

Aan: Ministerie van Economische Zaken en Klimaat

Betreft: Reactie van prof. mr. dr. Tineke Lambooy en dr. Aikaterini Argyrou LL.M. van Nyenrode Business Universiteit op het Consultatiedocument BVM

Datum: 7 mei 2021

Dank voor het consultatiedocument en het voorstel voor de wet waarin de maatschappelijke BV, de BVM, wordt geïntroduceerd (Consultatiedocument), waarvoor waardering. Hieronder volgt een aantal opmerkingen ten aanzien van het Consultatiedocument. In deel 1 zijn de opmerkingen opgenomen inzake de grote lijnen van het wetsvoorstel dat in het Consultatiedocument wordt gepresenteerd en in deel 2 een aantal specifieke opmerkingen betreffende de tekst van het Consultatiedocument.

1. Opmerkingen inzake de grote lijnen van het wetsvoorstel gepresenteerd in het Consultatiedocument

In de studie die in 2019-2020 door Nyenrode Business Universiteit (Nyenrode) en KPMG is uitgevoerd voor het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat (EZK) betrof de eerste vraag om een eenduidige definitie te formuleren van het begrip maatschappelijke onderneming en deze te operationaliseren (het KPMG/Nyenrode Rapport).¹ Daartoe hebben de onderzoekers literatuuronderzoek uitgevoerd en de definities van diverse relevante internationale en nationale organisaties vergeleken (o.m. EU, OECD, Code Sociaal Ondernemen; SER; Social Enterprise NL). De tabellen met de vergelijking en de analyses zijn opgenomen in de Bijlagen 5 en 6 van het KPMG/Nyenrode Rapport d.d. 1 maart 2020.²

Werkdefinitie maatschappelijke onderneming³

Op basis van deze definities hebben de onderzoekers een werkdefinitie voorgesteld in samenspraak met een ingestelde klankbordgroep van stakeholders (daarin zaten bijna alle netwerkorganisaties van maatschappelijke ondernemingen in Nederland; Klankbordgroep) en de Interdepartementale Begeleidingsgroep (vertegenwoordigers van diverse ministeries). De definitie bevat de meest kenmerkende elementen ('kenmerken' of 'kernelementen') uit de definities gebruikt door genoemde organisaties. Juridisch is vooral relevant de definitie die de EU Commissie hanteert, omdat deze terugkomt in de EU Verordening Nr. 346/2013 inzake Europese sociaalondernemerschapsfondsen (de EU Verordening), waarmee deze definitie een juridische status heeft gekregen.⁴ De EU Verordening was aangenomen om de financiering van maatschappelijke ondernemingen in de EU te bevorderen. Doordat

¹ KPMG/Nyenrode Rapport, pp. 8 en 24-26; <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2020/03/01/stimuleren-van--herkening--van-sociale-ondernemingen>.

² Idem, Bijlagen 5 en 6.

³ In het KPMG/Nyenrode Rapport wordt de term 'sociale onderneming' gehanteerd, omdat EZK die term in de opdracht van het onderzoek gebruikte. Naar aanleiding van het onderzoek en op advies van de onderzoekers is EZK overgegaan op de term 'maatschappelijke onderneming', omdat deze beter de lading dekt van de diverse ecologische en sociale maatschappelijke doelen van maatschappelijke ondernemingen in de praktijk. In deze Nyenrode-reactie op het Consultatiedocument wordt steeds de term 'maatschappelijke onderneming' gebruikt.

⁴ Verordening (EU) Nr. 346/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2013 inzake Europese sociaalondernemerschapsfondsen, OJ L 115, 25.4.2013. Zie voor de kernmerken van een maatschappelijke onderneming: art. 3 onder d); <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:32013R0346&from=EN>.

er nu uniforme regels gelden voor de kwalificatie van een ‘Europees sociaalondernemersfonds’, zijn dergelijke investeringsfondsen met een maatschappelijk karakter, ook wel genoemd ‘impact investment funds’, beter herkenbaar in de markt. Zij investeren in maatschappelijke ondernemingen die voldoen aan de kenmerken genoemd in de EU Verordening. Dezelfde kenmerken komen ook terug in de bepalingen van de Europese Aanbestedingsrichtlijn,⁵ waarmee de EU beoogt de lidstaten te stimuleren om in hun aanbestedingstrajecten voor diensten op het gebied van gezondheid en sociale en culturele diensten, ruimte te creëren voor maatschappelijke ondernemingen.

