Universiteit Utrecht

Institutions for Open Societies

Utrecht University
Social Entrepreneurship Initiative

Versnelling en verbreding van sociaal ondernemerschap

Een onderzoek naar de wenselijkheid van nieuwe juridische kaders

Niels Bosma, Harry Hummels, Elisabetta Manunza, Aikaterini Argyrou, Sjoerd Kamerbeek, Nathan Meershoek en Robert Helder

Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat

Utrecht, 6 februari 2019

Inhoud

Samenvatting 5
Inleiding 13
1. Probleemschets: het begrip sociaal ondernemerschap en de uitdagingen van sociaal ondernemers 16
1.1 Definities en rollen van sociale ondernemingen en sociaal ondernemerschap 16
1.2. Wat maakt sociaal ondernemerschap sociaal? 20
1.3. Sociaal ondernemerschap in hybride organisaties: de uitdagingen 20
1.4. Conclusie: basis ingrediënten voor het creëren van passende regels voor bedrijven met een maatschappelijke doelstelling 22
2. Analyse: mogelijkheden voor juridische kaders voor sociaal ondernemerschap in Nederland 24
2.1 Theoretisch kader: stimuleren van sociaal ondernemend gedrag 24
2.2 Ondernemingsrecht: bestaande juridische vormen en ontwikkeling van het debat in Nederland 26
2.2.1 Wetsvoorstel Maatschappelijke Onderneming in 2009 26
2.2.2 Verloop van het discours na 2009 27
2.3 Sociale ondernemingen in de context van aanbestedingen 29
2.3.1 Begrenzingen van de contractsvrijheid bij private en publieke aanbestedingen 29
2.3.2 Private aanbestedingen 29
2.3.3 Publieke aanbestedingen 30
2.3.4 Doel van de EU-aanbestedingsregelgeving 32
2.3.5 Het begrip 'ondernemer' 34
2.3.6 Sociale doelstellingen nastreven geen grond voor specifieke uitzondering 34
2.3.7 Opdrachten voorbehouden aan 'sociale' ondernemingen in de Aanbestedingswet 35
2.3.8 Het vereisen van keurmerken 36
2.3.9 Sociaal opdrachtgeverschap 37
3. Internationaal perspectief 38
4. Synthese: opties voor Nederland om sociaal ondernemerschap te stimuleren via nieuwe juridische kaders 44
5. Conclusie en nadere suggesties voor volgende stappen 53
5.1 Aanleiding en belangrijkste bevindingen 53
5.2 Twee zinvolle opties 54
5.3 Vervolgstappen 56

Bijlage 1. Onderzoeksaanpak en verantwoording 58
Bijlage 2. Gesprekspartners in het onderzoek 59

Samenvatting

De Nederlandse overheid onderschrijft dat ondernemingen bij kunnen dragen – en in veel gevallen ook bij moeten dragen – aan het oplossen van sociale, maatschappelijke en milieuvraagstukken. Om de betrokkenheid van ondernemingen in het aanpakken van maatschappelijke uitdagingen te bevorderen zet het kabinet Rutte III in het regeerakkoord in op "passende regels en meer ruimte" voor de ontwikkeling van ondernemingen met sociale of maatschappelijke doeleinden, met behoud van een gelijk speelveld. Om de ontwikkelingen op dit terrein goed te kunnen begrijpen maakt dit rapport onderscheid tussen 'sociaal ondernemerschap' en 'sociale ondernemingen'. Sociaal ondernemerschap omschrijven wij als het geheel aan activiteiten en gedragingen van ondernemingen gericht op het oplossen van een maatschappelijk vraagstuk en/of het creëren van maatschappelijke waarde door middel van een duurzame bedrijfsvoering. Een *sociale onderneming* definiëren wij als een onderneming die in haar statuten tot uitdrukking brengt dat zij tot doel heeft om maatschappelijke en economische waarde te creëren door bij te dragen aan het oplossen van maatschappelijke vraagstukken en de met haar ondernemende en innovatieve activiteiten behaalde winst primair te investeren in de statutaire doelstelling. Sociale ondernemingen vormen daarmee een onderdeel van het veel omvangrijke veld van sociaal ondernemerschap.

Een van de vragen die in dit kader opkomt is of het voor de Nederlandse overheid opportuun is een nieuwe rechtsvorm of ander juridisch instrument (zoals een register, code of keurmerk) te ontwikkelen waarmee de status van een organisatie als een op sociaal of maatschappelijk belang gerichte onderneming wordt erkend, gefaciliteerd en daar eventueel concrete voordelen aan worden verbonden. Het gaat hier om een complexe vraag. Tal van Nederlandse organisaties en ondernemingen tonen duidelijke kenmerken van sociaal ondernemerschap. Sommige daarvan verrichten hun activiteiten op een wijze die past binnen de door de SER (of de Europese Commissie) gehanteerde definitie voor een 'sociale onderneming'. Andere doen dat niet, terwijl zij toch een belangrijke bijdrage leveren aan een meer sociale, duurzame, of circulaire economie. Zij vertonen duidelijke tekenen van sociaal ondernemerschap, zonder te beantwoorden aan de definitie van een 'sociale onderneming'. Dit rapport beargumenteert dat de Nederlandse overheid en samenleving belang hebben bij het stimuleren van 'sociaal ondernemerschap'.[1] Vervolgens is de vraag of en onder welke voorwaarden het nuttig en wenselijk is om sociaal ondernemerschap te stimuleren door de introductie van een (nieuwe) rechtsvorm of een ander juridisch instrument voor het opzetten en afbakenen van een onderneming met sociale of maatschappelijke doeleinden – als onderscheiden van een reguliere onderneming die niet bewust (en statutair vastgelegd) dergelijke doeleinden nastreeft.

Sociaal ondernemerschap is sterk in opkomst in Nederland.[2] Tegelijkertijd ervaren sociale ondernemingen een aantal specifieke uitdagingen in het ontwikkelen van hun onderneming. Deze uitdagingen liggen, zoals geconstateerd in het recentelijke SER-advies, op het terrein van financiering, het verwerven van overheidsopdrachten, het meten en communiceren van de (maatschappelijke) doelstellingen, uitkomsten en effecten van de bedrijfsvoering en het inzicht in en het uitleggen van het bijzondere karakter van de sociale onderneming.[3] Dit laatste punt betreft de erkenning en herkenning van de onderneming als een entiteit die expliciet maatschappelijke

[1] Argumenten om sociaal ondernemerschap vanuit de overheid en de samenleving te stimuleren zijn onder meer de volgende:
1. Sociaal ondernemerschap gaat uit van de algemene veronderstelling dat ondernemingen kunnen bijdragen aan het oplossen van sociale, maatschappelijke, milieu- en andere uitdagingen waar wij als samenleving voor staan of geplaatst worden.
2. Het gaat om veranderingen gericht op het verhelpen van maatschappelijke problemen of uitdagingen – en niet primair om de sociale onderneming als voertuig voor het realiseren van deze verandering.
3. Het gaat tevens om het signaleren en adresseren van maatschappelijke vraagstukken die momenteel nog niet of onvoldoende op het netvlies van de overheid en de samenleving staan.
[2] McKinsey&Company (2016). Scaling the impact of the social enterprise sector. OECD/EU (2019) Boosting Social Entrepreneurship and Social Enterprise Development in the Netherlands, OECD Working Paper, Paris
[3] SER (2015) Sociale ondernemingen: een verkennend advies, Den Haag: Sociaal Economische Raad.

waarde toevoegt en zich in de wijze waarop zij dat doet onderscheidt van een reguliere, louter op winst gerichte, bv of de ideële stichting.

De discussie over de ontwikkeling en introductie van een nieuwe rechtsvorm of een ander instrument gericht op het erkennen en stimuleren van de specifieke geaardheid van sociale ondernemingen dient te worden gevoerd tegen de achtergrond van de mogelijkheden waar sociale ondernemingen op dit moment al toegang tot hebben om uitdrukking te geven aan deze geaardheid. Tegelijkertijd moet ook gekeken worden naar de eventuele beperkingen die zij specifiek op grond van hun aard ervaren binnen de kaders van het vennootschapsrecht, meer specifiek de categorisering van traditioneel (primair) op winstgerichte rechtsvormen (de bv, de nv en in mindere mate de coöperatie) en (exclusief) op maatschappelijk resultaat gerichte rechtsvormen zonder winstoogmerk en toegang tot de kapitaalmarkt (de stichting en de vereniging).

