en Timmerman, Pijls en later door Lambooy en Argyrou.⁹

2. Soorten ondernemingen

In Nederland bestaat de sociale onderneming eigenlijk niet. Boek 2 BW kent onder meer de naamloze vennootschap en de vereniging, maar geen ‘maatschappelijke’ of ‘sociale’ vennootschap. Desalniettemin zijn er ondernemers die hun onderneming ‘sociaal’ of ‘maatschappelijk’ noemen. Wat zijn de kenmerken van de ‘commerciële’, ‘maatschappelijke’ en ‘sociale’ onderneming?

* M.J.S. Spanjersberg LLB is student Ondernemingsrecht aan Erasmus School of Law.

1. *Kamerstukken II* 2015/16, 33043, 67, p. 12-13.

2. *Ondernemen met een maatschappelijke missie*, Den Haag: ChristenUnie 2018, p. 2.

3. *Kamerstukken II* 2006/07, 29279, 37.

4. *Kamerstukken II* 2008/09, 32003, 2.

5. Zie onder meer *Ondernemingsrecht* 2007/174-184, afl. 16; G.J.C. Rensen, ‘De juridische inrichting van de maatschappelijke onderneming’, *Ondernemingsrecht* 2010/42, afl. 5, p. 206-216; *Kamerstukken II* 2008/09, 32003, 4.

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

7. *Kamerstukken II* 2015/16, 33043, 67, p. 29.

8. *Vertrouwen in de toekomst*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 34700, 34, p. 33; zie ook P. de Goede, E. Schrijvers & M. de Visser (red.), *Filantropie op de grens van overheid en markt*, Den Haag: WRR 2018, p. 49.

9. C. Wilkinson e.a., ‘A map of social enterprises and their eco-systems in Europe’, *European Commission* 31 oktober 2014; J.M. de Jongh, A.J.P. Schild & L. Timmerman, ‘Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW?’, in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (preadvies Nederlandse Juristen-Vereniging), Deventer: Kluwer 2010/3, par. 3.1-3.3; A.C.W. Pijls, ‘De Belgische Vennootschap met Sociaal Oogmerk’, *Ondernemingsrecht* 2007/181, afl. 16, p. 607-611; T.E. Lambooy, ‘De social enterprise’, in: B.F. Assink e.a., *De toekomst van het ondernemingsrecht* (IVOR nr. 99), Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 18.4; A. Argyrou, *Social enterprises in the EU* (diss. Utrecht; IVOR nr. 111), Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 2.4.

2.1. 'Commerciële' onderneming

Shell, Unilever en Air France-KLM kunnen worden aangemerkt als 'commerciële' ondernemingen. Dit zijn privaatrechtelijke rechtspersonen die een product of dienst voortbrengen en in beginsel gericht zijn op het behalen van geldelijke winst.¹⁰ Echter, aangezien zij ook deelnemen aan het maatschappelijk verkeer, verwacht men tegenwoordig dat zij niet langer slechts bezig zijn met winst maken. Commerciële ondernemingen doen daarom veelal aan 'maatschappelijk verantwoord ondernemen', kortweg mvo.¹¹ Zij nemen verantwoordelijkheid 'voor het effect dat ze op de samenleving hebben'. Daaronder verstaat de Europese Commissie dat de ondernemingen de wetgeving, mensenrechten en consumentenbelangen respecteren en sociale, ethische en milieukwesties integreren in de strategie en werkzaamheden.¹² Dit wordt ook wel 'people, planet, profit' genoemd.¹³ Om het mvo goed uit te voeren, zullen ondernemers zowel waarde voor eigenaren en aandeelhouders moeten creëren als voor andere 'stakeholders' en de samenleving als geheel. Daarnaast zullen zij negatieve effecten moeten identificeren, voorkomen en verminderen.¹⁴ Er kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het niet uitputten van visbestanden door vissers, of het in een supermarkt werkzaam laten zijn van personen met diverse achtergronden.¹⁵

2.2. 'Maatschappelijke' onderneming

Behalve commerciële ondernemingen zijn er ook 'maatschappelijke' ondernemingen, zoals Vestia (volkshuisvesting) en Philadelphia (zorginstelling). Deze ondernemingen zijn eveneens privaatrechtelijke rechtspersonen die een product of dienst voortbrengen en aan mvo doen. Het zijn dus geen overheidsorganisaties of 'zelfstandige bestuursorganen'. Vaak vinden maatschappelijke ondernemingen zelfs hun oorsprong in particuliere initiatieven.¹⁶ Alleen waar de commerciële onderneming geldelijke winst nastreeft, heeft de maatschappelijke onderneming een maatschappelijk doel 'dat vervlochten is met (ofwel deels parallel loopt met) het algemeen belang'. Om dit

doel te verwezenlijken wordt de gerealiseerde winst niet uitgekeerd, maar in het geheel 'aangewend voor het realiseren van het maatschappelijke doel'.¹⁷ Vanwege dit maatschappelijke doel maken de maatschappelijke ondernemingen aanspraak op subsidies en andere publieke middelen en worden zij ook wel 'semipublieke instellingen' genoemd.¹⁸

2.3. 'Sociale' onderneming

Naast de commerciële en maatschappelijke onderneming zijn er dus ook nog 'sociale' ondernemingen. Dit fenomeen kan wellicht het beste omschreven worden als een 'tussenvorm', tussen de commerciële en maatschappelijke onderneming. Sociale ondernemingen zijn eveneens vormgegeven als privaatrechtelijke rechtspersonen, brengen ook producten of diensten voort en doen aan mvo. Echter, de sociale onderneming bestaat, anders dan de commerciële onderneming, niet om geld te verdienen, maar om maatschappelijke problemen op te lossen. Maar de sociaal ondernemer streeft daarbij, anders dan de maatschappelijk ondernemer, naar het onafhankelijk zijn van subsidie en andere publieke middelen.¹⁹ De sociale onderneming is dan ook, net als de commerciële onderneming, commercieel van aard. Alleen wordt de geldelijke winst vervolgens niet volledig uitgekeerd, maar deels of grotendeels gebruikt als middel om het maatschappelijke probleem op te lossen.²⁰ Sommige sociaal ondernemers gaan zelfs een stap verder en worden deelnemer van de *Code Sociale Ondernemingen* (hierna: SO-Code), een soort *Corporate Governance Code*.²¹ Deze SO-Code bevat een vijftal principes die onder meer inhouden dat de sociaal ondernemer: expliciet in de statuten noemt welk maatschappelijk probleem de ondernemer wil oplossen, *stakeholders* bij de onderneming betreft, winstuitkeringen beperkt, en transparant handelt.²² Anders dan de *Corporate Governance Code* is de SO-Code voorlopig nog een particulier initiatief zonder wettelijke verankering.