In het KPMG/Nyenrode Rapport is de volgende werkdefinitie voorgesteld voor de maatschappelijke onderneming:⁶

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

Belangrijke kernelementen zijn derhalve:

- a. economische actor;
- b. nastreven van een maatschappelijk doel;
- c. beperkingen in verdeling van winst en vermogen;
- d. dialoog met stakeholders;
- e. transparantie over gerealiseerde maatschappelijke impact; en
- f. zelfstandigheid.

Om deze kernelementen te operationaliseren, zijn op basis van de onderzoeksresultaten (deskresearch, survey, interviews en overleg met de Klankbordgroep en de Interdepartementale Begeleidingsgroep) de volgende voorstellen in de studie ontwikkeld voor verdere specificering. De letters verwijzen naar de elementen genoemd in de werkdefinitie:⁷

⁵ Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG; artt. 20 en 77 (zie met name de kenmerken van een maatschappelijke onderneming genoemd in lid 2 van art. 77).

⁶ KPMG/Nyenrode Rapport, p. 24.

⁷ Idem, p. 24/25.

- a. duidelijk maken dat het om een onderneming met een verdienmodel gaat (bijv. doordat zij btw-plichtig is, vennootschapsbelastingplichtig, of Inkomstenbelastingplichtig);
- b. om te bepalen dat er sprake is van een maatschappelijke missie wordt gekeken of de missie aansluit bij het concept 'algemeen nut', zoals gedefinieerd in de fiscale ANBI-wetgeving. Daarin wordt een aantal relevante categorieën genoemd. Wij stellen voor daaraan twee categorieën toe te voegen: 'creatie van werkgelegenheid voor mensen met een vergrote afstand tot de arbeidsmarkt' en 'bevordering van het naleven van mensenrechten';
- c. transparant zijn over de bijdrage aan de maatschappelijke missie en dit vastgelegd hebben in de statuten ('kapitaalklem'). Uit de interviews kwam naar voren dat een beperking van 50 -75 procent gewenst zou zijn teneinde greenwashing te voorkomen. Luxemburg hanteert 50 procent, dat zou een goed inspiratievoorbeeld kunnen zijn. Het hebben van statuten impliceert dat de maatschappelijke onderneming in de vorm van een rechtsvorm met rechtspersoonlijkheid wordt gedreven;
- d. transparant zijn over de stakeholderdialoog en de uitkomsten plus opvolging daarvan. De rol van stakeholders in de besluitvorming is vastgelegd in statuten. Het hebben van statuten impliceert dat de maatschappelijke onderneming in de vorm van een rechtsvorm met rechtspersoonlijkheid wordt gedreven;
- e. maatschappelijke waarde omvat zowel sociaal als natuurlijk kapitaal; en
- f. onafhankelijk in zowel financiële als bestuurlijke zin. Hiermee wordt beoogd dat organisaties zelfstandig zijn en onafhankelijk hun beleid kunnen formuleren en implementeren. Dat houdt bijvoorbeeld in dat zij slechts beperkt of helemaal onafhankelijk zijn van giften of subsidies van overheden en andere organisaties alsook dat zij niet onderdeel zijn van een grote (multinationale) onderneming, die hen als aandeelhouder aanstuurt.

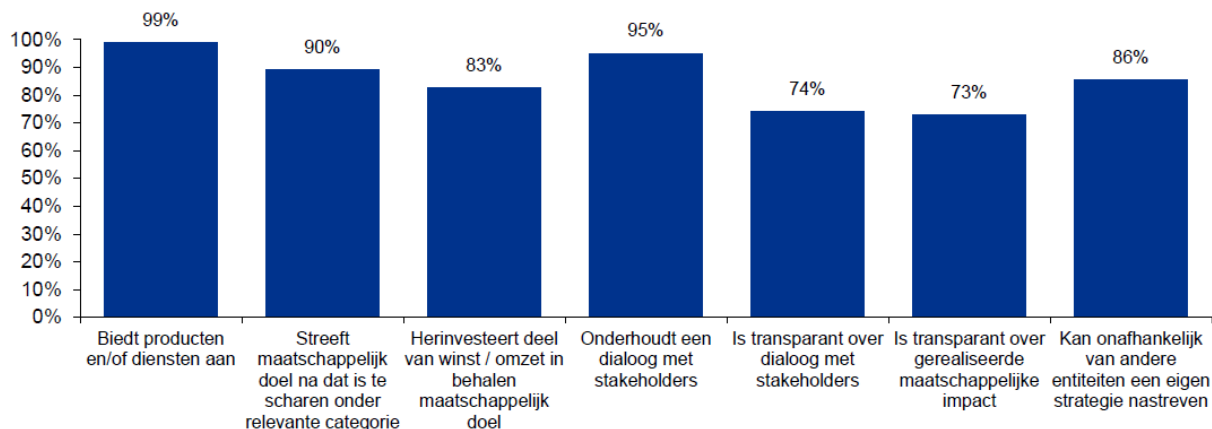
In het KPMG/Nyenrode onderzoek was aan 242 ondernemingen (waarvan 220 aangaf zichzelf te zien als een maatschappelijke onderneming) uitgevraagd wat de kenmerken zijn van een maatschappelijke onderneming. Figuur 10 van het KPMG/Nyenrode Rapport (zie hieronder) laat zien dat alle hierboven genoemde kenmerken veel weerklank hadden bij de ondernemingen.⁸ De 242 ondernemingen geven aan dat zij aan bijna elk van de hierboven genoemde kenmerken voldoen: 73% is de laagste score (transparantie over gerealiseerde maatschappelijke impact) en 95% is de hoogste score (onderhoud dialoog met de stakeholders).⁹ Daarnaast is in dit onderzoek met ruim 30 experts, stakeholders (financiers, private en publieke inkopers, e.a.) en maatschappelijke ondernemingen gesproken.¹⁰ Voorts hadden de Klankbordgroep en de Interdepartementale Begeleidingsgroep veel invloed op elke stap in het onderzoeksproces.