Wij constateren in dit rapport:

1. Dat het ondernemingsrecht op dit moment reeds de mogelijkheid biedt om, gebruikmakend van de bestaande juridische kaders, het specifieke karakter van een op de creatie van maatschappelijke waarde gerichte onderneming tot uitdrukking te brengen. In de statuten van een bv kan bijvoorbeeld de maatschappelijke doelstelling van de onderneming al worden opgenomen.
2. Dat de waarborgen voor behoud van deze maatschappelijke doelstelling bij opvolgend bestuur- en aandeelhouderschap beperkt zijn; hiervan kan met een simpel aandeelhoudersbesluit afstand worden gedaan. In de praktijk worden hierdoor door verschillende sociale ondernemingen meer complexe structuren ter waarborging van de maatschappelijke doelstelling geïmplementeerd met bijzondere aandelen en stichtingen als bijzondere aandeelhouders, die ook na verandering van het bestuur en/of de aandeelhouders vanuit een maatschappelijk perspectief de invulling van de maatschappelijke missie beoordelen en bewaken. De transactiekosten van deze structuren zijn relatief hoog, nog daargelaten dat sociale ondernemingen, gegeven hun overwegend geringe omvang, in de praktijk zeer beperkt toegang hebben tot de expertise om deze structuren goed in te richten. Het huidige recht biedt dus mogelijkheden, maar suboptimaal.
3. Dat aan het introduceren van een nieuwe rechtsvorm voor de sociale onderneming niet of slechts onder strikte voorwaarden voordelen voor ondernemingen kunnen worden verbonden in het kader van aanbestedingen, belastingvrijstellingen, of anderszins (cf. Art. 2.82a Aw.[4]
4. Dat op grond van de Aanbestedingswet (art. 2.78) het reeds mogelijk is om ten aanzien van specifieke maatschappelijke problemen of vraagstukken nadere eisen – bijvoorbeeld in termen van een code, keurmerk, criteria of nadere regels die betrekking hebben op dit specifieke vraagstuk of probleem – te stellen aan aanbieders voor het verkrijgen van overheidsopdrachten. Dergelijke nadere eisen dienen wel direct verband te houden met voorwerp van de opdracht.
5. Dat het zeer wenselijk is dat de overheid zich inzet voor een betere communicatie over de voorhanden mogelijkheden om een sociale onderneming in te richten, standaarden bij de Kamer van Koophandel beschikbaar te maken (bijvoorbeeld standaardstructuur voor verankering van de maatschappelijke doelstelling) en sociaal ondernemerschap te stimuleren via sociaal opdrachtgeverschap bij overheden.
6. Dat er, met inachtneming van het voorgaande en onder voorwaarden, toch argumenten zijn om de mogelijkheid te scheppen een aparte juridische status te verlenen aan de 'sociale onderneming' die daar behoefte aan heeft in de vorm van een bv-m, als zodanig geloofwaardig kan worden herkend en erkend en inhoud geeft aan de maatschappelijke

[4] Voor zover er voordelen aan verbonden zouden zijn gelden deze in dezelfde mate voor andere ondernemingen die niet beschikken over de nieuwe rechtsvorm.

doelstelling door een systeem van aanspreekbaarheid op deze maatschappelijke doelstelling.

7. Dat het bieden van een herkenbaar juridisch predicaat in de vorm van een bv-m een geloofwaardige invulling geeft aan sociaal ondernemerschap in een sociale onderneming zonder het risico van *greenwashing*. Daarnaast worden de transactiekosten verlaagd en bedrijfsactiviteiten bevorderd gericht op het creëren van maatschappelijke waarde. Tevens kan de invoering van het predicaat bv-m een bijdrage leveren aan het stimuleren van de discussie over sociaal ondernemerschap in de samenleving. De introductie van de Community Interest Company (CIC) als juridische vorm in het Verenigd Koninkrijk heeft geleid tot een toename (van de registratie) van het aantal sociale ondernemingen, maar tevens tot een versterkt bewustzijn over de rol en betekenis van sociaal ondernemerschap in de economie.
8. Dat andere vormen, zoals een code, een keurmerk of een ANBI-status[5] op zichzelf niet voldoende zekerheid bieden voor het verkrijgen van de gewenste geloofwaardige her- en erkenning als sociale onderneming, het behoud van de maatschappelijke doelstelling, en het handhaven van het vertrouwen in een code, keurmerk of een ANBI-status.
9. Dat een bv-m de wettelijke verankering biedt die enerzijds handvatten geeft voor het handelen van bestuurders richting maatschappelijk resultaat en het noodzakelijke tegengewicht kan bieden aan de traditionele winstdoelstelling (bij wijzigend of opvolgend aandeelhouderschap of bestuur) binnen de bv. Anderzijds biedt het de wettelijke verankering voor belanghebbenden de bv-m aan te spreken op, en ter verantwoording te roepen over, haar maatschappelijke doelstelling en beleid. Herkenning en erkenning als sociale onderneming is ongeloofwaardig, zelfs inhoudsloos, als daar geen beperking via een (wettelijk) functionerend verantwoordingsmechanisme tegenover staat.
10. Dat één van de voorwaarden voor het eventueel invoeren van een bv-m is dat op voorhand komt vast te staan via onafhankelijk onderzoek dat een substantieel aantal (sociale) ondernemingen gebruik zal maken van deze nieuwe status en zich daadwerkelijk zullen laten registreren als een bv-m. Op dit moment is dat niet duidelijk.

Alles overwegend onderscheiden wij in ons rapport de twee, door de overheid genoemde elementen in het stimuleren van sociaal ondernemerschap. Het eerste element betreft het scheppen van de ruimte voor ondernemingen door middel van het bevorderen van goed opdrachtgeverschap en het stellen van nadere eisen aan aanbestedingsprocedures gericht op het creëren van maatschappelijke waarde. Zo beschikt de overheid op dit moment al over de mogelijkheden om inkopers beter te instrueren over het toevoegen van maatschappelijke criteria aan het bestek voor een aanbestedingsprocedure. Deze maatregelen hebben betrekking op alle ondernemingen die in aanmerking willen komen voor opdrachten vanuit de overheid. Tevens is er ruimte binnen het aanbestedingsrecht, in die zin dat bij aanbestedingen onder de Europese aanbestedingsdrempel meer vrijheid is dan bij de aanbestedingen boven de drempel. Dit betreft een groot aantal opdrachten, in totaal geschat op ongeveer twee derde van alle (publieke) aanbestedingen in Nederland.[6] Wel geldt dat bij alle aanbestedingen - behoudens de reeds bestaande (maar tegelijkertijd ook restrictieve) voorbehouden in artikelen 2.82 en 2.82a – bij de gunning de rechtsvorm geen selectie- of gunningscriterium kan zijn. Met andere woorden: op basis van de rechtsvorm zelf kunnen geen voordelen behaald worden.

Het tweede element betreft de nadere regels die de overheid kan stellen. Onze analyse leidt tot twee opties die vanuit deze twee elementen beide recht doen aan de door de overheid gewenste

[5] Een ANBI is in de praktijk alleen relevant voor stichtingen of verenigingen. Een instelling kan bijvoorbeeld alleen een ANBI zijn als ten minste *90% van de uitgaven* het algemeen nut dienen. Maar dit is niet de enige vereiste die strookt met de bedrijfsvoering van veel ondernemingen met een maatschappelijke doelstelling. Zie voor de complete lijst met vereisten: https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/belastingdienst/zakelijk/bijzondere_regelingen/goede_doelen/algemeen_nut_beogende_instellingen/aan_welke_voorwaarden_moet_een_anbi_voldoen/

[6] Van Weert, R., Boneschansker, N., Geurts, B. en Lopulalan, N. (2016). Het inkoopvolume van de Nederlandse overheid. Den Haag: Ministerie van Economische Zaken.

stimulans van ondernemingen met sociale en maatschappelijke doelstellingen, met een gelijk speelveld.

Meer ruimte: huidige mogelijkheden beter in belichten en kennis vergroten

De eerste optie is om uit te gaan van het huidig juridische instrumentarium en derhalve geen nieuw instrument te introduceren. Daar zijn goede argumenten voor. Vanuit het ondernemingsrecht is duidelijk dat bv's sociale en maatschappelijke doelstellingen op kunnen nemen in de statuten en dat ook bestuurlijke elementen ingebouwd kunnen worden (bijvoorbeeld middels een Raad van Toezicht) die deze doelstellingen bewaken en kracht bij zetten.

Tegelijkertijd wordt gesignaleerd dat, ondanks een bredere (h)erkenning van sociale ondernemingen in de laatste jaren, (i) bij ondernemers vaak de benodigde kennis ontbreekt om de organisatie zodanig vorm te geven dat deze recht doet aan de maatschappelijke doelstellingen en daarin het vertrouwen geeft aan de opdrachtgever dat de sociale onderneming zich hierop (blijft) richt(en); en (ii) belanghebbenden zoals overheden en investeerders niet altijd raad weten met ondernemers met maatschappelijke doelstellingen. Overheden en fondsen, die veelal vanuit non-profit kaders werken, hebben vanuit dat perspectief moeite met het feit dat dergelijke ondernemers deels gericht zijn op het maken van financiële winst. Aan de andere kant kunnen traditionele investeerders moeite hebben met de idee dat maatschappelijke winst vóór financiële winst gaat bij deze ondernemers.

Naast de reeds bestaande inzet van overheidsinstanties zoals PIANOo kan een meer efficiënte en gerichte inzet door instanties als VNG, G40, G4 en Platform 31 (die voor een groot deel al actief met dit onderwerp bezig zijn) concreet gecommuniceerd worden over mogelijkheden voor sociaal opdrachtgeverschap via overheidsaanbestedingen. Vergroting van kennis over de juridische en inkooptechnische mogelijkheden onder de inkoopdiensten is een belangrijk instrument om sociaal ondernemerschap te stimuleren. Zoals door de Europese Commissie in 2017 werd aanbevolen, kunnen in samenwerking met de universiteiten ad hoc professionaliseringstrajecten voor de inkoopdiensten worden opgezet en doorontwikkeld[7]. RVO, KvK, MVO-Nederland, MKB-Nederland en VNO-NCW kunnen zich richten op ondernemers met maatschappelijke doelstellingen, maar ook informeren over sociaal opdrachtgeverschap bij inkoopopdrachten. Daarnaast wordt aangeraden kennis te blijven verzamelen door structureel indicatoren over, en gegevens van, ondernemingen met maatschappelijke doelstellingen te verzamelen en beschikbaar te maken voor onderzoek - bij voorkeur via het CBS.

Passende regels: ondernemerschap stimuleren via een bv-m 'light'?

Als het kabinet méér werk wil maken van het stimuleren van sociaal ondernemerschap en de ruimte daartoe wil vergezellen van passende regels, dan is het verkennen van de introductie van een bv-m, een maatschappelijke annotatie op de bestaande bv, een relevante optie. Indien gekozen wordt voor een dergelijke verkenning, dan is het vanuit de analyse in het rapport zaak te kiezen voor een lichte variant. Die variant stelt in principe vier eisen aan de bv-m:

1. Registratie van de sociale of maatschappelijke doelstelling in de statuten. Daarmee onderscheidt de onderneming zich van andere entiteiten die zeggen maatschappelijk te opereren, maar dat louter in missie- of visiedocumenten hebben vastgelegd.[8] Deze

[7] Commission Recommendation (EU) 2017/1805 of 3 October 2017 on the professionalisation of public procurement — Building an architecture for the professionalisation of public procurement (Text with EEA relevance.) https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32017H1805.