10. T.E. Lambooy, *Corporate social responsibility* (diss. Leiden; IVOR nr. 77), Deventer: Kluwer 2010, par. 1.8.4.

11. A.J.A.J. Eijsbouts e.a., 'Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?', in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (preadvies Nederlandse Juristen-Vereniging), Deventer: Kluwer 2010/1, par. 2.1; A.J.A.J. Eijsbouts & B. Kemp, 'Over maatschappelijk verantwoord ondernemen, waardecreatie, ondernemingsrecht en vennootschappelijk belang', *TvOB* 2012, afl. 5, p. 120-121; D.J. Langley, 'Wie nu goed doet, draait straks beter', *Het Financieel Dagblad* 16 juni 2018.

12. COM(2011)681 final, p. 7.

13. J. Elkington, *Cannibals with forks: The triple bottom line of 21st century business*, Gabriola Island (CA): New Society Publishers 1998; *De winst van waarden* (SER-advies 00/11 van december 2000 aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), Den Haag: SER 2000 (online publiek), par. 2.4; zie ook J. Elkington, '25 Years Ago I Coined the Phrase "Triple Bottom Line" Here's Why It's Time to Rethink It', *Harvard Business Review* 25 juni 2018.

14. COM(2011)681 final, p. 7.

15. T.E. Lambooy, *Corporate social responsibility* (diss. Leiden; IVOR nr. 77), Deventer: Kluwer 2010, par. 1.2.2.

16. *Het CDA en de maatschappelijke onderneming*, Den Haag: WI CDA 2013, p. 17-18; *Een lastig gesprek*, par. 2.1, bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28479, 68; M. Scheltema, 'Het voorontwerp voor de maatschappelijke onderneming: een goed begin, maar nog onvoldragen', *Ondernemingsrecht* 2007/177, afl. 16, par. 1.

17. *Investeren in de samenleving*, Den Haag: WI CDA 2005, p. 20.

18. E.R. Helder, 'Maatschappelijke onderneming en social enterprise', *TvOB* 2014, afl. 3, p. 99; *Een lastig gesprek*, p. 9, bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28479, 68.

19. E.R. Helder, 'Maatschappelijke onderneming en social enterprise', *TvOB* 2014, afl. 3, p. 93.

20. COM(2011)682 final, p. 2-3; T.E. Lambooy, 'De social enterprise', in: B.F. Assink e.a., *De toekomst van het ondernemingsrecht* (IVOR nr. 99), Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 18.4; *Sociale ondernemingen* (SER-advies 15/03 van mei 2015 aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), Den Haag: SER 2015 (online publiek), p. 25-62; M. Hillen, S. Panhuijsen & W. Verloop, *Iedereen winst*, Amsterdam: Social Enterprise NL 2014, p. 12.

21. *Code Sociale Ondernemingen*, Amsterdam: Social Enterprise NL 2017.

22. Principes 1, 2, 3 en 5; Principe 4 gaat over het actief participeren in de 'gemeenschap van sociale ondernemingen'.

2.4. Maatschappelijk probleem

Overbevissing, werkloosheid, plastic afval, slavernij: deze problemen worden onder meer veroorzaakt door het handelen of nalaten van ondernemingen en hebben een 'effect op de samenleving'. Een visser wil zijn concurrentie voor zijn en vist de wateren leeg, waardoor vissoorten uitsterven. Een restaurant heeft op korte termijn personeel nodig en heeft daarom geen oog voor kandidaten die bijvoorbeeld een verstandelijke beperking hebben. Supermarkten willen geen ruimte inrichten om kleine plastic flesjes in te zamelen, waardoor de consument zijn flesjes als 'waardeloos' op straat achterlaat. Consumenten willen niet te veel betalen voor een reep chocolade, waardoor fabrikanten de cacao-boeren minder betalen en die cacao-boeren vervolgens hun arbeidskrachten uitbuiten. Hoewel dit allemaal problemen zijn, zal niet iedereen deze problemen meteen aanduiden als 'maatschappelijk probleem'. Zo was in de jaren tachtig bijvoorbeeld al bekend dat de opwarming van de aarde voor diverse problemen zou kunnen zorgen.²³ Desondanks zijn er pas eind 2015 wereldwijd afspraken gemaakt over de klimaatbeheersing, waarna eind juni 2018 in Nederland een 'Klimaatwet' geïntroduceerd werd.²⁴ Maatschappelijke problemen kunnen dus al een tijd bestaan voordat ze als zodanig geïdentificeerd worden. Ook kunnen problemen in principe worden opgelost, waardoor maatschappelijke problemen van tijd tot tijd verschillen. Het is dan ook lastig – en mijns inziens daarom onverstandig – om sociale ondernemingen te identificeren aan de hand van een maatschappelijk probleem.²⁵ Het is uiteraard wel mogelijk om het oplossen van bepaalde maatschappelijke problemen te stimuleren. Zo heeft 'Europa' in juni 2018 een investeringsprogramma voor sociale initiatieven geïntroduceerd.²⁶ In de Verenigde Staten worden zelfs bepaalde maatschappelijke problemen voorgesteld waarop de sociaal ondernemer zich kan richten.²⁷ Ook hebben de Verenigde Naties zeventien *Sustainable Development Goals* geïdentificeerd, zoals het uitbannen van armoede en discriminatie.

3. Toepassing

Er is geen eigen rechtsvorm voor de sociale onderneming. Daarnaast is de SO-Code (nog) niet wettelijk verankerd. Sociaal ondernemers moeten de kenmerken van de sociale onderneming en de principes van de SO-Code dus vrijwillig toepassen binnen de 'traditionele' rechtsvormen. Hoewel ondernemers eigenlijk alle rechtsvormen daarvoor zouden kunnen gebruiken, blijken sociaal ondernemers in de praktijk voornamelijk een B.V., stichting of een combinatie van beide te gebruiken.²⁸ Ook de initiatiefnota van de ChristenUnie neemt de B.V. als uitgangspunt. Daarnaast wordt in de initiatiefnota aanbevolen om te onderzoeken of de SO-Code wettelijk zou kunnen worden verankerd.²⁹ In deze paragraaf worden daarom de principes van de SO-Code als uitgangspunt genomen. Onderzocht wordt of de veelal gebruikte B.V. en stichting de principes van de SO-Code voldoende kunnen waarborgen, of dat er meer 'passende regels' nodig zijn. Aan bod komen de maatschappelijke doelstelling, statutenwijziging, *stakeholders*, winstverdeling, ontbinding en vereffening.