⁸ KPMG/Nyenrode Rapport, p. 26.

⁹ Idem.

¹⁰ Idem, p. 30 e.v.

Figuur 10: Percentage van respondenten dat aangeeft te voldoen aan de verschillende elementen van de definitie van sociaal ondernemerschap (n=242)



Kabinet: Werkdefinitie basis voor BVm wetsvoorstel

De werkdefinitie uit het KPMG/Nyenrode Rapport is door de Staatsecretaris van EZK expliciet geaccepteerd in de brief van 10 juli 2020, die zij namens het kabinet aan de Tweede Kamer stuurde. Daarbij vermeldde de Staatsecretaris dat deze definitie de basis zou vormen voor het wetsvoorstel van de BVm:

“Bij de nadere uitwerking van de regeling voor de maatschappelijke BV vormt de definitie van [maatschappelijke] ondernemingen zoals geformuleerd in het KPMG/Nyenrode-rapport het uitgangspunt. De kern van de regeling zal zijn dat de kenmerken uit deze definitie worden uitgewerkt in een aantal vereisten waaraan de statuten en de onderneming moeten voldoen indien een onderneming zich wenst te registreren als maatschappelijke onderneming.”¹¹

Zoals hiervoor uitgelegd, sluit de werkdefinitie en de daarin genoemde kenmerken van een maatschappelijke onderneming naadloos aan bij Europese wetgeving (EU Verordening en Europese Aanbestedingsrichtlijn), alsook bij de wetgeving die in andere Lidstaten is geïntroduceerd als speciale rechtsvorm voor maatschappelijke ondernemingen.¹² De werkdefinitie sluit ook aan bij definities die Nederlandse organisaties hanteren.

In het Consultatiedocument ontbreken een aantal kernelementen

In het Consultatiedocument is een aantal van de kernelementen van de definitie niet of niet geheel opgenomen in het wetsontwerp voor de BVm. Het gaat om:

¹¹ Kamerbrief d.d. 10 juli 2020, p. 2;

[Kamerbrief over Sociaal Ondernemen – Rijksoverheid.](#)

¹² Europese Commissie (2015), A map of social enterprises and their eco-systems in Europe: Synthesis Report; Europese Commissie (2020), Social enterprises and their ecosystems in Europe. Comparative synthesis report.

c. een deel van de omzet (her)investeren in het bereiken van het maatschappelijke doel en/of beperkt zijn in de verdeling van winst en vermogen, e.e.a. om te garanderen dat het maatschappelijk doel voorgaat;

d. hun relevante stakeholders identificeren en daarmee minimaal jaarlijks in dialoog gaan;

f. onafhankelijk van de overheid en/of andere entiteiten een eigen strategie kunnen nastreven.

Het Consultatiedocument bespreekt deels waarom kernelement c. (deels) niet is opgenomen, waarover enkele meer specifieke opmerkingen hieronder, maar niet waarom de elementen onder d. en f. niet zijn opgenomen, waarover ook specifieke opmerkingen volgen.

