

**REACTIE INTERNETCONSULTATIE
DLA PIPER NEDERLAND N.V.**

Aan	Ministerie van Economische Zaken
Betreft	Reactie op de aanzet voor een wettelijke regeling voor een besloten vennootschap met een maatschappelijk doel (BVm)
Van	Mr. dr. M. Holtzer, mr. J. Hamster en mr. J. Alhashime
Datum	7 mei 2021

1. Inleiding

- 1.1 Met interesse hebben wij kennisgenomen van het consultatiedocument van het Ministerie van Economische zaken en Klimaat (EZ), getiteld: ‘Aanzet voor een wettelijke regeling voor een besloten vennootschap met een maatschappelijk doel (BVm)’ (hierna: de “**Aanzet**”). Het daarmee beoogde doel een wettelijke basis te bieden voor de maatschappelijke onderneming in Nederland, ondersteunen wij van harte. Wel veroorloven wij ons enkele kritische opmerkingen bij de beoogde uitvoering ervan, zoals uiteengezet in de Aanzet.
- 1.2 Naar wij begrijpen vindt de Aanzet haar oorsprong in het regeerakkoord van het kabinet Rutte-III, evenals een initiatiefnota van de Tweede Kamer uit 2018. De gedachtenvorming over de maatschappelijke onderneming in Nederland gaat natuurlijk verder terug. Wij wijzen onder meer op de studie van De Ru, Burggraaf en Spaans uit 2005 en het mede daarop gebaseerde wetsvoorstel van de Minister van Justitie van 12 juli 2007 in verband met de introductie van een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming. Dat wetsvoorstel is weinig succesvol geweest. De Aanzet wijst er verder terecht op dat reeds zestien EU-lidstaten in een of andere vorm wetgeving kennen die gericht is op het toekennen van een status aparte aan een maatschappelijke onderneming.

2. De rechtsvorm is te beperkt

- 2.1 Een eerste punt van kritiek is dat wij niet goed begrijpen waarom de maatschappelijke onderneming zich slechts in de mal van de besloten vennootschap mag gieten volgens de Aanzet. Met name de coöperatie biedt naar haar aard mogelijkheden voor samenwerkingsverbanden die in de eerste plaats gericht zijn op een maatschappelijk doel, en daarnaast en slechts voor

zover in overeenstemming met het maatschappelijk doel een winstdeel beogen uit te keren aan participanten. De Aanzet sluit daarnaast een maatschappelijke naamloze vennootschap (NV) uit vanwege de vrije verhandelbaarheid van de aandelen van de NV die een te groot risico voor de primair maatschappelijke koers en het bestendige succes van de maatschappelijke onderneming zou vormen. Dit is een onterecht bezwaar aangezien dit eenvoudig verholpen zou kunnen worden door te vereisen dat voor een 'NVm' de statuten de overdraagbaarheid van de aandelen dienen te beperken. Daarbij zij opgemerkt dat het bezwaar tegen de verhandelbaarheid van aandelen in de Aanzet ook kan gelden voor de rechtsvorm van de besloten vennootschap, maar niet door de Aanzet wordt onderkend.

- 2.2 Voor de vereniging en stichting onderkennen wij enerzijds dat dit een zeer vrije rechtsvorm is, waarbij regels over winstbestemming, *governance* spelregels, betrokkenheid van belanghebbenden en het functioneren van bestuur en toezicht in belangrijke mate ontbreken. Daar staat tegenover dat het wetsvoorstel juist op die terreinen regels had kunnen stellen voor de maatschappelijke stichting en de maatschappelijke vereniging. Dat lijkt een gemiste kans, zeker nu in de praktijk veel bestaande maatschappelijke ondernemers voor die rechtsvormen hebben gekozen.¹ Het is aan te bevelen om voor een verdere uitwerking van de Aanzet de blik te verbreden en te bekijken of aanvullende rechtsvormen voor de maatschappelijke onderneming mogelijk zijn, eventueel met specifieke vereisten ten aanzien van statutaire regelingen.