3.1. Maatschappelijke doelstelling

De B.V. en stichting worden opgericht bij notariële akte, met daarin de statuten met een doelomschrijving.³⁰ De doelomschrijving duidt de belangrijkste werkzaamheden en begrenst daarmee het werkterrein en de activiteiten van de rechtspersoon.³¹ Daarnaast wordt de doelomschrijving vaak aangevuld met 'een lange (relatief standaard) lijst van activiteiten', zoals 'het lenen, uitlenen en bijebrengen van gelden'.³² Daarop volgt veelal een 'algemene strofe' als 'en al hetgeen daarmee verband houdt of daaraan bevorderlijk kan zijn, alles in de ruimste zin des woords'. De aanvullende lijst met activiteiten en de algemene strofe zorgen ervoor dat de doelomschrijving niet te compact geformuleerd wordt.³³ Artikel 2:7 BW bepaalt namelijk dat rechtshandelingen die het doel van de rechtspersoon overschrijden, vernietigbaar zijn. Ook kan het onbehoorlijk bestuur opleveren wanneer bestuurders in strijd met het statutaire doel handelen.³⁴ Maar voor het vaststellen van een doeloverschrijding moeten alle omstandigheden van het geval in acht worden genomen,

23. Zie ook E. Bijlo, 'Shell waarschuwde in jaren tachtig voor klimaatprobleem, maar kwam niet in actie', *Trouw* 28 februari 2017.

24. *Kamerstukken II* 2017/18, 34534, 8.

25. *Sociale ondernemingen* (SER-advies 15/03 van mei 2015 aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), Den Haag: SER 2015 (online publiek), p. 30-31; zie ook M. Scheltema e.a., *Het borgen van publiek belang* (WRR Rapport nr. 56), Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, p. 19-21; zie ook *Een lastig gesprek*, par. 2.1-2.4, bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28479, 68; F. van Rijssoever, 'Maak sociale waarde meetbaar', *Het Financieel Dagblad* 22 maart 2018.

26. COM(2018)439 final, p. 8; 'EU-begroting: InvestEU-programma geeft steun voor werkgelegenheid, groei en innovatie in Europa', *Europese Commissie* 6 juni 2018.

27. Zie ook L. Timmerman e.a., *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht* (IVOR nr. 98), Deventer: Wolters Kluwer 2016/15.

28. E.R. Helder, 'Een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming: hoever zijn we?', *O&F* 2017/25, afl. 1, p. 86-87; *Sociale ondernemingen* (SER-advies 15/03 van mei 2015 aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), Den Haag: SER 2015 (online publiek), p. 71-78.

29. *Ondernemen met een maatschappelijke missie*, Den Haag: ChristenUnie 2018, p. 6.

30. Art. 2:175 lid 2 jo. art. 2:177 lid 1 en art. 2:286 BW.

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

32. J.A. Terstegge, 'Doelloze vennootschappen', *WPNR* 2014, 7038, p. 1063-1064.

33. J.A. Terstegge, 'Doelloze vennootschappen', *WPNR* 2014, 7038, p. 1066; P.J. Dortmund, *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013/78.1; W.J. Slagter/B.F. Assink, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, par. 2.10.

34. Art. 2:9 BW; HR 29 november 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE7011, r.o. 3.4.5, *NJ* 2003/455 (*Bergbuizer Papierfabriek*).

waaronder eventuele concernverhoudingen.³⁵ Daarbij is met name relevant of het belang van de rechtspersoon met de rechtshandeling gediend is, waarvoor hoofdzakelijk gekeken wordt naar de continuïteit van de onderneming.³⁶ Aangenomen wordt dat zelfs (secundaire) ‘rechtshandelingen die naar gebruik of redelijkerwijze uit de doelomschrijving voortvloeien en daarmee samenhangen’ onder de doelomschrijving vallen.³⁷ In het geval dat er dan van doeloverschrijding sprake is, vereist artikel 2:7 BW ook nog dat de wederpartij wist of zonder eigen onderzoek moest weten dat met de rechtshandeling het doel werd overschreden.

Het voorgaande in acht genomen lijkt het niet vreemd dat slechts zelden een beroep op artikel 2:7 BW slaagt. Vanwege de kennelijk geringe praktische betekenis hebben diverse auteurs zelfs geopperd om de verplichte doelomschrijving en artikel 2:7 BW te schrappen.³⁸ Toch is de doelomschrijving belangrijk voor de sociale onderneming. Principe 1.1.1 SO-Code bepaalt namelijk dat in de doelomschrijving expliciet genoemd moet worden welk maatschappelijk probleem de sociale onderneming wil oplossen (hierna: maatschappelijke doelstelling). In de statuten van bijvoorbeeld Tony’s Chocolonely staat als maatschappelijke doelstelling: het dienen van het algemeen belang door het realiseren van honderd procent (100%) slaafvrije cacao industrie. Daarnaast bepaalt de SO-Code dat verklaard moet worden *wat* de sociaal ondernemer zal doen om het maatschappelijke probleem op te lossen. Bij de chocolademaker is dit onder meer ‘het importeren, het exporteren, [en] het verkopen van chocoladeproducten en verkoopondersteunende activiteiten’.³⁹ Het zou mijns inziens kunnen bijdragen aan de transparantie als de doelomschrijving bij sociale ondernemingen tot deze waarom- en wat-vraag beperkt blijft.⁴⁰ De statuten zouden dan desgewenst – los van de doelomschrijving – een ‘lijst van activiteiten’ kunnen bevatten met alle handelingen die expliciet toegestaan of verboden zijn. Daarnaast zou ik graag zien dat artikel 2:7 BW wordt

aangepast, bijvoorbeeld door de algemene strofe daarin op te nemen.⁴¹

3.2. Statutenwijziging

Crediteuren, eventuele donateurs en andere kapitaalverschaffers kiezen in sommige gevallen vanwege de maatschappelijke doelstelling voor een sociale onderneming.⁴² Politici probeerden begin 2018 zelfs te bewerkstelligen dat bij aanbestedingsprocedures de voorkeur uitgaat naar sociale ondernemingen.⁴³ Wanneer een gecontracteerde sociale onderneming dan plots de maatschappelijke doelstelling laat varen, kan dat politieke gevolgen hebben. Vanzelfsprekend kan dit risico enigszins worden beperkt door contractueel te bepalen dat een dergelijke ‘gedaantewisseling’ leidt tot ontbinding van het contract, maar voorkomen is natuurlijk beter dan genezen. Principe 1.1.2.a SO-Code bepaalt daarom dat de maatschappelijke doelstelling geborgd moet zijn. Hiertoe dienen de statuten te bepalen aan welke eisen de besluitvorming omtrent de aanpassing van de statutaire doelstelling moet voldoen.