Daarmee voldoet het wetsvoorstel voor de BVM zoals in het Consultatiedocument wordt besproken niet aan de definitie van de maatschappelijke onderneming zoals die in de EU wordt gehanteerd (EU Verordening en Europese Aanbestedingsrichtlijn). Daardoor zullen Nederlandse maatschappelijke ondernemingen ook niet automatisch kwalificeren voor Europese impactfondsen (EU Verordening) en derhalve niet van dergelijke financiering kunnen profiteren noch van de voordelen die de Europese Aanbestedingsrichtlijn biedt voor maatschappelijke ondernemingen. Dat zal dan ten nadele zijn van de Nederlandse maatschappelijke ondernemingen, aangezien die Europese wetgeving juist beoogt maatschappelijke ondernemingen te steunen en de sector te stimuleren. Dat plaatst Nederlandse maatschappelijke ondernemingen binnen de EU op een achterstand om fondsen en opdrachten aantrekken en frustreert het *level playing field*.

Kernelement c. Prioriteren maatschappelijk doel

Het Consultatiedocument vermeldt op p. 10 ten aanzien van dit kernelement: “dat de algemene vergadering van aandeelhouders van een BVM bij het bestemmen van de winst en het vaststellen van uitkeringen de verwezenlijking of bevordering van het maatschappelijk doel voorop moet stellen, voor zover dit de instandhouding en de langetermijnbelangen van de aan de vennootschap behorende onderneming niet in gevaar brengt.” Niet wordt echter vereist dat het beleid daaromtrent in de statuten wordt vastgelegd, opdat het voor iedereen kenbaar is. Verder wordt niet vereist dat het winst- en uitkeringsbeleid inhoudt dat een deel van de omzet wordt ge(her)investeed in het bereiken van het maatschappelijke doel en/of dat er een beperking geldt voor uitkeringen aan de aandeelhouder ten aanzien van winst en vermogen, e.e.a. om te garanderen dat het maatschappelijk doel voorgaat.

Het Consultatiedocument gaat uit van een beleid daaromtrent dat niet in de statuten staat, elk jaar kan worden gewijzigd (zonder tussenkomst van stakeholders) en geen minimum percentage voor (her)investering in het maatschappelijk doel en/of maximum percentage kent voor uitkeringen aan de aandeelhouder. Daardoor is de aandeelhouder eigenlijk vrij zijn eigen belang voorop te stellen. Immers, het beleid kan elk jaar worden gewijzigd en is niet op een in rechte afdwingbare manier in de statuten opgenomen. Bovendien is de voorgestelde formulering (‘voor zover dit de instandhouding en de langetermijnbelangen van de aan de vennootschap behorende onderneming niet in gevaar brengt’) zo

ruim dat er altijd een escape is. Inherent tegenstrijdig is voorts de formulering ‘instandhouding en langetermijnbelangen’ als gevaar voor de onderneming, aangezien die bij een maatschappelijke onderneming juist op de maatschappelijke missie zien. Als die missie zou zijn vervuld, is er geen langetermijnbelang dat instandhouding vereist. Met deze tekstuele toevoeging is het resultaat dat de maatschappelijke missie niet meer voorop staat en de BVm nagenoeg hetzelfde kan functioneren als een BV voor wat betreft winst- en uitkeringsbeleid. Tevens ontbreekt in de formulering in het Consultatiedocument de rol van de stakeholders ter zake van het winst- en uitkeringsbeleid.

Deze afwijkingen van de werkdefinitie waarnaar in de kabinetsbrief van 10 juli jl. werd verwezen, wordt in het Consultatiedocument uitgelegd met de verklaring dat een statutaire vastlegging ‘minder flexibiliteit en beoordelingsvrijheid aan de onderneming’ overlaat. Echter, er was flexibiliteit gecreëerd in de werkdefinitie: iedere maatschappelijke onderneming kan zelf bepalen welke percentages zij wil hanteren en zij kan ook zelf beslissen of dat percentage geldt voor investeringen in het bereiken van het maatschappelijke doel en/of geldt ter zake van het beperken van uitkeringen aan de aandeelhouders.

Deze ‘kapitaalklem’ is juist een kernelement van een maatschappelijke onderneming in alle onderzochte definities, namelijk dat de maatschappelijke missie *voor* het uitkeren aan de aandeelhouder gaat. Inderdaad minder flexibel dan bij een gewone BV, maar men maakt juist een keuze voor een BVm. Een BVm is niet een BV. En inderdaad minder beslissingsbevoegdheid bij de aandeelhouders dan bij een gewone BV, maar dat weten aandeelhouders en andere financiers al vanaf het moment waarop zij met de BVm in zee gaan. Zij weten dat het winst- en uitkeringsbeleid op een heldere wijze gerelateerd is aan de maatschappelijke missie zoals die in de statuten staat. Teneinde een voor derden transparante beperking te bereiken, kan deze het beste in de statuten worden opgenomen.