3. De keuze voor het enquêterecht deugt, maar is te onbegrensd

- 3.1 Een tweede punt van kritiek ziet op de gekozen balans tussen enerzijds het betrekkelijke gemak waarmee een onderneming zichzelf de BVm status kan aanmeten, en de voorgestelde handhaving en bescherming tegen 'greenwashing' door middel van het enquêterecht. Het huidige voorstel legt de toekenning van de BVm-status bij individuele notarissen, zonder enige toekenningscriteria of evaluatiemomenten om te beoordelen of een onderneming de status verdient en ook kan behouden. Enerzijds is die laagdrempeligheid te prijzen. Anderzijds valt het risico op greenwashing daarmee niet te onderschatten. De Aanzet lijkt dat op te willen lossen door te mikken op handhavingsbereidheid van NGOs en andere belangenorganisaties middels het enquêterecht en deze NGOs en belangenorganisaties dus ook

¹ M.J.L.A.M. Zillikens-Loos e.a., 'De maatschappelijke onderneming en haar (nieuwe) juridische jas', *MvO* 2020, afl. 8/9, p. 251-252.

enquêtebevoegdheid toe te kennen. Dit past in een bredere trend waarin handhaving via private partijen (*'private enforcement'*) wordt afgedwongen door het aanmoedigen en openstellen van juridische procedures en is reeds ten tijde van de introductie van het Voorontwerp van wet tot wijziging van het enquêterecht geopperd.²

- 3.2 Wij hebben hier wel onze bedenkingen bij. Niet in de laatste plaats omdat het enquêterecht als handhavingsinstrument een paardenmiddel is. Het is voor de betrokken onderneming uiterst kostbaar, wat extra pijnlijk is voor ondernemingen zonder winstoogmerk en het maatschappelijke doel verder onder druk kan zetten. Daarnaast heeft reeds het verzoeken van een enquête nadelige consequenties voor een onderneming. Juist voor een maatschappelijke onderneming kan dit type media-aandacht grote reputationele gevolgen hebben, zelfs als uiteindelijk geen enquête wordt gelast.³
- 3.3 Wij wijzen verder op het allesbehalve denkbeeldige risico dat bestaande geschillen over de vraag wat 'maatschappelijk' is over de band van het enquêterecht worden uitgevochten. Voorkomen dient te worden dat de maatschappelijke onderneming een speelbal wordt van tegenstellingen in maatschappelijke doelen. Dit soort tegenstelling zijn legio: te denken valt aan een NGO die een enquêteprocedure aanhangig maakt jegens een maatschappelijke onderneming op het gebied van duurzame veehouderij, omdat zij het standpunt huldigt dat van duurzame veehouderij in het geheel geen sprake kan zijn. Of bijvoorbeeld de strijd tussen voorstanders van windenergie – uit oogpunt van duurzaamheid – en tegenstanders – uit het oogpunt van vogelbescherming. Ander voorbeeld: is sprake van het behartigen van maatschappelijk verantwoorde visserij, wanneer een keurmerk wel let op de gehanteerde vismethoden, maar niet op het voorkomen van *modern slavery* in de visserijsector?
- 3.4 Om het paardenmiddel van de enquête in te zetten rekt de Aanzet de enquêtebevoegdheid bovendien wel erg ver op. Dat de maatschappelijke onderneming – naar haar aard opgezet conform het *stakeholder* model – met zich meebrengt dat een bredere kring belanghebbenden enquêtegerechtigd is lijkt ons passend en juist. Wij zouden in ieder geval willen voorstellen dat te beperken tot die belangenorganisaties die ook een daadwerkelijke verbondenheid met de onderneming hebben, een vergelijkbare beperking kan

² Zie bijvoorbeeld S.M. Bartman en M. Holtzer, 'Enquêterecht voorzichtig onder het mes', *Ondernemingsrecht* 2010/14.