De statuten van de B.V. kunnen door de algemene vergadering worden gewijzigd, zelfs als de wijzigingsbevoegdheid statutair is uitgesloten.⁴⁴ Die wijzigingsbevoegdheid kan ook worden beperkt,⁴⁵ bijvoorbeeld door een bepaalde meerderheid van stemmen voor te schrijven. Echter, zo’n beperking kan met inachtneming van diezelfde beperking weer worden gewijzigd.⁴⁶ Daarnaast zou een beperking met algemene stemmen kunnen worden gewijzigd in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal vertegenwoordigd is.⁴⁷ Een andere mogelijkheid is het toekennen van een prioriteitsaandeel aan een vertrouwenspersoon of een stichting.⁴⁸ Aan het prioriteitsaandeel zouden dan bijzondere rechten kunnen worden toegekend, waardoor een statutenwijziging bijvoorbeeld door

35. HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0502, r.o. 3.3, NJ 1992/438, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Astro*).

36. HR 16 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0716, r.o. 3.2, NJ 1993/98, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Nagtegaal/Westland*); HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2144, r.o. 3.4, NJ 1997/149 (*Playland*).

37. P.J. Dortmond, *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013/78.1; HR 14 april 1927, ECLI:NL:HR:1927:285, NJ 1927/1220, m.nt. E.M. Meijers (*THH/NH*); W.J. Slagter/B.F. Assink, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, par. 2.10.

38. Zie J.A. Terstegge, ‘Doelloze vennootschappen’, *WPNR* 2014, 7038, p. 1067-1068; W.J. Slagter/B.F. Assink, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, par. 2.10.

39. Artikel 3 statuten *Tony’s Factory B.V.* te Amsterdam, KvK-nummer: 34241705 (d.d. 10 juli 2018); de doelomschrijving bevat tevens een mvo-bepaling.

40. Zie ook M.J. van Uchelen-Schipper, *De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting* (diss. Utrecht; IVOR nr. 112), Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 4.3.4.

41. Bijvoorbeeld: ‘Het doel van de rechtspersoon houdt mede in al hetgeen in redelijkheid met de statutaire doelomschrijving verband houdt of daaraan bevorderlijk kan zijn.’

42. Zie ook L. Mokkenstorm, ‘ABN Amro: “Meer investeringen in sociale ondernemingen nodig”’, *Het Financieel Dagblad* 20 juli 2017; L. Timmerman e.a., *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht* (IVOR nr. 98), Deventer: Wolters Kluwer 2016/14; *Sociale ondernemingen* (SER-advies 15/03 van mei 2015 aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), Den Haag: SER 2015 (online publiek), p. 71; J.M. de Jongh, A.J.P. Schild & L. Timmerman, ‘Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW?’, in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (preadvies Nederlandse Juristen-Vereniging), Deventer: Kluwer 2010/3, par. 4.1; COM(2018) 439 final.

43. ‘Sociaal ondernemen veel genoemd in coalitieakkoorden’, *Social Enterprise NL* 12 juli 2018; *Kamerstukken II* 2017/18, 34252, 8.

44. Art. 2:231 lid 1 en 3 BW.

45. Art. 2:231 lid 2 BW.

46. C.D.J. Bulten & B.J. de Jong, *Vitale vennootschappen in veilige handen* (VDHI nr. 142), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 3.4.2; R.J.C. van Helden, ‘Reactie. Uitleg van statuten: gelukkig eenvoudiger dan het lijkt.’, *WPNR* 1995, 6173, p. 205.

47. C.A. Schwarz, commentaar op art. 2:231 BW, in: J.B. Huizink, *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (losbladig en online).

48. Art. 2:201 lid 3 BW; Principe 1.1.3 Code Sociale Ondernemingen 2017.

de prioriteitsaandeelhouder moet worden goedgekeurd.⁴⁹ Echter, niet alle sociaal ondernemers kunnen (of willen) het zich veroorloven om naast een B.V. tevens een stichting op te richten en in stand te houden.

Bij de stichting kan de bevoegdheid om de statuten te wijzigen daarentegen wel effectief worden uitgesloten.⁵⁰ Pas als dit uitsluiten zou leiden tot gevolgen 'die bij de oprichting redelijkerwijs niet kunnen zijn gewild', kan de rechter de statuten alsnog wijzigen.⁵¹ Het is dus aan te raden dat de oprichters hun wensen duidelijk op papier zetten. Als de statuten dan desondanks zonder rechterlijke tussenkomst gewijzigd worden, is er sprake van een nietig wijzigingsbesluit wegens strijd met de statuten.⁵² Aldus is de maatschappelijke doelstelling bij de stichting beter gewaarborgd dan bij de B.V.

Voor de sociale onderneming lijkt het dus wenselijk als de B.V., naar het voorbeeld van de stichting, 'passende regels' krijgt die bepalen dat onderdelen van de statuten, zoals – onder meer – de maatschappelijke doelstelling, niet zonder rechterlijke tussenkomst kunnen worden gewijzigd.⁵³ Daartoe zou de gerechtelijke wijzigingsmogelijkheid van artikel 2:294 BW grotendeels gekopieerd kunnen worden, als alternatief van artikel 2:231 lid 3 BW. Deze wijzigingsregel zorgt er dan tevens voor dat impliciet een rechtelijke machtiging vereist is voor omzetting,⁵⁴ waardoor voorkomen wordt dat middels omzetting de wijzigingsregel zou kunnen worden omzeild. Met deze toevoeging lijkt de B.V. de maatschappelijke doelstelling daarom naar mijn idee voldoende te kunnen waarborgen.