Op pag. 13 van het Consultatiedocument staat “Het is verder nadrukkelijk niet de bedoeling dat een BVm verplicht wordt investeringen te doen om het maatschappelijk doel voorop te stellen in omstandigheden waarin dat voor andere vennootschappen in dezelfde financiële situatie normaal gesproken niet prudent zou zijn.” Echter, een BVm wordt volgens de werkdefinitie nooit verplicht investeringen te doen als bij aanvang de keuze is gemaakt om alleen de uitkeringen aan de aandeelhouder te beperken. In de werkdefinitie staat immers “en/of”. Indien bij aanvang de keuze zou zijn gemaakt voor investeringen in het bereiken van het maatschappelijk doel vanuit de omzet, dan is dat net als kosten een voorbelastingenpost.

Voorts wordt in het Consultatiedocument op pag. 13 aangegeven dat een statutaire beperking zoals opgenomen in de werkdefinitie tot omzeiling van het nastreven van het maatschappelijke doel kan leiden. Echter, de in het Consultatiedocument voorgestelde formulering creëert veel duidelijker kansen voor omzeiling door de gebezigde open termen en de omissie van het opnemen van heldere afspraken hierover in de statuten.

Op pag. 14 van het Consultatiedocument staat voorts: “Een van omzeiling te onderscheiden situatie is de inkoop door de vennootschap van aandelen of certificaten tegen terugbetaling. Dit is zonder meer toegestaan op grond van het wetsvoorstel, conform de daarvoor in het BW opgenomen regels. De

terugbetaling zal over het algemeen aandeel- en certificaathouders ten goede komen en niet tot een directe en reële investering in de onderneming leiden.” Deze opmerking is onduidelijk, hoe kan inkoop leiden tot een investering van het maatschappelijke doel, er gaat immers cash uit? En inkoop zou juist ook onder de in de statuten geformuleerde kapitaalklem moeten vallen, omdat ook dat een vorm is van uitkering aan de aandeelhouder.

De passages op pag. 14 en 15 van het Consultatiedocument inzake ‘gerede twijfel’ bevestigen weer het hiervoor gemaakte punt dat zonder een statutaire kapitaalklem, de aandeelhouders zichzelf kunnen prioriteren boven de maatschappelijke missie. Op die manier wordt de BVm weer een gewone BV. Ondernemers die dat willen, kunnen de gewone BV-vorm hanteren en hoeven niet te opteren voor een BVm.

Op pag. 15 van het Consultatiedocument wordt voorgesteld dat via een algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld over het winst en reservebeleid. Daarmee wordt de BVm wet een lastig te hanteren wet voor ondernemers, hun financiers en contractspartners. Indien de BVm-wet niet zelf helder voorschrijft dat dit beleid in de BVm’s statuten wordt opgenomen, moeten die derden eerst gaan uitzoeken wat de regel is en hoe zij dat beleid van de betreffende BVm kunnen vinden.

Al met al komt in de tekst en toelichting betreffende de kapitaalklem in het Consultatiedocument naar voren dat men er eigenlijk naar streeft om de BVm zoveel mogelijk op een BV te laten lijken en bijna nergens, met uitzondering van de statutaire maatschappelijke missie, een voor maatschappelijke ondernemingen op maat gemaakte regeling wil/kan ontwerpen in de BVm. Dat is jammer, want de EU en de andere EU-lidstaten doen dat wel en hierdoor missen de Nederlandse huidige en toekomstige maatschappelijke ondernemingen de boot en het gelijke speelveld. Wanneer huidige ondernemingen niet de intentie hebben om de kernelementen in hun organisatie te implementeren, dan kunnen zij beter de BV-vorm of coöperatie of andere vorm blijven hanteren. Echter, uit het KPMG/Nyenrode onderzoek bleek juist de overgrote meerderheid van de Nederlandse maatschappelijke ondernemingen thans al aan al die vereisten voldoen en ook het belang van een kapitaalklem onderschrijven, zelfs wanneer daar een percentage van 50 procent of hoger als uitkeringsklem in zou worden opgenomen. Hun contractspartners en financiers onderschreven ook het belang van strikte criteria die in de BVm-wet zouden moeten worden opgenomen en die een BVm in haar statuten zou moeten invullen.