[8] Om juridische discussies te vermijden, zal het dan wel de taak van politiek en wetenschap om nader te discussiëren over de invulling het begrip 'maatschappelijk doelstelling' en voorbeelden te leveren. Cruciaal is hier onderscheidende elementen aandragen om aan te tonen dat dit begrip in ieder geval ruimer is dan het begrip 'publieke taak 'of 'algemeen belang'. De *benefit corporation* in de Verenigde Staten biedt in dit kader handvatten voor concretisering.

registratie zou specifiek kunnen worden aangetekend in het Handelsregister voor het stimuleren van de her- en erkenning.

2. Verantwoording via een jaarrekening, waarbij niet alleen financieel verantwoording wordt afgelegd maar ook wordt gerapporteerd over de wijze waarop en de mate waarin de onderneming in het voorbije jaar haar doelstellingen heeft gerealiseerd. Hierbij kunnen internationale uniforme rapportagestandaarden in overweging worden genomen, zodat de vergelijkbaarheid toeneemt en een benchmark ontstaat (zonder daaraan de verplichting te koppelen dat de realisatie van de maatschappelijke doelstellingen verificatie door een externe accountant behoeft)[9]. Hiervoor is geen wijziging van het jaarrekeningenrecht in Boek 2 BW nodig; dit kan bijvoorbeeld ook door een Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB) of het verplicht stellen van de toepassing van een governance code.
3. Een (wettelijk) instrument waarbij – bij vermoeden van misbruik, gebruik onder valse voorwendselen of verandering van regime – de externe belanghebbenden een mogelijkheid van verhaal hebben. Externe belanghebbenden, die een aantoonbaar belang hebben bij de realisatie van de doelstellingen van de sociale onderneming[10], krijgen de bevoegdheid om bij de Ondernemingskamer bij het Gerechtshof Amsterdam een enquêteverzoek te doen. Dit kan, bij gegronde redenen om te twijfelen aan juist beleid tegen de achtergrond van de maatschappelijke doelstelling, leiden tot de instelling van een onderzoek en tot een uitspraak van de Ondernemerskamer.
4. Structuurwijziging van de bv-m (statutenwijziging, fusie, splitsing, omzetting, ontbinding) dient onderhevig te zijn aan een rechtelijke toetsing. Daarmee wordt misbruik of opportunisme tegengegaan als de verplichtingen behorende bij de bv-m beginnen te knellen voor (opvolgend) bestuurders en aandeelhouders.[11] Daarbij kan worden aangesloten bij huidige regels die gelden voor de omzetting van een stichting in een bv. Bij een structuurwijziging van de bv-m beschouwt de rechter de reden voor de wijziging en gaat de rechter na of de onderneming (excessief) voordeel heeft gehaald met haar maatschappelijke status. Als dat het geval is, zal de rechter mogelijk aanvullende eisen stellen aan het omzetten van de ondernemingsvorm.

Het 'lichte karakter' van deze variant van de bv-m wordt gevormd doordat in de wet of een AMvB géén nadere eisen worden gesteld betreffende een vermogens- of dividendklem, respectievelijk de governance. Stakeholders hoeven geen wettelijk verankerde rol te spelen in het bestuur van de onderneming, al is het natuurlijk verstandig voor ondernemingen om regelmatig contact te hebben met relevante stakeholders. Hiermee wordt een beduidend breder spectrum van ondernemingen bediend dan bij de meer strikte juridische instrumenten die in omringende landen als het VK, België en Denemarken zijn geïntroduceerd.

Ook gezien de ervaringen in deze landen is het van groot belang om, voorafgaand aan een eventuele invoering van de bv-m, inzicht te hebben in het draagvlak onder ondernemers en ondernemingen voor het gebruik van de nieuwe rechtsvorm. Hoeveel, en welke typen, ondernemingen zullen naar verwachting gebruik gaan maken van de nieuwe rechtsvorm? Om een voorstel tot invoering van de bv-m te rechtvaardigen, dient een voldoende grote acceptatie- en adoptiegraad[12] onder ondernemingen onomstotelijk vast te staan. Wij achten een breed draagvlak onder ondernemers en ondernemingen een *conditio sine qua non* voor het ontwikkelen en indienen van een wetsvoorstel voor de invoering van de bv-m.

[9] Voorbeelden zijn de Global Reporting Initiative, ISO 26000 en B Lab.
[10] Hierbij valt te denken aan een representatieve stichting of vereniging, zoals bijvoorbeeld wordt gehanteerd in het kader van een collectieve actie, een burgerinitiatief die gelijksoortige belangen behartigt als waarop de bv-m is gericht, de belanghebbenden bij de bv-m en partijen die dit recht door de onderneming uitdrukkelijk is gegeven.
[11] Hierin verschilt de bv-m van de 'benefit corporation', waar een gekwalificeerde meerderheid van aandeelhouders zonder rechtelijke tussenkomst de statuten en daarmee het karakter van de onderneming kunnen wijzigen.
[12] Onder acceptatie- en adoptiegraad verstaan wij zowel de instemming met de nieuwe rechtsvorm, als ook de geuite bereidheid om, bij invoering van de rechtsvorm, deze in nieuwe gevallen ook daadwerkelijk aan te vragen.

Het moet voor ondernemingen volledig duidelijk zijn dat de bv-m een instrument is, dat gericht is op het versterken van de herkenning en erkenning van de specifieke geaardheid van de onderneming en bijdraagt aan een effectieve en duurzame borging van de maatschappelijke doeleinden. Het enkele feit van het aannemen van de rechtsvorm en de registratie van de onderneming als een bv-m, leidt niet tot enig voorrecht of voordeel inzake aanbestedingen of fiscaliteit.

Tegen de achtergrond van het bovenstaande rijst de vraag wat dan nog de toegevoegde waarde is van de invoering van de nieuwe rechtsvorm. Uit de analyse komen de volgende argumenten naar voren, die zouden kunnen spreken voor de voorgestelde bv-m:

- Met de introductie van de bv-m wordt tegemoet gekomen aan de gesignaleerde wens tot erkenning/herkenning en het verlagen van de daarmee gepaard gaande transactiekosten.
- De bv-m draagt bij aan het behoud van een gelijk speelveld, omdat er geen voordelen aan de rechtsvorm zijn verbonden in termen van fiscale, aanbestedings-, of andere voordelen.
- De erkenning en herkenning wordt inhoud gegeven door:
    - een (wettelijk) functionerend verantwoordingsmechanisme dat de sociale onderneming richt op het realiseren van haar maatschappelijke doelstelling;
    - de uitdaging aan de onderneming om haar prestaties te verbeteren gericht op de maatschappelijke doelrealisatie (en daarover te rapporteren); en
    - de geboden bescherming tegen misbruik van de sociale profilering voor winstoptimalisatie op een wijze dat markt- en bestuursgedreven codes en keurmerken niet kunnen.

Dit geeft het noodzakelijke vertrouwen aan opdrachtgevers en belanghebbenden dat nu en bij opvolgend aandeelhouder- en bestuurderschap (primair) inhoud wordt gegeven aan de maatschappelijke doelstellingen van de sociale onderneming. Deze 'lading' van de sociale onderneming is nodig in een tijd, waarin begrippen als duurzaam, groen, sociaal, en verantwoord door gebruik als marketingmiddel (‘greenwashing’) vervagen.

- Tevens spreekt de overheid met de introductie van de nieuwe rechtsvorm in het ondernemingsrecht impliciet waardering uit voor gedragsverandering gericht op ondernemerschap dat zich inzet voor maatschappelijke waardecreatie. Dit aspect komt vooral tot uitdrukking via indirecte effecten. Het kan een sterk signaal geven aan beleidsmakers om meer werk te maken van de mogelijkheden die sociaal opdrachtgeverschap biedt binnen het aanbestedingsrecht (zonder hierbij een bv-m een bevoorrechte positie toe te kennen; zie paragraaf 2.3 over het aanbestedingsrecht).
- Deze bv-m kan gezien worden als een juridische paraplu boven een divers scala aan ondernemingen met een maatschappelijke doelstelling. Deze verschillende typen ondernemingen kunnen zich eventueel verder zichtbaar maken richting belanghebbenden via codes, keurmerken en labels (al kunnen hier in aanbestedingsprocedures alleen onder strikte voorwaarden specifieke voordelen aan worden verbonden).
- Tenslotte kan dit instrument gezien worden om ambities richting maatschappelijke uitdagingen (inclusief milieu en klimaat) vanuit het juridische instrumentarium kracht bij te zetten. Dit is in lijn met het doel dat de Europese Unie zich met de laatste wijziging van het Verdrag van de Europese Unie in 2009 heeft gesteld. Met dat verdrag is een nieuw concept van interne markt ingevoerd dat wezenlijk verschilt van het voorgaande. In het oude Verdrag diende de interne markt tot stand te worden gebracht via het leidende beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging. In 2009 is dat gewijzigd in een ‘sociale’ markteconomie gericht op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang.