3.3. Stakeholders

Het tweede principe van de SO-Code bepaalt dat de onderneming 'relevante stakeholders' identificeert en met hen een dialoog organiseert. Daartoe dient de ondernemer een profielschets van *stakeholders* op te maken, waarbij gekeken dient te worden naar de maatschappelijke doelstelling en de grootte van de onderneming. Daarnaast dient gekeken te worden naar de gezichtspunten van investeerders, financiers, medewerkers, opdrachtgevers, aanbestedende organisaties, ketenpartners, betrokken belanghebbenden, klanten, afnemers, toekomstige generaties en de natuur.⁵⁵ Deelnemers van de SO-Code zijn verder kennelijk vrij in het aanwijzen van *stakeholders*.

Mocht de ondernemer een bepaalde partij niet als *stakeholder* erkennen, dan zou die partij mogelijk op grond van het tweede principe van de SO-Code erkenning kunnen afdwingen middels artikel 3:296 BW. De hiervoor genoemde chocoladeproducent noemt in zijn 'jaarfairslag' als *stakeholders* voor het 100% slaafvrij maken van de chocoladeproductie: cacaoboeren, chocoladebedrijven, winkels, 'chocofans' en de politiek.⁵⁶ Deze *stakeholders* passen naar mijn idee goed bij de maatschappelijke doelstelling om de cacao-industrie 100% slaafvrij te maken. De cacaoboeren (en 'slaven') zijn namelijk het onderwerp (of subject) van het maatschappelijke doel. Daarnaast kunnen chocoladebedrijven, winkels en 'chocofans' bijdragen aan het maatschappelijke doel door (louter) slaafvrij geproduceerde chocolade te kopen, terwijl de politiek kan bijdragen aan de oplossing middels wet- en regelgeving en diplomatie. De chocolademaker heeft vervolgens diverse (kennelijk meer informele) contactmomenten met de 'chocofans'.⁵⁷ Hoe deze chocolademaker de dialoog met andere *stakeholders* precies aangaat, is mij niet helemaal duidelijk geworden.⁵⁸ Als een sociaal ondernemer nalaat om de dialoog aan te gaan, zou de *stakeholder* dit mogelijk eveneens middels artikel 2:8 en 3:296 BW kunnen afdwingen. Zodoende lijken er al 'passende regels' te zijn waarmee het tweede principe van de SO-Code kan worden nageleefd.

3.4. Winstverdeling

De sociale onderneming 'mag' dus winst maken en uitkeren, maar zal de winst deels of grotendeels gebruiken om het maatschappelijke probleem op te lossen.⁵⁹ Daarbij is van belang welke rechtsvorm de sociaal ondernemer gebruikt. Een stichting mag zich namelijk niet ten doel stellen het doen van uitkeringen aan oprichters of anderen, voor zover dit geen ideële of sociale strekking heeft.⁶⁰ Dit betekent overigens niet dat bestuurders en anderen geen vergoeding mogen ontvangen: er dient een gelijkwaardige prestatie (*arm's length principle*) tegenover de betaling te staan.⁶¹ Zodoende kan de winst van de sociale onderneming die als stichting is vormgegeven zo veel als mogelijk ten goede komen aan het statutaire doel. Deze medaille heeft alleen wel een keerzijde: de stichting kan geen aandelen uitgeven, waardoor het moeilijk kan zijn om externe financiering aan te trekken.⁶²

49. Asser/De Serière 2-IV 2017/132.

50. Art. 2:293 BW; M.J. van Uchelen-Schipper, *De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting* (diss. Utrecht; IVOR nr. 112), Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 4.4.

51. Art. 2:294 BW; Asser/Rensen 2-III 2017/361.

52. Art. 2:14 BW; M.J. van Uchelen-Schipper, *De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting* (diss. Utrecht; IVOR nr. 112), Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 4.4.4.

53. Zie ook P. de Goede, E. Schrijvers & M. de Visser (red.), *Filantropie op de grens van overheid en markt*, Den Haag: WRR 2018, p. 48-49.

54. Art. 2:18 lid 2 sub a en b BW.

55. Principe 2.1 Code Sociale Ondernemingen 2017.

56. *Tony's Chocolonely jaarFAIRslag 2016/2017*, Amsterdam: Tony's Chocolonely 2017, p. 17.

57. Uit het 'jaarfairslag' blijkt (p. 47) dat er diverse contactmomenten zijn met 'chocofans': 'online, maar ook bij ons op kantoor, in onze winkel, tijdens een Tony's talk, tijdens de FAIR'.

58. Zie ook S. Schuit & C. Jaspers, in: M. Lückerath-Rovers e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2017-2018*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 3.5.

59. Zie par. 2.3 ('"Sociale" onderneming').

60. Art. 2:285 lid 3 BW.

61. C.P.M. van Houte, 'Inbreng en uitkering bij de stichting en vereniging', *S&V* 2002, afl. 5, p. 134; W.J.M. van Veen, 'Het uitkeringsverbod bij de stichting revisited', *TvOB* 2013, afl. 4, p. 131-139.

62. *Sociale ondernemingen* (SER-advies 15/03 van mei 2015 aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), Den Haag: SER 2015 (online publiek), par. 4.4.

Het eenvoudiger kunnen aantrekken van externe financiering kan voor sommige ondernemers een reden zijn om te kiezen voor de B.V. (al dan niet gecombineerd met een stichting). De B.V. kent namelijk geen uitkeringsverbod. Wanneer er geen (financieel) belang is bij het niet of slechts gering uitkeren, moet een redelijk deel van de winst worden uitgekeerd aan de aandeelhouders.⁶³ Anders kan er zelfs sprake zijn van wanbeleid.⁶⁴ Het derde principe van de SO-Code voegt daaraan toe dat de sociaal ondernemer ‘voortdurend een zorgvuldige afweging’ dient te maken tussen het herinvesteren en het bieden van een ‘redelijke vergoeding’ aan de aandeelhouders.⁶⁵ Bij die zorgvuldige afweging speelt de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW een belangrijke rol.⁶⁶ Daarnaast dient overeenkomstig artikel 2:216 BW onder meer rekening te worden gehouden met de solvabiliteit, rentabiliteit en liquiditeit.⁶⁷ Verder dienen ondernemers met een B.V. vrijwillig de afweging te maken in hoeverre zij ‘sociaal’ of ‘commercieel’ willen zijn. Sociaal ondernemers kunnen er bijvoorbeeld voor kiezen om de bevoegdheid tot bestemming van de winst en de vaststelling van (tussentijdse) uitkeringen statutair te beperken, onder meer door statutair voor te schrijven dat de winst onder bepaalde omstandigheden moet worden gereserveerd.⁶⁸ Ook kan die bevoegdheid statutair worden toegekend aan een ander orgaan dan aan de algemene vergadering, zoals aan het bestuur of aan de vergadering van houders van prioriteitsaandelen.⁶⁹ Vanzelfsprekend is het ook mogelijk om het beleid ten aanzien van de winstbestemming en uitkeringen op te nemen in een overeenkomst tussen de B.V. en haar aandeelhouders.⁷⁰ Hetzelfde geldt voor het beloningsbeleid: de ondernemer kan er vrijwillig voor kiezen om beloningen statutair of contractueel te beperken.⁷¹ Als de aanbeveling uit paragraaf 3.2 overgenomen wordt, kan de sociaal ondernemer ervoor kiezen om het uitkerings- en beloningsbeleid effectief statutair

te beperken ter borging van de maatschappelijke doelstelling.