³ Zie daarover al *Kamerstukken II* 1967/1968 9596 nr. 3 (MvT).

bijvoorbeeld al gevonden worden ten aanzien van de enquêtebevoegdheid van werknemersorganisaties.⁴ Daarmee wordt enerzijds recht gedaan aan de aard van de maatschappelijke onderneming en anderzijds de kans op het materialiseren van de hierboven geschetste risico's beperkt.

4. Alternatieven voor handhaving maatschappelijk doel

- 4.1 Tot slot zouden we de minister willen voorstellen minder litigieuze handhavingalternatieven in overweging te nemen.
- 4.2 Op het gebied van *stakeholder governance* is het voorstel – in tegenstelling tot het wetsvoorstel van 2007 – weinig ambitieus, terwijl toch juist die dialoog met stakeholders een belangrijk aspect is van maatschappelijk ondernemen en hiermee op een minder litigieuze en meer positieve manier beleid kan worden aangescherpt en bijgestuurd. Vergelijkbaar met de Corporate Governance Code zou bijvoorbeeld de Code Sociale Ondernemingen een wettelijke inbedding kunnen krijgen. Ook zou een monitoringcommissie toezicht kunnen houden op handhaving en kunnen adviseren over de noodzaak van verdere *governance* richtlijnen.
- 4.3 Daarnaast achten wij het een gemiste kans dat de Aanzet niet voorziet in een (verdere) uitwerking van een vorm van belanghebbendenvertegenwoordiging teneinde de betrokkenheid van alle *stakeholders* te vergroten. De Commissie-Wijffels heeft reeds in 2006 aanbevolen om bij maatschappelijke ondernemingen een belanghebbendenvertegenwoordiging in te stellen. Een eventuele vorm van belanghebbendenvertegenwoordiging verdient tevens enquêtebevoegdheid te krijgen om indien nodig in te kunnen grijpen bij de maatschappelijke onderneming. Naar huidig recht is het reeds mogelijk de belanghebbendenvertegenwoordiging enquêtebevoegdheid toe te kennen. Hiervoor is wel vereist dat dit in de statuten wordt opgenomen.⁵ Denkbaar is dat de uiteindelijke regeling voor de BVm vereist dat de BVm in haar statuten opneemt dat de belanghebbendenvertegenwoordiging enquêtebevoegdheid heeft, vergelijkbaar met de enquêtebevoegdheid die de cliëntenraad van zorginstellingen heeft ingevolge de toepasselijke Wet toelating zorginstellingen (WTZi).⁶ Dat de toekenning van enquêtebevoegdheid aan een

⁴ Zie art. 2:347 BW.

⁵ Zie art. 2:346 lid 1 sub e BW.

⁶ M. Holtzer, 'De medezeggenschap van de belanghebbendenvertegenwoordiging in de maatschappelijke onderneming', *Ondernemingsrecht* 2007/179.

vertegenwoordiging van bepaalde stakeholders geen loze letter is, laat zich in de praktijk bewijzen.⁷

5. Conclusie

- 5.1 Het beoogde doel van de Aanzet is nastrevenswaardig en creëert hernieuwde aandacht voor de maatschappelijke onderneming. De maatschappelijke onderneming is in vele andere landen niet meer weg te denken en de tijd is ook rijp voor de wettelijke verankering van de maatschappelijke onderneming in Nederland.
- 5.2 De uitvoering van de Aanzet zien wij echter op een aantal in deze reactie genoemde punten anders dan nu is voorgesteld. Wij hopen de wetgever middels deze reactie van een aantal handvatten verschaft te hebben voor een verdere en betere uitwerking van de Aanzet en zijn uiteraard bereid om nadere toelichting te geven op onze reactie.

⁷ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 24 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:144, *JOR* 2020/171 m.nt. C.D.J. Bulten.