Een voorstel om de bv-m te introduceren in het Nederlandse recht als een maatschappelijke annotatie op de bv, dient te worden geplaatst tegen de achtergrond van een in 2009 ingediend voorstel voor de introductie van de vereniging of stichting tot instandhouding van de ‘maatschappelijke onderneming’. Wij stellen vast dat de discussie over dit voorstel zich binnen een

ander discours afspeelde. Het voorstel tot introductie van de 'maatschappelijke onderneming' in 2009 was vooral ingegeven door de wens van het toenmalige kabinet Balkenende IV om semipublieke organisaties, zoals woningbouwcorporaties, scholen, zorginstellingen, ruimte te bieden om zich ondernemend op te stellen en daarmee hun maatschappelijke doelstellingen beter te realiseren. Tekenend voor de discussie in die tijd was dat het uit februari 2007 daterende coalitieakkoord onduidelijkheid liet bestaan over de vraag welke organisatie in aanmerking kwam voor het predicaat 'maatschappelijke onderneming'. In het akkoord werd de NS als een maatschappelijke onderneming aangemerkt. Dit leidde tot verwarring. Konden naast de genoemde corporaties, zorginstellingen of scholen ook geprivatiseerde ondernemingen, zoals Schiphol, vervoers- en energiebedrijven, voor de nieuwe rechtsvorm in aanmerking konden? En werd daarmee het privatiseringsbeleid van eerdere kabinetten losgelaten?[13]. De onduidelijkheid over de afbakening van het begrip heeft bijgedragen aan de negatieve advisering van de Raad van State over het wetsvoorstel. Een tweede element dat een rol speelde in de beoordeling van de Raad van State had betrekking op de Memorie van Toelichting waarin het voorstel zich vooral beperkt tot de eerder genoemde woningcorporaties, zorg- en onderwijsinstellingen[14]. Tot slot is de Raad van mening dat het kabinet niet aannemelijk heeft gemaakt dat de nieuwe modaliteit meerwaarde heeft uit een oogpunt van herkenbaarheid en wettelijke waarborgen ten opzichte van reeds bestaande rechtsvormen.

Ook in het geval van de bv-m komt de vraag op of deze modaliteit waarde toevoegt. De discussie die zich nu afspeelt vindt evenwel plaats vanuit het ondernemersperspectief en tracht, zoals uitgewerkt in dit onderzoek, een behoefte in te vullen vanuit de praktijk. Hoe kunnen, op korte, middellange en lange termijn, de maatschappelijke doelstellingen van sociale ondernemingen effectief gestimuleerd en geborgd worden? Het gaat daarmee om een ander type ondernemingen en de nadruk ligt meer op de effectiviteit van de betrokken ondernemingen en het bevorderen van sociaal ondernemerschap in het algemeen – met als voorwaarde dat voldaan is aan het vereiste van een voldoende acceptatie- en adoptiegraad[15].

Voorts werd het wetsvoorstel uit 2009 ingevuld met zeer restrictieve vereisten, die de interesse in en mogelijkheden van de maatschappelijke onderneming ernstig beperkte. De bv-m (lichte variant) gaat uit van het tegenovergestelde en biedt juist de gewenste flexibiliteit. Voor een nadere bespreking van de historie van het wetsvoorstel tot invoering van de vereniging en stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming, verwijzen wij naar paragraaf 2.2.

Passende regels: andere opties?

Andere opties die in de rapportage naar voren komen, kunnen ook als instrument gebruikt worden. Zo heeft de OECD in haar recent uitgebrachte rapport *Boosting Social Entrepreneurship and Social Enterprise Development in the Netherlands* gepleit voor de introductie van een registratiesysteem. Om verschillende redenen achten wij deze opties minder passend. We gaan hieronder kort in op de belangrijkste redenen.

Bv-m met strikte achterliggende definitie
Een bv-m gebaseerd op een nauwe definitie en vereisten, zoals beperkingen op de verdeling van vermogen en winsten, of regels omtrent de governance van de bedrijfsvoering, zou ervoor kunnen zorgen dat deze vorm slechts zeer beperkt gehanteerd zal worden. Dit lijkt ook de reden te zijn geweest van beperkt gebruik van juridische instrumenten met een dergelijke strikte definitie in omringende landen. Tevens komt een dergelijke 'strikte' variant van een bv-m niet tegemoet aan de wens van de overheid om zorg te dragen voor een gelijk speelveld.

[13] Baarsma, B. En J.Theeuwes (2008), "De verwarde onderneming", *ESB, 93*,(4528), p. 68-71.
[14] Botter, F., (2010), *Maatschappelijke ondernemingen*, Eburon, Delft.
[15] Wij merken op dat vaststelling van de omvang of hoogte van de acceptatie- en adoptiegraad een politieke afweging vraagt. Het is niet aan de onderzoekers om aan te geven welk niveau van acceptatie en adoptie gewenst of vereist is.

Registratie, keurmerk of label
Belangrijkste argument hier is dat deze vormen te vrijblijvend zijn, zonder het hiervoor beschreven (wettelijke) functionerende verantwoordingsmechanisme en de rechterlijke toetsing bij omzetting. De vereiste jurisprudentievorming die op een flexibele wijze handvatten creëert voor bestuurders (en aandeelhouders) van sociale ondernemingen, zoals in het geval van het enquêterecht bij de Ondernemingskamer, ontstaat dan ook niet. De controle op de registratie, keurmerk of label vanuit beleidsmatig oogpunt is tevens zwak, herbergt bij private 'beheerders' een risico van misbruik en de inwisselbaarheid hiervan is groot.

In dit kader is ook van belang dat private 'beheerders' van bijvoorbeeld keurmerken of labels (voor financiering) afhankelijk zijn van de deelnemers, hetgeen het risico met zich brengt van ruime interpretatie van regels en beperkte handhaving. Een registratie alleen geeft – bij het ontbreken van wettelijke verplichtingen die horen bij de registratie en beperkingen op omzetting – ook niet de vereiste inhoud en geloofwaardigheid aan de maatschappelijke doelstelling van de sociale onderneming die de her- en erkenning als sociale onderneming relevant maken.

Een notaris of de Kamer van Koophandel hebben niet de kennis en middelen voor een inhoudelijke toetsing, zeker niet op beleid (in tegenstelling tot opstartstructuur). Deze vorm van toetsing biedt derhalve alleen effectief toezicht bij inrichting van de structuur, terwijl het spanningsveld tussen de maatschappelijke doelstelling en de winstprikkel bij ondernemerschap continue toezicht of verantwoording vereist.

De vereiste inhoud en geloofwaardigheid lijkt, buiten het vennootschapsrecht, daarom alleen te kunnen worden geïntroduceerd door (het opzetten van) een actieve onafhankelijke (publiekrechtelijke) toezichthouder die de beleidsmatige keuzes en structuurwijzigingen inhoudelijk toetst. De transactiekosten van de stimuleringsmaatregel worden hiermee sterk verhoogd en de bestaande kennis en kunde binnen en de effectiviteit van het vennootschapsrecht, in het bijzonder de (jurisprudentie van de) Ondernemingskamer, niet benut.

Inleiding

Sociaal ondernemerschap leeft. Het aantal ondernemingen dat zich inzet voor maatschappelijke doelstellingen groeit gestaag in Nederland. De belangstelling neemt niet alleen toe bij organisaties die traditioneel een publieke taak vervulden – waaronder zorginstellingen, onderwijsorganisaties of nutsbedrijven. Ook meer marktgeoriënteerde bedrijven zien in het oplossen van maatschappelijke problemen een commerciële uitdaging. Dat geldt niet alleen voor bedrijven die worden opgericht om bij te dragen aan de circulaire economie of de integratie van groepen die moeite hebben (betaald) werk te vinden. Ook reeds bestaande, gevestigde bedrijven, ontwikkelen oplossingen voor taaie sociale of milieuvraagstukken[16].

Ondanks de toenemende belangstelling, zo stelt de Sociaal Economische Raad in zijn advies uit 2015, zijn er aspecten die de groei en ontwikkeling van sociaal ondernemerschap mogelijk beperken[17]. Daarbij gaat het onder meer om de (h)erkenning van sociaal ondernemerschap als een vorm van ondernemerschap tussen commercieel ondernemerschap en filantropische of publieke activiteiten. Het idee heerst dat het specifieke karakter van maatschappelijk ondernemerschap onvoldoende wordt begrepen door marktpartijen en de partijen die deel uitmaken van de overheid. Ook de toegang tot de kapitaalmarkt en die tot overheidsopdrachten wordt gezien als een mogelijke belemmering voor een snelle ontwikkeling van sociaal ondernemerschap – al merkt de SER wel op dat deze belemmeringen evenzeer voor andere ondernemingen gelden[18]. De genoemde uitdagingen worden regelmatig in praktijkonderzoek bevestigd, al lijkt op een aantal vlakken wel sprake van een kentering[19].

Het kabinet Rutte III wenst, blijkens een passage in paragraaf 2.4 in het regeerakkoord, de verdere ontwikkeling van sociaal ondernemerschap te stimuleren door in te zetten op "passende regels en meer ruimte" voor de ontwikkeling van ondernemingen met sociale of maatschappelijke doeleinden, met behoud van een gelijk speelveld. Een belangrijke vraag in dit kader is of een nieuwe rechtsvorm moet worden ontwikkeld die de status van een organisatie als een op een sociaal of maatschappelijk belang gerichte onderneming erkent en faciliteert.