3.5. Ontbinding en vereffening

Een rechtspersoon wordt dwingendrechtelijk opgericht voor onbepaalde tijd.⁷² Toch kan in de statuten een gebeurtenis als ontbindingsgrond worden opgenomen.⁷³ Dit zou bijvoorbeeld kunnen zijn het behalen van de maatschappelijke doelstelling. Bij de B.V. komt zo’n statutaire ontbindingsgrond nauwelijks voor.⁷⁴ De stichting kent daarentegen een wettelijke bepaling voor de ontbinding na het bereiken van het doel.⁷⁵ Indien de rechtspersoon op het tijdstip van ontbinding nog vermogensbestanddelen heeft, zal vereffening moeten plaatsvinden.⁷⁶ Bij de B.V. wordt het batig saldo dan overgedragen aan de aandeelhouders, waarna zij vrijwillig een ideële bestemming kunnen aanwijzen of het saldo kunnen investeren in een andere (sociale) onderneming. Zo zou elke euro die vanwege de maatschappelijke doelstelling aan de onderneming ‘gegund’ is, kunnen eindigen op de bankrekening van een aandeelhouder. De stichting zal daarentegen in de statuten een bestemming voor het batig saldo moeten opnemen.⁷⁷ Indien er dan geen gerechtigde is, wordt het batig saldo van de stichting uitgekeerd aan de Staat.⁷⁸ De Staat zal het saldo vervolgens zo veel mogelijk overeenkomstig het statutaire doel besteden. Het batig saldo zou dan bijvoorbeeld gestort kunnen worden in een fonds om (soortgelijke) sociale ondernemingen te financieren. Stichtingen met een zogeheten ANBI-status kennen reeds een vergelijkbare bepaling: het batig liquidatiesaldo dient aan een ANBI met een soortgelijke doelstelling te worden besteed.⁷⁹ Het lijkt mij wenselijk dat de sociaal ondernemer van de mogelijkheid gebruikmaakt om bij de B.V. eveneens een doelbestemming in de statuten op te nemen.⁸⁰ Consumenten, financiers en overheden krijgen met deze bepaling namelijk meer zekerheid dat hun ‘sociale’ euro’s niet ‘weglekken’ en ‘onmaatschappelijk’

63. M. Koelemeijer, *Redelijkheid en billijkheid in kapitaalvennootschappen* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1999, par. 6.1; Rb. Gelderland (vzr.) 17 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1976, RN 2014/79.

64. HR 9 juli 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC0960, r.o. 3.3, NJ 1991/51, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Sluis*); Hof Amsterdam (OK) 15 september 1994, ECLI:NL:GHAMS:1994:AC4324, NJ 1995/540 (*Kerstens*).

65. Principe 3.2.1 Code Sociale Ondernemingen 2017; zie ook *Sociale ondernemingen* (SER-advies 15/03 van mei 2015 aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), Den Haag: SER 2015 (online publiek), p. 31-32.

66. Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ9757, r.o. 3.10, JOR 2011/282, m.nt. J.M. Blanco Fernández (*JeeZet*); HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145, r.o. 3.8-3.10, NJ 2013/461, m.nt. P. van Schilfgarde (*VEB/KLM*); Hof Amsterdam (OK) 8 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5312, r.o. 3.8, RO 2016/27 (*Fuhler*).

67. M. Koelemeijer, ‘Belonen van aandeelhouders: hoe verder met het dividendbeleid?’, *TvOB* 2015, afl. 1, par. 4.

68. *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 69 (MvT).

69. Art. 2:216 lid 1 slot jo. art. 2:189a BW; Principe 3.2.2 Code Sociale Ondernemingen 2017; *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 69 (MvT).

70. Zie ook *Tony’s Chocolonely jaarFAIRslag 2016/2017*, Amsterdam: Tony’s Chocolonely 2017, p. 80-81.

71. Principe 3.2.5 Code Sociale Ondernemingen 2017.

72. Art. 2:17 BW.

73. Art. 2:19 lid 1 sub b BW.

74. Asser/Maeijer & Kroeze 2-*I** 2015/382; P.J. Dortmond, *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013/374; zie ook H. van Wilsum, ‘De transparante besloten vennootschap voor Amerikaanse belastingdoeleinden’, *TVVS* 1995/33, afl. 3; M.Y. Nethe, ‘Statutaire ontbindingsgronden’, *WPNR* 2000, 6401, p. 339-341.

75. Art. 2:301 lid 1 sub b BW; N.Y. Nethe, *Ontbinding en vereffening van rechtspersonen* (R&P nr. ONR5), Deventer: Kluwer 2013/31.

76. Art. 2:19 lid 5 en art. 2:23b lid 1 BW.

77. Art. 2:286 lid 4 sub e BW.

78. Hof Amsterdam 13 maart 1973, ECLI:NL:GHAMS:1973:AD4119, NJ 1974/5.

79. Art. 1a sub h UR AWR; I.J.F.A. van Vijfeijken, M.M.F.J. van Bakel & S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, *Instellingen van algemeen of sociaal belang*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 4.2.9.

80. Principe 3.2.2 Code Sociale Ondernemingen 2017; Asser/Maeijer & Kroeze 2-*I** 2015/422; anders: P.J. Dortmond, *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013/390.

zullen worden besteed, wat positief kan zijn voor het vertrouwen in sociale ondernemingen.