Het vervagen en eigenlijk niet opnemen van kernelement c. wordt in het Consultatiedocument beargumenteerd met de opmerking dat er twee bijeenkomsten zijn gehouden op het Ministerie, een met experts en een met ondernemers.¹³ Daarvan zijn geen notulen publiek beschikbaar gemaakt, noch is bekend gemaakt wie daarbij aanwezig waren en welke vraagstelling aan hen was voorgelegd. Die twee bijeenkomsten vormden geen onderdeel van het uitgebreide KPMG/Nyenrode onderzoek. Door alleen de wensen van een aantal huidige ondernemers te beluisteren, ontbreekt het perspectief van nieuwe ondernemers die in de toekomst de BVm willen gaan gebruiken voor hun maatschappelijke onderneming.

Het is opmerkelijk dat die extra twee bijeenkomsten, waar de KPMG/Nyenrode onderzoekers niet voor waren uitgenodigd, ertoe leiden dat er een geheel andere weg wordt ingeslagen dan die welke door de

¹³ Zie Consultatiedocument, p. 2.

Staatssecretaris namens het kabinet aan de Tweede Kamer is toegezegd. De in het Consultatiedocument ingevoerde veranderingen leiden zoals hierboven uitgelegd tot nadelen voor de maatschappelijke ondernemingen in Nederland en hun (h)erkenbaarheid, aangezien deze dan niet meer voldoen aan de EU-definitie voor maatschappelijke ondernemingen, zoals die in de EU Verordening en de EU Aanbestedingsrichtlijn zijn opgenomen. Een dergelijke ‘last minute’ wijziging lijkt de efficiëntie van het wetgevingsproces ook niet ten goede te komen aangezien veel tijd is besteed aan genoemde studie, alsook kosten zijn gemaakt, waarna de resultaten deels opzij worden geschoven zonder heldere argumenten of besluitvorming.

Kernelement d. Stakeholderbetrokkenheid

Het niet opnemen van de kernelementen d en f, zonder enige uitleg in het Consultatiedocument, is ook vreemd. Kenmerk d. is een essentieel kenmerk van een maatschappelijke onderneming, namelijk dat ten minste jaarlijks met stakeholders de dialoog wordt aangegaan om hen te betrekken bij de organisatie van de BvM en dat in de statuten wordt voorgeschreven op welke wijze dat gebeurt. Het kenmerk houdt in dat stakeholders invloed hebben op belangrijke besluiten van de BvM, zoals het vaststellen van het winst- en uitkeringsbeleid,¹⁴ het wijzigen van de statutaire maatschappelijke doelstelling en voorgenomen wijzigingen van de organisatie door fusie (welke vorm ook), splitsing, omzetting, liquidatie. Stakeholders hebben ook een rol bij het maatschappelijke verslag: zij zijn diegenen die dat goed kunnen beoordelen. Indien de statuten hier geen regeling voor bevatten, zoals nu in het Consultatiedocument wordt voorgesteld, is het dus niet verplicht om stakeholders bij de organisatie van de BvM te betrekken en vervaagt dit kernelement, aangezien derden niet in de statuten kunnen nagaan wat het stakeholderbeleid is van deze BvM en daarover ook niet jaarlijks wordt gerapporteerd door de BvM.¹⁵

In het KPMG/Nyenrode rapport wordt het belang van kenmerk d. als volgt toegelicht:

“Transparant zijn over de stakeholderdialoog en de uitkomsten plus opvolging daarvan. De rol van stakeholders in de besluitvorming is vastgelegd in statuten. Het hebben van statuten impliceert dat de maatschappelijke onderneming in de vorm van een rechtsvorm met rechtspersoonlijkheid wordt gedreven.”¹⁶

Het element van stakeholderbetrokkenheid bij de organisatie is een element dat in alle geraadpleegde definities naar voren kwam. Alhoewel een BvM statutair zo kan worden ingericht dat stakeholders een rol krijgen, is het van belang dat dit als kernelement in de BvM-wet komt door te vereisen dat de BvM in de statuten opneemt hoe zij de stakeholdersdialoog en –invloed vormgeeft. Alleen op die manier is de aanpak voor iedereen kenbaar en ontstaat een duidelijk verschil met de gewone BV. Dat kenmerk is dan ook afdwingbaar in rechte via art. 2:21 BW en in private situaties waar financiers, contractspartners of afnemers van een BvM eisen dat deze aan de wettelijke vereisten van een BvM voldoet en de eigen statuten naleeft. De laatste is een gebruikelijke bepaling in allerlei soort contracten.

¹⁴ Dit wordt in het Consultatiedocument op p. 16 wel gesuggereerd, maar er wordt niet vereist het statutair vast te leggen.

¹⁵ Idem, p. 17.

¹⁶ KPMG/Nyenrode rapport, p. 25.

Kernelement f. Zelfstandigheid/onafhankelijkheid.