Een van de vragen die in dit kader opkomt is of het voor de Nederlandse overheid opportuun is een nieuwe rechtsvorm of ander juridisch instrument (zoals een register, code of keurmerk) te ontwikkelen waarmee de status van een organisatie als een op sociaal of maatschappelijk belang gerichte onderneming wordt erkend, gefaciliteerd en waaraan eventueel concrete voordelen worden verbonden. Het gaat hier om een complexe vraag. Tal van Nederlandse organisaties en ondernemingen tonen duidelijke kenmerken van sociaal ondernemerschap. Sommige daarvan verrichten hun activiteiten op een wijze die past binnen de door de SER (of de Europese Commissie) gehanteerde definitie voor een 'sociale onderneming'. Andere doen dat niet, terwijl zij toch een belangrijke bijdrage leveren aan een meer sociale, duurzame, of circulaire economie. Zij vertonen duidelijke tekenen van sociaal ondernemerschap, zonder te beantwoorden aan de definitie van een 'sociale onderneming'. Dit rapport beargumenteert dat de Nederlandse overheid

[16] Het is om deze reden dat wij bewust spreken over het bevorderen van sociaal ondernemerschap en niet van het stimuleren van sociale ondernemingen of sociale ondernemers.
[17] SER (2015) Sociale ondernemingen: een verkennend advies, Den Haag: Sociaal Economische Raad.
[18] Dat geldt ook voor het de laatste factor die de SER noemt: het meten van impact. Dit aspect blijft in deze studie verder onbesproken. Niet alleen zijn veel initiatieven genomen op dit vlak, ook lijkt dit element geen directe belemmering op te leggen aan de groei van sociaal ondernemerschap en de activiteiten die in dit kader worden ontplooid.
[19] Ondanks de afwezigheid van aanvullend of veranderend beleid wees onderzoek van McKinsey uit (McKinsey&Company 2016. Scaling the impact of the social enterprise sector) uit dat in de periode tussen 2010 en 2015 sprake was van een sterke groei van de sector. Recente jaarrapporten van Social Enterprise NL laten, bijvoorbeeld, zien dat social enterprises er steeds beter in slagen om financiering aan te trekken ongeacht hun juridische status (Social Enterprise NL 2018. Social Enterprise Monitor 2018).

en samenleving belang hebben bij het stimuleren van 'sociaal ondernemerschap'[20]. Vervolgens is de vraag of en onder welke voorwaarden het nuttig en wenselijk is om sociaal ondernemerschap te stimuleren door de introductie van een (nieuwe) rechtsvorm of een ander juridisch instrument.

Het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat heeft Universiteit Utrecht gevraagd een 'verkennend onderzoek' te verrichten naar 'juridische vormen voor sociaal ondernemers'. Het verkennende onderzoek richt zich op de Nederlandse context, maar neemt daarbij wel relevante inzichten en ervaringen uit enkele omringende landen mee. Het gaat daarbij om wetgevingspraktijken, alsook eventuele codes en labels. Uitgangspunt voor het onderzoek is de brede wetgevingspraktijk en beperkt zich tot de wetgeving die betrekking heeft op sociale ondernemingen. Zo kent Nederland een brede en open wetgeving op het gebied van rechtsvormen, ondersteund door codes, zoals de Nederlandse Corporate Governance Code, die toeziet op het dienen van de belangen van meer stakeholders dan louter de aandeelhouders. In dit kader wordt tevens rekening gehouden met de initiatiefnota van het kamerlid Bruins, die in 2018 is verschenen.

Het onderzoek kent de volgende uitgangspunten:

1. In het onderzoek worden inzichten uit verschillende disciplines gecombineerd: economische theorieën en bevindingen worden afgezet tegen juridische eisen. Ondernemingsrecht en aanbestedingsrecht worden aan de Europees Unierechtelijke eisen getoetst. De gedachtenvorming over nieuwe rechtsvormen wordt geplaatst tegen de achtergrond van ontwikkeling van het ondernemingsrecht in de afgelopen decennia en de discussie over sociaal ondernemerschap die in de afgelopen tien jaar is gevoerd in Nederland over het onderwerp; daar de overheid een belangrijke rol speelt als afnemer van goederen, diensten en werken, wordt in dit verband ook de rol van het aanbestedingsrecht besproken en de juridische gevolgen die de invoering van een specifieke rechtsvorm of keurmerk in de context van overheidsopdrachten kan hebben;
2. Lessen uit het buitenland worden vertaald naar de Nederlandse context en de in Nederland op thans vigerende juridische kaders;
3. Nieuwe rechtsvormen zijn enkel gerechtvaardigd indien aannemelijk kan worden gemaakt dat zij aantoonbaar waarde zullen toevoegen in het realiseren van maatschappelijke doelstellingen en ze tot een coherent en consistent juridisch kader leiden; dat betekent dat het systeem met de fundamentele rechtsbeginselen in overeenstemming dient te zijn, dat de rechtszekerheid, objectiviteit, uniforme toepassing en samenhang met andere regulering niet in het gedrang komt; [21] en dat het niet tot een toename van rechtszaken zal leiden (nieuwe rechtsvormen of keurmerken dienen niet tot meer 'juridisering' te leiden). [22]

Leeswijzer

In aansluiting op de discussie over de rechtsvorm gaat de verkenning nader in op de wenselijkheid en mogelijkheid van stimulering van sociaal ondernemerschap met behoud van een gelijk speelveld. Dit vereist allereerst het uitdiepen van de begrippen sociaal ondernemerschap, sociale onderneming en wanneer we van 'sociaal' of 'maatschappelijk' spreken (zie hoofdstuk 1).

[20] Argumenten om sociaal ondernemerschap te willen stimuleren hebben, onder meer, betrekking op het volgende: (I) Sociaal ondernemerschap gaat uit van de algemene veronderstelling dat ondernemingen kunnen bijdragen aan het oplossen van sociale, maatschappelijke, milieu- en andere uitdagingen waar wij als samenleving voor staan of geplaatst worden; (II) Het gaat om veranderingen gericht op het verhelpen van maatschappelijke problemen of uitdagingen – en niet primair om de sociale onderneming als voertuig voor het realiseren van deze verandering; (III) Het gaat tevens om het signaleren en adresseren van maatschappelijke vraagstukken die momenteel nog niet of onvoldoende op het netvlies van de overheid en de samenleving staan.
[21] Art. 7, art. 11 lid 2 en 3, art. 13 VEU over coherentiebeginsel ('coherence' in de Engelse versie en 'samenhang' in de Nederlandse versie). Voor een bespreking: Manunza 2012, Europa Instituut universiteit Utrecht working paper 'Naar een coherente EU aanbestedingskader'.
[22] Manunza (2010). Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten', pag. 49-123 in J.M. Hebly, E. Manunza en M. Scheltema: Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet, Preadvies voor de Vereniging van Bouwrecht.

Vervolgens wordt de rol van regulering om tot (meer) sociaal ondernemend gedrag te komen, kijkend naar wetgeving, sociale normen en waarden, de markt en overige contextuele kenmerken geanalyseerd in hoofdstuk 2. In dit hoofdstuk toetsen wij aan de fundamentele bouwstenen voor rechtmatige regulering, zijnde: een coherent en met andere overige relevante regulering goed samenhangend rechtsstelsel dat gefundeerd is op de fundamentele rechtsbeginselen, dat tevens de rechtszekerheid vergroot, tot rechtsuniformiteit leidt, geschillen bij de rechter en administratieve lasten niet onnodig doet toenemen. We kijken hierbij in het bijzonder naar de Nederlandse (historische) context van het ondernemingsrecht en de bestaande juridische vormen en naar het Europees en Nederlandse Aanbestedingsrecht.

Voorbeelden uit het buitenland worden betrokken bij de analyse in hoofdstuk 3, waarbij in aanmerking wordt genomen dat wat als 'good practice' in een één land wordt gezien niet automatisch succesvol is bij toepassing in een ander land. Hoofdstuk 4 brengt de vorige delen samen in een synthese. Hoofdstuk 5 concludeert en beschrijft mogelijke vervolgstappen, afhankelijk van het pad waar voor gekozen zal worden.

1. Probleemschets: het begrip sociaal ondernemerschap en de uitdagingen van sociaal ondernemers

1.1 Definities en rollen van sociale ondernemingen en sociaal ondernemerschap

Er heerst in de maatschappelijke discussie, pers en politiek verwarring over wat met de termen sociale 'onderneming', sociale 'ondernemers' en sociaal 'ondernemerschap' wordt bedoeld. Het feit dat de verschillende disciplines (economische, sociale, bestuurskundige, juridische) die het fenomeen bestuderen en de verschillende Europese en nationale overheidsinstellingen in hun soft- en hard-law documenten de benamingen op verschillende wijze hanteren, zorgt voor grote onduidelijkheid. Deze onduidelijkheid veroorzaakt problemen in de praktijk. Deze constatering, de onderliggende behoefte aan duidelijkheid en het in kaart brengen en bespreken van het drietal genoemde begrippen vormt het startpunt van het onderzoek.

Voor de sociale ondernemingen gaan we in dit rapport uit van een definitie die nauw aansluit bij de door de SER gehanteerde werkdefinitie voor sociale ondernemingen (zie Box 1): zelfstandige ondernemingen die een product of dienst leveren en primair en expliciet een maatschappelijk doel nastreven, dat wil zeggen een maatschappelijk probleem willen oplossen.

Sociaal ondernemen en sociaal ondernemerschap gaat over het ondernemende *gedrag* dat gericht is op het tot stand brengen van maatschappelijke waarde (zie ook Box 1). Sociaal ondernemerschap omschrijven wij als het geheel aan activiteiten en gedragingen van ondernemingen gericht op het oplossen van een maatschappelijk vraagstuk en/of het creëren van maatschappelijke waarde door middel van een duurzame bedrijfsvoering[23]. Wij constateren dat dergelijk gedrag niet is voorbehouden aan nauwkeurig gedefinieerde 'sociale ondernemingen', maar door een breder scala van kleine, middelgrote en grote ondernemingen kan worden gerealiseerd. Hiernaast kan sociaal ondernemerschap ontluiken binnen ondernemingen die zelf niet als sociale onderneming bekend staan, maar kan het wel leiden tot een sociale onderneming. Neem bijvoorbeeld Fairphone, dat als initiatief vanuit De Waag Society is opgezet. De eerste, cruciale ondernemende stappen zijn gezet binnen deze organisatie, een stichting, om zich vervolgens verder tot ontwikkelen tot een bv met maatschappelijke doelstellingen. Een ander voorbeeld is Instock, dat voedselverspilling tegen wil gaan en juist in een for profit bv (Albert Heijn) is ontstaan. Als laatste noemen we het voorbeeld van maatschappelijke onderneming De Vegetarische Slager, dat is overgenomen door Unilever, en laat zien dat ook multinationals bij sociaal ondernemerschap betrokken zijn en kunnen zorgen voor verdere opschaling van de maatschappelijke resultaten. Stimuleren van nieuwe ondernemende initiatieven met maatschappelijke doeleinden zou, wanneer men zich richt op maatschappelijke resultaten, dus niet louter op 'strikt' gedefinieerde sociale ondernemingen gericht moeten zijn.