4. Maatschappelijke onderneming

In 2009 kwam het kabinet-Balkenende IV met het wetsvoorstel voor de maatschappelijke onderneming (hierna: Wetsvoorstel).⁸¹ Dit Wetsvoorstel introduceerde de (vereniging en) stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming (hierna: MO),⁸² met als belangrijkste kenmerk de bevoegdheid tot het uitkeren van winst aan houders van winstbewijzen.⁸³ Het Wetsvoorstel kreeg veel kritiek te verduren,⁸⁴ waarna het Wetsvoorstel in 2013 werd ingetrokken.⁸⁵ Was dit een zinloze exercitie, of kent het ingetrokken Wetsvoorstel bruikbare bepalingen voor de sociale onderneming? Een tweetal elementen wordt uitgelicht: de belanghebbendenvertegenwoordiger en de winstbewijshouders.

4.1. Belanghebbendenvertegenwoordiger

Kenmerkend voor de MO is de rol van de belanghebbendenvertegenwoordiger (hierna: BHV). Dit is een orgaan dat representatief is voor de bij de MO betrokken belanghebbenden. Deze belanghebbenden en de BHV worden bij statuten of gedragscode aangewezen.⁸⁶ Ook kan een ieder met een direct belang bij het beleid van de MO de Ondernemingskamer verzoeken om als BHV te worden aangemerkt.⁸⁷ Wanneer een onderneming een meer concreet belang nastreeft, zoals het 100% slaafvrij maken van de chocolade-industrie, zal het waarschijnlijk eenvoudiger zijn om een groep belanghebbenden aan te wijzen. In dit geval zullen de cacao-boeren en hun medewerkers een belang hebben bij het slaafvrij maken van de chocolade-industrie. Wanneer een onderneming daarentegen een meer algemeen belang nastreeft, zal het aanwijzen (en

bundelen) van belanghebbenden waarschijnlijk minder eenvoudig zijn.⁸⁸ Men zal overigens ook niet iedereen zomaar als BHV moeten willen aanwijzen. Het bestuur van de MO dient de BHV namelijk te betrekken bij de hoofdlijnen van het bestuursbeleid en de strategische beslissingen.⁸⁹ Zo dient de BHV te adviseren over een statutenwijziging.⁹⁰ Daarnaast kan de BHV een rol spelen bij de goedkeuring van besluiten,⁹¹ of de benoeming, de schorsing en het ontslag van bestuurders en commissarissen.⁹² Wanneer het bestuur en de BHV het vervolgens beleidsmatig oneens zijn, wordt de uitvoering van het gehekelde besluit opgeschort en treedt de statutaire geschillenregeling in werking.⁹³ Daarnaast is de BHV ook nog bevoegd tot het indienen van een enquêteverzoek (maar niet tot het vragen om onmiddellijke voorzieningen).⁹⁴ Zo kan de BHV veel invloed uitoefenen op het inhoudelijke beleid.⁹⁵

Met de regeling voor de BHV heeft de wetgever kennelijk gepoogd om een machtig orgaan te creëren dat verder geen verantwoordelijkheid draagt en het systeem van *checks and balances* enigszins uit balans brengt.⁹⁶ Ook zal niet iedere (eigenwijze) ondernemer er positief tegenover staan om 'rekening en verantwoording' af te moeten leggen aan een ander – zeker niet als die ondernemer er andere opvattingen op nahoudt. Als de uitvoering van een besluit vervolgens wegens onenigheid moet worden opgeschort, kan dit nadelig zijn voor de continuïteit van de onderneming. Dit opschorten zal in het bijzonder onwenselijk zijn als de onderneming moet concurreren met commerciële ondernemingen.⁹⁷ Ik vind het daarom onverstandig om de BHV-regels op de *stakeholders* van de sociale onderneming toe te passen. De BHV-regels zouden de dialoog met *stakeholders* weliswaar kunnen institutionaliseren,⁹⁸ maar de BHV schuurt enigszins met

81. *Kamerstukken II* 2008/09, 32003, 2.

82. Art. 2:3 Wetsvoorstel.

83. Art. 2:285a lid 2 Wetsvoorstel.

84. Zie onder meer *Ondernemingsrecht* 2007/174-184, afl. 16; G.J.C. Rensen, 'De juridische inrichting van de maatschappelijke onderneming', *Ondernemingsrecht* 2010/42, afl. 5, p. 206-216; *Kamerstukken II* 2008/09, 32003, 4.

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

86. Art. 2:307h lid 3 Wetsvoorstel.

87. Art. 2:307h lid 4 Wetsvoorstel.

88. M. Scheltema, 'Het voorontwerp voor de maatschappelijke onderneming: een goed begin, maar nog onvoldragen', *Ondernemingsrecht* 2007/177, afl. 16, par. 2.4; zie ook E.H. Hooge & S.J. Steen, 'De rechtsvorm maatschappelijke onderneming: keurmerk of keurslijf?', *NTOR* 2007, afl. 4, p. 200-201; E.R. Helder, 'Voorontwerp maatschappelijke onderneming: de reacties uit het veld', *Ondernemingsrecht* 2007/182, afl. 16, par. 3.

89. Art. 2:307i Wetsvoorstel.

90. Art. 2:307 lid 2 Wetsvoorstel.

91. Art. 2:307b Wetsvoorstel.

92. Art. 2:307a jo. 307c lid 5 en art. 2:307d Wetsvoorstel.

93. Art. 2:307i lid 4 jo. art. 2:307b lid 2 Wetsvoorstel.

94. Art. 2:364 Wetsvoorstel; M. Holtzer, 'De medezeggenschap van de belanghebbendenvertegenwoordiging in de maatschappelijke onderneming', *Ondernemingsrecht* 2007/179, par. 4.

95. M. Scheltema, 'Het voorontwerp voor de maatschappelijke onderneming: een goed begin, maar nog onvoldragen', *Ondernemingsrecht* 2007/177, afl. 16, par. 2.2.

96. M. Holtzer, 'De medezeggenschap van de belanghebbendenvertegenwoordiging in de maatschappelijke onderneming', *Ondernemingsrecht* 2007/179, p. 597-602; anders: R.C.J. Galle, 'De maatschappelijke onderneming als nieuwe rechtsvorm?', *TvOB* 2008, afl. 1, p. 26; zie ook *Kamerstukken II* 2008/09, 32003, 3, p. 23 (MvT).

97. E.R. Helder, 'Voorontwerp maatschappelijke onderneming: de reacties uit het veld', *Ondernemingsrecht* 2007/182, afl. 16, par. 3.6.