Dat gaat hierom:

“Onafhankelijk in zowel financiële als bestuurlijke zin. Hiermee wordt beoogd dat organisaties zelfstandig zijn en onafhankelijk hun beleid kunnen formuleren en implementeren. Dat houdt bijvoorbeeld in dat zij slechts beperkt of helemaal onafhankelijk zijn van giften of subsidies van overheden en andere organisaties alsook dat zij niet onderdeel zijn van een grote (multinationale) onderneming, die hen als aandeelhouder aanstuurt.”¹⁷

Ook dit element is opzijgeschoven zonder enige uitleg. In het Consultatiedocument wordt expliciet aangegeven dat een BVm een dochtermaatschappij of deelneming kan zijn van een groep (pag. 19), zelfs de dochtermaatschappij van een multinational. Dit past juist niet bij de onafhankelijkheid van een maatschappelijke onderneming, die steeds zelf dient te kunnen bepalen hoe het businessmodel, de activiteiten en het uitkeringsbeleid wordt vormgegeven, weliswaar in overleg met stakeholders, waaronder ook de aandeelhouders. Indien een BVm dochtermaatschappij of deelneming kan zijn van een commerciële groep van ondernemingen, is de kans groot dat op een dag die groep als aandeelhouder druk gaat uitoefenen op de BVm om het winst- en reservebeleid (alsook ander beleid zoals betreffende werknemers) op een bepaalde manier vorm te geven en wel alle winst aan de aandeelhouder uit te keren, etc. Reguliere ondernemingen hebben nu eenmaal een winstdoel voorop staan en niet het maken van maatschappelijke impact. Daarom is het essentieel dat een maatschappelijke onderneming in de vorm van de BVm vrij is om een eigen koers te volgen, innovatieve businessmodellen te ontwikkelen en in overleg met stakeholders de maatschappelijke en financiële resultaten te beoordelen en evt. de koers te wijzigen.

2. Specifieke opmerkingen betreffende het wetsvoorstel gepresenteerd in het Consultatiedocument

Pag. 5 Consultatiedocument

Advies om in regel 1: “ieder der bestuurders” te vervangen door “het bestuur”, anders loopt dit in de praktijk raar als er meerdere bestuurders zijn.

Pag. 6

Onder 5. Regel 3: “zonder dat ... [volledig] uitsluit. Vraag: een BVm mag dat in de statuten toch wel volledig uitsluiten desgewenst? Statuten kunnen immers altijd weer worden gewijzigd.

Onder 6.d. “bescherming van natuur en milieu, daaronder begrepen bevordering van duurzaamheid”. De laatste 5 woorden maken het doel erg breed en ongedefinieerd. Advies: schrappen.

Pag. 7

¹⁷ Idem.

Onder m. arbeidsparticipatie. Advies om toe te voegen: “van mensen met een achterstand tot de arbeidsmarkt”. Reden: anders is het doel veel te open en breed en valt elk bedrijf met werknemers in dienst daaronder. Bovendien sluit de tekst dan ook beter aan bij de EU Aanbestedingsrichtlijn.

Regel 5 van het kader: “een zeker winstrecht van aandeelhouders van de BvM dient gewaarborgd te blijven”. Vraag: Waarom? Het is geen gewone commerciële BV, dus waarom zou je dat niet mogen uitsluiten of anders invullen, bijvoorbeeld dat contractspartners, werknemers of belanghebbenden winstrechten krijgen?

Pag. 10-17 inzake de regeling betreffende beperking van winst- en andere uitkeringen aan de aandeelhouders – zie alle opmerkingen hiervoor in deel 1. In aanvulling daarop:

Pag. 15, laatste zin onder 9. Advies om toe te voegen na: “het doen van uitkeringen” de volgende woorden “aan aandeelhouders” Dat is ook in lijn met art. 2:216 BW.

Pag. 17 regel 6: “... naar de rechter te stappen...” Vraag: op grond waarvan? Indien het beleid niet in de statuten is verankerd geldt art. 2:21 lid 3 BW niet.

Pag. 17-18 inzake verslaglegging – zie de opmerkingen hiervoor in deel 1 betreffende betrokkenheid stakeholders (kernelement d.). In aanvulling daarop:

Pag. 17, Punt 14, regels 5 en 6: juist die zaken over winst- en reservebeleid en de relatie met stakeholders zouden sowieso onderwerpen moeten zijn van het maatschappelijk verslag of paragraaf.