Argumenten om sociaal ondernemerschap vanuit de overheid en de samenleving te stimuleren zijn onder meer de volgende:

- Sociaal ondernemerschap gaat uit van de algemene veronderstelling dat ondernemingen kunnen bijdragen aan het oplossen van sociale, maatschappelijke, milieu- en andere uitdagingen waar wij als samenleving voor staan of geplaatst worden.

[23] Zahra, S. A., Gedajlovic, E., Neubaum, D. O., & Shulman, J. M. (2009). A typology of social entrepreneurs: Motives, search processes and ethical challenges. Journal of Business Venturing, 24(5), 519-532. Santos, F. M., (2012). A positive theory of social entrepreneurship. Journal of Business Ethics, 111 (335–351). Zahra, S. A., & Wright, M. (2016). Understanding the social role of entrepreneurship. Journal of Management Studies, 53(4), 610-629.

- Het gaat om veranderingen gericht op het verhelpen van maatschappelijke problemen of uitdagingen – en niet primair om de sociale onderneming als voertuig voor het realiseren van deze verandering.
- Het gaat tevens om het signaleren en adresseren van maatschappelijke vraagstukken die momenteel nog niet of onvoldoende op het netvlies van de overheid en de samenleving staan, soms betreft het een zeer beperkt deel van de maatschappij. Hiermee wordt ook duidelijk dat maatschappelijke doelen niet noodzakelijk overeenkomen met 'publieke waarde'.

Sociaal ondernemerschap komt dus in sterke mate voor binnen sociale ondernemingen, maar komt ook in andere organisaties voor. Hierbij kan de sociale onderneming een belangrijke rol spelen in de transformatie naar een economie met spelers (op het hele speelveld) die het tot stand brengen van maatschappelijke waarde expliciet opnemen in hun doelstellingen en strategie, en mogelijk in hun statuten. Uiteindelijk gaat het niet om intenties, maar in de waarde die ondernemend wordt gecreëerd.

Nu doen zich hier enkele problemen voor. Eén daarvan is de behoefte om tot uitdrukking te brengen waaruit die 'waarde' kan bestaan. Dat is geen sinecure; de invulling van het begrip 'maatschappelijke waarde' is net zo controversieel als die van het begrip 'sociale onderneming / ondernemerschap'. In het recht wordt het begrip 'maatschappelijke waarde' meestal geassocieerd met het begrip 'algemeen belang' dat zich ook niet voor een gemakkelijke invulling of beschrijving leent. Het begrip is immers sterk dynamisch van aard, cultureel bepaald en aan continue ontwikkeling onderhevig; daardoor kent het verschillende invullingen in de verschillende contexten waarin het een rol speelt. Aangenomen wordt dat het een prerogatief van de EU-lidstaten is om te bepalen wat daaronder valt, waarbij geldt dat Europa die beslissingen kan corrigeren.[24] Een gemeenschappelijke noemer bestaat kortom niet.

Een tweede probleem is dat eventuele aanpassingen in wet- en regelgeving – voor zover mogelijk in het licht van vigerende EU-regelgeving – in aanbestedingen of bij het verlenen van andere (ook schaarse) rechten niet mogen leiden tot uitsluiting van ondernemingen die aantoonbaar maatschappelijk waarde creëren, maar voor een andere rechtsvorm hebben gekozen. Eventuele aanpassingen moeten 'inclusief' zijn en niet tot 'uitsluiting' leiden.

Bovenstaande is ook van belang gezien de (vooralsnog) relatieve onduidelijkheid over de grootte en reikwijdte van het aantal sociale ondernemingen. Bijvoorbeeld, McKinsey&Company (2016) schat een aantal van 5000-6000 sociale ondernemingen in Nederland[25]. In Nederland geeft één op elke vier ondernemers aan dat het creëren van maatschappelijke waarde belangrijker is dan financiële (geldelijke) waarde voor het bedrijf zelf, hetgeen op een beduidend hoger aantal zou duiden[26].

[24] HvJEG 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria AF e.a. en Strohal Rotationsdruck GesmbH, zaak C-44/96, Jur. 1998, p. I-73 en latere jurisprudentie. .
[25] McKinsey&Company (2016). Scaling the impact of the social enterprise sector. Dit rapport laat net als de SER de 'governance' dimensie buiten beschouwing bij het definiëren van sociale ondernemingen.
[26] Zie ook Terjesen, S., Bosma, N., & Stam, E. (2016). Advancing public policy for high-growth, female, and social entrepreneurs. *Public Administration Review*, 76(2), 230-239. Een vergelijkbare conclusie voor het Verenigd Koninkrijk duidt op een significant grotere reikwijdte van sociale ondernemingen dan eerder werd aangenomen, bijvoorbeeld vanuit het antal geregistreerde 'Community Interest Companies' Zie https://www.gov.uk/government/publications/social-enterprise-market-trends-2017.

Box 1: Definities van sociale ondernemingen en sociaal ondernemerschap

Sociale ondernemingen

Bij het begrip sociale ondernemingen sluiten wij nauw aan bij de door de SER gehanteerde werkdefinitie voor sociale ondernemingen (pp. 26-27): "Sociale ondernemingen zijn zelfstandige ondernemingen die een product of dienst leveren en primair en expliciet een maatschappelijk doel nastreven, dat wil zeggen een maatschappelijk probleem willen oplossen. Naast deze imperatieve elementen zijn er twee elementen die op veel sociale ondernemingen van toepassing zijn, maar door de Raad aan de visie van de ondernemer overgelaten worden: een expliciete beperking van de mogelijkheid om winst uit te keren en expliciete eisen betreffende inclusief bestuur en governance (…). Deze elementen vormen tezamen de werkdefinitie". [27] De definitie van de SER is enigszins ruimer dan die van de Europese Commissie (via het *Social Business Initiative)*, die sociale ondernemingen omschrijft als bedrijven die:

- een primaire en expliciete maatschappelijke missie hebben (de 'sociale dimensie');
- inkomsten hebben uit het verkopen van producten en/of diensten (de 'ondernemende dimensie);
- dit doen op een manier die recht doet aan alle betrokkenen, inclusief het deels herinvesteren van de winsten in de maatschappelijke missie (de 'governance' dimensie).[28]

Bij de SER werkdefinitie van sociale onderneming wordt de 'governance' dimensie echter niet als imperatief element gezien maar aan de visie van de ondernemer overgelaten. Deze SER werkdefinitie komt daarmee dichter bij de 'ondernemingen met sociale of maatschappelijke doeleinden' zoals gememoreerd in het regeerakkoord, maar is niet hetzelfde: immers – het hebben van sociale of maatschappelijke doeleinden betekent nog niet dat deze doelen gekwalificeerd kunnen worden als 'primair en expliciet'. Wel kan worden aangenomen dat het zal gaan om ondernemingen die substantieel en consequent werk maken van hun maatschappelijke doeleinden. Bedrijven waarvan de activiteiten slechts in geringe mate gericht zijn op het maatschappelijke doel kunnen daarom, in de terminologie van het regeerakkoord, niet als 'onderneming met sociale of maatschappelijke doeleinden' gekwalificeerd worden. [29] Samenvattend omschrijven wij een sociale onderneming als:

"een onderneming die in haar statuten tot uitdrukking brengt dat zij tot doel heeft om maatschappelijke en economische waarde te creëren door bij te dragen aan het oplossen van maatschappelijke vraagstukken en de met haar ondernemende en innovatieve activiteiten behaalde winst primair te investeren in de statutaire doelstelling".

In de Aanbestedingswet wordt via artikel 2.82a een operationalisering gegeven aan het begrip 'sociale onderneming' voor het gunnen van opdrachten (zie paragraaf 2.3.7). Dit artikel sluit aan bij artikel 2.82, dat een mogelijkheid biedt om deelname aan een specifieke aanbesteding voor te behouden aan sociale werkplaatsen die kansen tot stand brengen voor mensen met een achterstand op de arbeidsmarkt.

[27] SER (2015) Sociale ondernemingen: een verkennend advies, Den Haag: Sociaal Economische Raad.
[28] Zie http://ec.europa.eu/growth/sectors/social-economy/enterprises_en. Deze definitie wijkt overigens af van de definitie die in het Europese Aanbestedingswet wordt gehanteerd bij voorbehouden voor sociale ondernemingen (en in het Nederlandse Aw is overgenomen via artikel 2.82a). Daar geldt bijvoorbeeld een additionele vereiste dat tenminste 30% van de werknemers in de organisatie een afstand tot de arbeidsmarkt heeft.
[29] Dit sluit niet uit dat de betreffende bedrijven voor een beperkt deel van hun activiteiten sociaal ondernemend kunnen zijn. Denk daarbij aan Unilever dat niet zelf een sociale onderneming is, maar wel via haar merken Ben & Jerry's en De Vegetarische Slager, vormen van sociaal ondernemerschap in huis heeft.