98. Principe 2 Code Sociale Ondernemingen 2017.

het ledenverbod bij de stichting.⁹⁹ Daarnaast lijkt het mij, ten aanzien van de als B.V. ingerichte sociale onderneming, wenselijk dat er een duidelijk onderscheid blijft bestaan tussen de aandeelhouders en de *stakeholders*. De invloed van *stakeholders* op de sociale onderneming zou naar mijn idee dan ook beperkt moeten blijven tot een spreek- en adviesrecht ten aanzien van de maatschappelijke doelstelling.¹⁰⁰ Eventueel zouden *stakeholders* dan ten hoogste het schorsen en ontslaan van bestuurders mogen agenderen en zouden zij daaromtrent mogen spreken en adviseren. Als een *stakeholder* vervolgens meer invloed wil, zou hij simpelweg aandeelhouder moeten worden. Bij de toekenning van rechten aan *stakeholders* moet namelijk in acht worden genomen dat de sociaal ondernemer er vrijwillig voor kiest om een maatschappelijk probleem op te lossen. Als een *stakeholder* het beter denkt te kunnen, staat het hem natuurlijk vrij om zelf een sociale onderneming te beginnen. Mogelijk ontstaat er dan een ‘*race to the top*’, omdat sociaal ondernemers elkaar willen aftroeven door zo sociaal mogelijk te ondernemen. De elektrische auto wordt dan ingeruild voor een fiets van de zaak, exorbitante beloningen maken plaats voor een nominaal loon, en het oplossen van maatschappelijke problemen wordt een toewijding in plaats van een marketingtool.

4.2. Winstbewijsbouders

Om het aantrekken van externe financiering voor de MO makkelijker te maken, werden winstbewijzen geïntroduceerd.¹⁰¹ De winstbewijshouders zijn in feite donateurs met winstrechten, of aandeelhouders zonder eigendom.¹⁰² Aan het winstbewijs kunnen namelijk bepaalde rechten worden toegekend,¹⁰³ waaronder het voordragen van commissarissen,¹⁰⁴ maar de winstbewijshouders kunnen het beleid niet beslissend beïnvloeden.¹⁰⁵ Winstbewijshouders hebben zo dus minder rechten dan de BHV. De wetgever erkent dat het winstbewijs vanwege deze beperkte zeggenschapsrechten onaantrekkelijk zal zijn voor grote institutionele beleggers. In plaats daarvan zou het winstbewijs een alternatief kunnen zijn voor particuliere beleggers of beleggingsfondsen met een maatschappelijk doel.¹⁰⁶ De winstbewijzen zijn alleen niet helemaal vrij overdraagbaar, omdat een overdracht zonder voorafgaande goedkeuring van de ‘raad van toezicht’ nietig is.¹⁰⁷ Vanwege al deze waarborgen wordt het winstbewijs minder aantrekkelijk, waardoor de mogelijkheid om financiering makkelijker te maken sterk gerelativeerd wordt.¹⁰⁸ Ik zie het winstbewijs dan ook niet als volwaar-

dig alternatief voor aandelen of een lening.¹⁰⁹ Daarbij in acht genomen dat de B.V. reeds aandelen met een ‘flexibel’ stemrecht en zelfs zonder stemrecht kent.¹¹⁰

5. Conclusie

Veelal worden honden gezien als trouw en katten als egoïstisch. Rechtspersonen hebben te kampen met dezelfde vooroordelen: kapitaalvennootschappen zouden slechts commercieel zijn, terwijl de stichting alleen maar goed doet. Maar de samenleving vraagt tegenwoordig ook van commerciële ondernemingen dat zij verantwoordelijkheid nemen ‘voor het effect dat ze op de samenleving hebben’. Dat gaat sommige ondernemers nog niet ver genoeg. Een ondernemer begint bijvoorbeeld een koffiebar en neemt daar slechts ex-gedetineerden in dienst. Vervolgens neemt die ondernemer genoegen met een minder rijk belegde boterham en investeert hij een deel van de gemaakte winst in de opleiding en coaching van die ex-gedetineerden. Dergelijke ondernemers noemen zichzelf ‘sociaal ondernemer’. Sommige van hen passen ook nog de *Code Sociale Ondernemingen* toe. Aangezien een eigen rechtsvorm en codificatie van die code ontbreekt, moeten sociaal ondernemers de kenmerken van de sociale onderneming en eventueel de principes van die code vrijwillig op de traditionele rechtsvormen toepassen.

Om de maatschappelijke doelstelling te borgen, zijn er weinig ‘passende regels’ nodig. Het lijkt voldoende om de gerechtelijke wijzigingsmogelijkheid van artikel 2:294 BW voor de B.V. grotendeels te kopiëren, als alternatief van de statutenwijziging overeenkomstig artikel 2:231 lid 3 BW. Sociaal ondernemers kunnen er dan vrijwillig voor kiezen om van deze mogelijkheid gebruik te maken, net zoals zij er vrijwillig voor kunnen kiezen om zich aan te sluiten bij de *Code Sociale Ondernemingen*. Ondernemers kunnen elkaar dan aftroeven met de meest sociale onderneming. Mogelijk dat daarop de principes van de *Code Sociale Ondernemingen* alsmat kunnen worden aangescherpt. Codificatie van deze code lijkt mij daarom niet nodig. Het kopiëren van de statutaire wijzigingsregel van de stichting zal daarentegen zeer welkom zijn, het liefst nog voordat de kat zijn negen levens heeft verbruikt.

99. Art. 2:285 lid 1 BW; D.F.M.M. Zaman, ‘Bestuur en toezicht bij de maatschappelijke onderneming’, *Ondernemingsrecht* 2007/178, afl. 16, par. 2.1.

100. Zie ook M. Scheltema, ‘Het voorontwerp voor de maatschappelijke onderneming: een goed begin, maar nog onvoldragen’, *Ondernemingsrecht* 2007/177, afl. 16, par. 2.2.

101. Art. 2:285a lid 2 Wetsvoorstel.

102. *Kamerstukken II* 2008/09, 32003, 3, p. 29 (MvT).

103. Art. 2:307k lid 2 Wetsvoorstel.

104. Art. 2:307c lid 5 Wetsvoorstel.

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

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

107. Art. 2:307k lid 4 Wetsvoorstel.

108. E. Plomp, ‘Winstuitkering door zorginstellingen’, *TvGR* 2009, afl. 7, p. 525-526; S.A. Stevens, ‘Maatschappelijke ondernemingen en de uitkering van winst’, *WPNR* 2009, 6818, p. 875.

109. Zie ook A.C.W. Pijls, ‘De winstuitkerende zorgonderneming’, *TvOB* 2008, afl. 1, par. 5.2.

110. Art. 2:228 lid 4 respectievelijk 5 BW.