Laatste kader, verslaglegging, punt 2. “In het kader van zelfregulering...”. Advies dit te wijzigen in: “Door aansluiting te zoeken of lid te worden van de bestaande netwerkorganisaties en zelfregulering op dit gebied. Goed zou zijn in de wetstoelichting de bestaande organisaties bij naam te noemen, aangezien het de vergelijkbaarheid bevordert als maatschappelijke ondernemingen zich bij de implementatie van de wettelijke BvM vereisten laten ondersteunen en leiden door de bestaande organisaties. Tot nog toe hebben zij een belangrijke rol gespeeld in het bevorderen van de herkenning van maatschappelijke ondernemingen in Nederland bij gebreke van een op maat gemaakte rechtsvorm.

Pag. 18, regel 9, “mogen de lidstaten...”. Advies om na de lidstaten in te voegen: “opteren om”.

Pag. 19-23 inzake zelfstandigheid en onafhankelijkheid van een BvM om eigen beleid te voeren (kernelement f.), zie hiervoor de opmerkingen gemaakt in deel 1. In aanvulling daarop:

Pag. 19, kader, eerste punt: hier zou juist een uitzondering moeten gelden dat een BvM niet onderdeel kan zijn of worden van een groep.

Pag. 21, eerst punt betreffende een zuivere splitsing – advies om te vereisen dat de verkrijgende rechtspersoon ook een BvM is, anders haal je met een splitsing het kenmerkende karakter van een BvM en het beschermde kapitaal onderuit.

Pag. 21, punt 4 – verzet en beoordeling van de rechter. Hoe kan de rechter dan beoordelen of het verzet terecht is? En hoe kunnen belanghebbenden tijdig kennismaken van een voorstel tot fusie of splitsing. Zij zullen veelal andere maatschappelijke ondernemers zijn en die lezen niet elke dag de krantenadvertenties

t.a.v. fusies en splitsingen door. Daarvoor zou dan een apart BVm register moeten worden aangelegd, bijv. bij de KvK, opdat men het snel kan vinden.

Pag. 21, punt 5 – t.a.v. beëindigen BVm status. Als ondernemers zonder enig overleg met hun stakeholders en/of de rechter de BVm status zouden kunnen beëindigen, wat is de BVm status dan nog waard voor financiers, inkopers, consumenten en andere contractspartijen die juist met die onderneming zakendoen omdat die een BVm is? Dan kunnen die ondernemers die op 15 december 202 zich uitspraken beter in een gewone BV-vorm blijven zakendoen. Daarom is het voor derden van belang te weten wie de stakeholders zijn van een BVm en dat de statuten hen rechten/invloed geven op een duidelijk omschreven wijze. De BVm status kan worden gewijzigd door de statuten te wijzigen, dus als de stakeholders daar invloed op moeten hebben volgens de statuten, kan de notaris die de statuten wijzigt dat beoordelen en verifiëren.

Pag. 21, punt 6 – kring van personen die verzet mogen aantekenen verruimen – hoe?

Pag. 23 – punt 1 – hier wordt wel verwezen naar een statutaire beperking aan de besteding van het vermogen. Dat zou consistent overal in het wetsvoorstel kunnen worden geïmplementeerd.

Nr. 24, regel 5, toevoegen na “persoon”: “of organisatie”.

Pag. 24

Pag. 24, punt 3, advies toe te voegen: verzetsprocedure ook melden op de website van de BVm en via een mailing aan de stakeholders.

Pag. 24, punt 4, de status van BVm eindigt pas als de statuten zijn gewijzigd en de status is gewijzigd in het KvK register.

Pag. 24, punt 5, idem.

Pag. 24, punt 6, idem.

Pag. 25

Pag. 25, punt 1, idem. Statutenwijziging is nodig en kan bij de KvK worden neergelegd en op de website worden aangekondigd om alles zo transparant mogelijk te doen teneinde de stakeholders op de hoogte te houden. Een transparante bedrijfsvoering is een van de kernelementen van een maatschappelijke onderneming (kernelement d. van de werkdefinitie).

Nr. 28, punt 1. Advies: definieer “overschot”. Bijvoorbeeld zoals bij de CIC in de UK.

Pag. 26

Pag. 26, nr. 29 regel 6, “Voorwaarde is”. Met deze voorwaarde wordt de toegang tot de Ondernemingskamer erg beperkt. Bijvoorbeeld als er een organisatie zou opstaan, die tot doel heeft te controleren of BVm zich inderdaad aan hun maatschappelijk doel committeren, dan zou die organisatie niet het recht hebben naar de rechter te gaan omdat deze dan niet aan de voorwaarde voldoet.

Nr. 30, regel 3, na “Het handelsregister...” toevoegen: “en de statuten”.