Sociaal ondernemerschap

Sociaal ondernemerschap gaat over het ondernemende gedrag dat gericht is op het tot stand brengen van maatschappelijke waarde. Wij omschrijven sociaal ondernemerschap als:

"het geheel aan activiteiten en gedragingen van ondernemingen gericht op het oplossen van een maatschappelijk vraagstuk en/of het creëren van maatschappelijke waarde door middel van een duurzame bedrijfsvoering".[30]

Hierbij doorgaat de ondernemer een iteratief *proces* van het erkennen, evalueren en uitvoeren van kansen[31]. Wij constateren dat dergelijk gedrag niet is voorbehouden aan nauwkeurig gedefinieerde sociale ondernemingen (zie boven), maar door een breder scala van kleine, middelgrote en grote ondernemingen kan worden gerealiseerd. Ondernemingen met sociale of maatschappelijke doelstellingen zullen een hoge mate van sociaal ondernemerschap vertonen. Sociale ondernemingen volgens de SER werkdefinitie (en daarmee ook die volgens de definitie van de Europese commissie) vallen daar altijd onder.

[30] cf. Zahra, S. A., Gedajlovic, E., Neubaum, D. O., & Shulman, J. M. (2009). A typology of social entrepreneurs: Motives, search processes and ethical challenges. Journal of Business Venturing, 24(5), 519-532.
[31] Shane, S., & Venkataraman, S. (2000). "The promise of entrepreneurship as a field of research". Academy of Management Review, 25(1), 217—226

1.2. Wat maakt sociaal ondernemerschap sociaal?

Veel definities van sociaal ondernemerschap en sociale ondernemingen (inclusief die van het Social Business Initiative van de Europese Commissie) benoemen de maatschappelijke doelstellingen ('social mission') als één van de belangrijkste (zo niet de belangrijkste) vereiste om in aanmerking genomen te worden. Echter, dit gebeurt in het algemeen zonder aan te duiden wat men onder 'sociaal' of 'maatschappelijk' verstaat[32]. Zo gebruikt de Europese Commissie[33] maar liefst vier keer de term 'sociaal' in haar de definitie van een 'sociale onderneming' zonder ook maar een keer aan te geven wat ze onder de term verstaat. Zijn niet veel bedrijven, in het bijzonder in het midden- en kleinbedrijf, inherent sociaal - zonder noodzakelijk te voldoen aan de door de SER gehanteerde criteria voor sociaal ondernemerschap[34]? De Nederlandse Spoorwegen creëren beslist maatschappelijke waarde door dagelijks meer dan 1 miljoen passagiers te vervoeren[35]. Hetzelfde geldt voor Tesla, dat waarde schept voor de onderneming, haar klanten en de samenleving door elektrische auto's en accu's te produceren die bijdragen aan de energietransitie. Hun prestaties maken beide ondernemingen nog niet 'sociaal'.

Hummels (2018) legt een link tussen het sociale karakter van ondernemerschap en (het versterken van de capaciteiten van mensen om te voorzien in hun) basisbehoeften, inclusief de behoefte aan een duurzame omgeving[36]. Ondernemerschap is 'sociaal' als het beantwoordt aan de volgende voorwaarden:

- resultaten ten aanzien van bedrijfsvoering gericht op de maatschappelijke doelstellingen moeten openbaar worden gemaakt (bijvoorbeeld via maatschappelijke jaarverslagen);
- resultaten – zowel de positieve als de negatieve - ten aanzien van bedrijfsvoering gericht op de maatschappelijke doelstellingen moeten worden gerapporteerd (bijvoorbeeld via maatschappelijke jaarverslagen);
- de begunstigden op wie het ondernemerschap zich richt dienen te worden betrokken bij de vaststelling van de adequaatheid van de bedrijfsvoering ten aanzien van de nagestreefde maatschappelijke doelstelling(en).

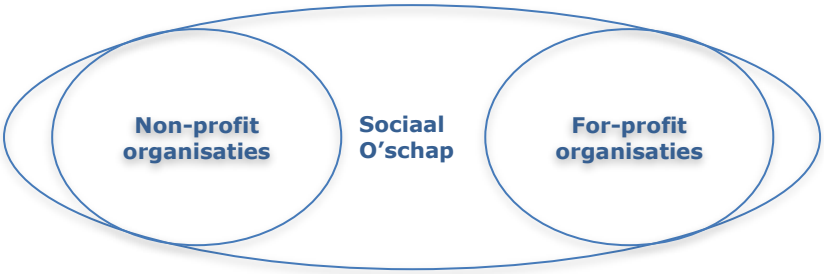
1.3. Sociaal ondernemerschap in hybride organisaties: de uitdagingen

Hybride organisaties zijn organisaties die twee 'werelden', met verschillende institutionele achtergronden, tegelijkertijd bedienen.[37] Bij sociaal ondernemerschap zijn dit de 'non-profit/filantropie' wereld (waarbij de maatschappelijke missie leidend is) en de bedrijfswereld (via het uitoefenen van commerciële activiteiten, gericht op het genereren van financiële winst). Hier gelden andere mechanismen, verwachtingen en gedragsregels. Bijvoorbeeld, het runnen van een for-profit bedrijf (nv of bv in Nederland) kan bij overheden of ngo's de gedachte opwekken dat geïnvesteerd geld commercieel geëxploiteerd zal worden en de ondernemer daarmee vooral de financiële voordelen zal zien van de investering. Aan de andere kant kunnen reguliere

[32] Uitzonderingen zijn te vinden in, o.a., Mair, J., and I. Marti, (2006), "Social entrepreneurship research", *Journal of World Business,* 41, 36–44; Tan, W.-L., Williams, J., Tan, T.-M., (2005), "Defining the 'social' in 'social entrepreneurship': altruism and entrepreneurship", International Entrepreneurship and Management Journal, 1, 353–365.
[33] *"A social enterprise is an operator in the social economy whose main objective is to have a social impact rather than make a profit for their owners or shareholders. It operates by providing goods and services for the market in an entrepreneurial and innovative fashion and uses its profits primarily to achieve social objectives" See:* http://ec.europa.eu/growth/sectors/social-economy/enterprises_en.
[34] Daar komt bij dat, hoewel er beslist asociale bedrijven zijn, er niet zoiets bestaat als 'niet-sociaal ondernemerschap'. Zie Santos, F. M., (2012), "A positive theory of social entrepreneurship", Journal of Business Ethics, 111: 335–351 and Seelos, C., & Mair, J., (2005), "Social entrepreneurship: Creating new business models to serve the poor", Business Horizons, 48(3), 241-246.
[35] https://www.ns.nl/over-ns/activiteiten/reizigersvervoer.html.
[36] Hummels, H. (2018). The 18th Sustainable Development Goal. Social Entrepreneurship in a Global Society. Inaugural Address, March 1st 2018, Utrecht School of Economics, Discussion Paper 18-01, Utrecht University.
[37] Zie bijvoorbeeld Battilana, J., Lee, M., Walker, J., & Dorsey, C. (2012). In search of the hybrid ideal. *Stanford Social Innovation Review*, 10(3), 50-55.

investeerders huiverig staan tegenover investeringen in initiatieven of organisaties die het genereren van winsten niet op de eerste plek hebben staan.

Figuur 1.1 Sociaal ondernemerschap in hybride organisaties.



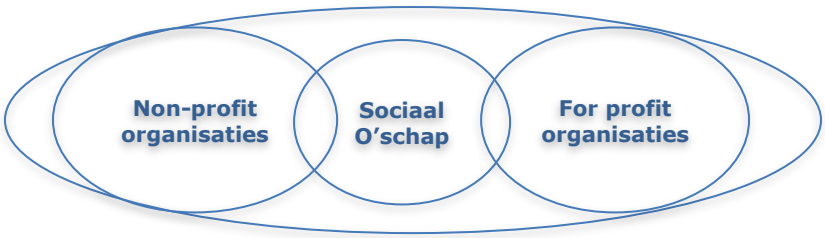
De uitdagingen die komen kijken bij sociaal ondernemerschap in hybride organisaties kwamen ook naar voren bij de rondetafel gesprekken die in het kader van dit onderzoek gevoerd zijn met een niet aselecte (kleine) groep organisaties.[38] Sociale ondernemingen, zoals in sectie 1.1. gedefinieerd, zitten precies in het midden van een spectrum en zijn daarmee een uitgesproken voorbeeld van hybride organisaties. Dat neemt niet weg dat de uitdagingen ook relevant kunnen zijn voor organisaties die meer richting de non-profit of de for-profit kant gaan en daarmee buiten de definitie van sociale ondernemingen vallen.

Wanneer het gaat om de erkenning en herkenning van sociale ondernemingen, lijkt in de afgelopen vijf jaren al veel winst behaald. In de breedte is beter bekend wat sociale ondernemingen doen en waarom, al is dat op face value niet altijd aan de onderneming af te zien. Uit besprekingen met betrokkenen in de onderzoeksgroep (zie bijlage 2) is naar voren gekomen dat de zoektocht naar financieel kapitaal en overheidsopdrachten soms nog als een probleem werd ervaren. Het is echter niet mogelijk om aan te geven hoe groot dit probleem nu daadwerkelijk is; een breed opgezet onderzoek bij een brede groep organisaties die zich op maatschappelijke doelen richten is niet voorhanden.

Naar een versnelling en verbreding

In Nederland – binnen overheid, politiek, maatschappelijke organisaties, adviserende organisaties en steeds vaker ook bedrijven – is een positieve tendens waar te nemen ten aanzien van het vestigen en ondersteunen van maatschappelijk ondernemerschap. Als de overheid sociaal ondernemerschap verder wil stimuleren, en het juridisch instrumentarium dat voor handen is dwingt tot een keuze voor een commerciële bv of een ideële stichting – of een complexe combinatie van beide – dan is het de vraag of een aparte rechtsvorm voor de sociale onderneming, dat zich sterk onderscheidt van de bestaande ondernemingsvormen (Figuur 1.2), uitkomst biedt.

Figuur 1.2 Introductie van nieuwe juridische vorm om uitdagingen hybriditeit te bedienen

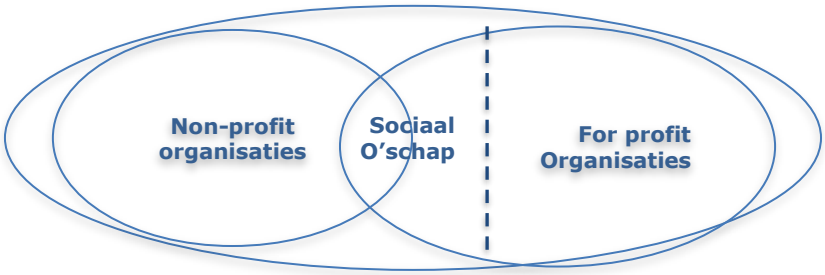


[38] Gegeven de niet aselecte steekproef en het beperkt aantal betrokken organisaties kan uit de resultaten van deze gesprekken geen kwantitatieve of zelfs kwalitatieve uitspraak verbonden worden. Deelnemers aan deze gesprekken staan vermeld in Bijlage 2.

Een andere optie is om 'werelden' dichter bij elkaar te brengen door een bestaande juridische vorm van een uitbreiding te voorzien (Figuur 1.3). Vooropgesteld, er is al de situatie dat in sommige landen beide werelden verder van elkaar af staan (zoals de Verenigde Staten en Verenigd Koninkrijk, met focus op aandeelhouderswaarde) dan in andere landen (met een focus op stakeholder value zoals Nederland). Eventuele barrières zouden dan bijvoorbeeld verminderd kunnen worden via lichte aanpassingen in de for profit wereld die het bovengenoemde probleem van een beperkte (h)erkenning van sociaal ondernemerschap zou kunnen ondervangen. In eerste instantie lijkt dit beter bij de wens naar versnelling en verbreding te passen. Dan is het de vraag:

- welke vereisten worden gesteld aan een dergelijke juridische vorm;
- wordt de gewenste versnelling en verbreding hiermee inderdaad bereikt;
- wegen de maatschappelijke kosten van het introduceren van een nieuwe juridische vorm hier tegenop; en
- waaruit bestaan de 'juridische' voor- en nadelen en leidt de potentiele invoering tot een coherent en consistent juridisch kader, rechtsuniformiteit, en een eventuele toename van rechtszaken?

Figuur 1.3 Uitbreiding van bestaande juridische vorm om uitdagingen hybriditeit te bedienen



1.4. Conclusie: basis ingrediënten voor het creëren van passende regels voor bedrijven met een maatschappelijke doelstelling

Wanneer we de beschikbare kennis uit de literatuur en de praktijk verbinden aan de huidige situatie in Nederland - en in het bijzonder de wens van de overheid ten aanzien van 'passende regels en meer ruimte voor ondernemers met een maatschappelijke doelstelling' – dan komen we tot de volgende algemene bevindingen die gezien kunnen worden als noodzakelijke ingrediënten bij de verdere analyse in hoofdstuk 2.

Bevinding 1: ontkoppel het eventuele in te voeren juridische instrument en de mogelijke gevolgen

Om een zuivere discussie te voeren en recht te doen aan de vereiste van een gelijk speelveld ontkoppelen wij de versterking van de herkenning en erkenning van de sociale onderneming van door ondernemingen nagestreefde voordelen inzake aanbestedingen of fiscaliteit. Deze ontkoppeling wordt mede ingegeven door beperkingen die het aanbestedingsrecht oplegt aan publieke en private aanbestedingstrajecten. Dit impliceert dat een instrument dat de beweging maakt zoals weergegeven in Figuur 1.3, ofwel een verbreding, de voorkeur krijgt boven een instrument dat een extra, eigen 'wereld' creëert zoals weergeven in Figuur 1.2. Deze bevinding dient wel te worden afgewogen tegenover de effecten die de interventie ten aanzien van andere fundamentele uitgangspunten van het recht kan hebben, zoals de rechtsonzekerheid, de uniforme

toepassing van het recht en de potentiele toename van rechtszaken die door een incoherent of inconsistent juridisch kader zouden kunnen ontstaan.

Bevinding 2: Maak onderscheid tussen intenties en realisatie van maatschappelijke waarde

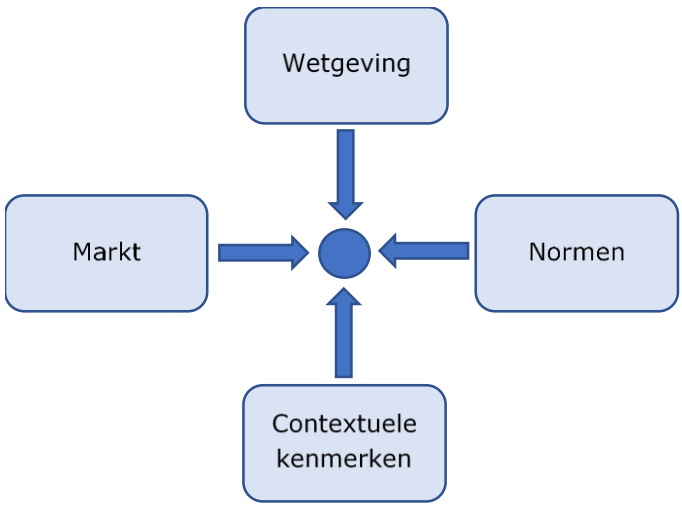
Veel bestaande definities van sociaal ondernemerschap en sociale ondernemingen gaan uit van intenties richting het realiseren van maatschappelijke waarde, en besteden daarnaast weinig of geen aandacht aan wat deze waarde nu maatschappelijk (of sociaal) maakt en de *realisatie* van die waarde. Een eventueel te introduceren juridisch instrument zou zich vooral moeten richten op het bevordering en transparantie met betrekking tot de realisatie van maatschappelijke waarde. Dit is niet gemakkelijk, maar kan gestimuleerd worden door de resultaten van bedrijfsactiviteiten gericht op het bewerkstelligen van de maatschappelijke doelstelling te benoemen, te monitoren en daar actie op te nemen indien daar aanleiding toe is.

2. Analyse: mogelijkheden voor juridische kaders voor sociaal ondernemerschap in Nederland

2.1 Theoretisch kader: stimuleren van sociaal ondernemend gedrag

Voor het theoretisch kader combineren we inzichten vanuit de 'New Chicago School' geïntroduceerd door Harvard jurist Lawrence Lessig[39], een socio-economische benadering van regulering van gedrag, met die van econoom William Baumol over de uitwerking van instituties op ondernemend gedrag. Tezamen biedt dit het beoogde perspectief zoals geschetst in de inleiding en kan dit toegepast worden om de bevindingen van het vorige hoofdstuk uit te werken richting concrete mogelijkheden die recht doen aan de Nederlandse (historische) context. De traditionele Chicago School beargumenteert dat gedrag wordt beperkt of gestimuleerd door verschillende krachtenvelden. Wetgeving is daar (slechts) één van. Regels die niet via wetgeving worden opgesteld en afgedwongen, zoals sociale normen en waarden in de samenleving, hebben ook invloed op gedrag. Ook de markt heeft invloed op gedrag, met name via prijsvorming. Tenslotte is er een krachtenveld dat door Lessig wordt aangeduid als 'architecture' en beschreven als 'de wereld zoals de actor deze aantreft'. Feitelijk worden hier overige contextuele kenmerken mee bedoeld. Voorbeelden hiervan zijn bijvoorbeeld lokale fysieke en logistieke kenmerken. Meer aansluitend op sociaal ondernemerschap kan een contextueel kenmerk ook zijn dat bepaalde groepen in de samenleving geen aansluiting vinden in de maatschappij. Deze vier modaliteiten van regulering zijn tegelijk van toepassing en bepalen dus gezamenlijk hoe individuen in de maatschappij zich gedragen (Figuur 2.1).

Figuur 2.1 Raamwerk Chicago School



Bron: Lessig, L. (1998). The New Chicago School. The Journal of Legal Studies, 27(S2), 661-691.

De bijdrage van de 'New' Chicago School zit vooral in de gedachte dat wetgeving niet alleen direct aangrijpt op gedrag van actoren in de maatschappij, maar ook een functie heeft op de overige drie krachtenvelden en daarmee een sterk ondersteunende functie kan bieden[40]. De algemene gedachte is dan ook niet dat minder regelgeving per definitie beter is (zoals in de jaren '90 veelal gepropageerd werd) maar dat het bovenal gaat om de effectiviteit van de regelgeving. Hierbij gaat het om zowel effectiviteit *ex ante* als effectiviteit *ex post.* Effectiviteit *ex ante* beschouwt of (nieuwe) regulering in overeenstemming is met de fundamentele beginselen, of het objectief is, consistent-coherent, wat de samenhang met andere regulering is en of er sprake is van

[39] Lessig, L. (1998). The New Chicago School. *The Journal of Legal Studies*, 27(S2), 661-691.
[40] Een relevante manier voor het stimuleren van sociaal ondernemerschap via het krachtenveld van contextuele kenmerken kan bijvoorbeeld het ontwikkelen van een nationaal, door de overheid ondersteund keurmerk zijn.

rechtszekerheid en rechtsuniformiteit. Effectiviteit *ex post* gaat over de (empirische) effectiviteit van de regulering zelf.[41]

William Baumol bestudeerde *ondernemend* gedrag in sociaal economisch perspectief.[42] Hij keek daarmee iets verder dan 'het individu' zoals weergegeven met de stip centraal in Figuur 2.1, door uit te gaan van een zekere spreiding in de mate van ondernemend talent binnen een samenleving. Daarnaast was hij geïnteresseerd in de uitwerking die het geheel aan ondernemende gedrag kan hebben op die samenleving. Uit zijn historische analyse leidde hij twee proposities af. De eerste stelt dat er in een samenleving een 'gegeven dosis' ondernemend talent aanwezig is. De tweede propositie, die met name navolging heeft gevonden, stelt dat de institutionele context sterk bepalend is voor het type ondernemend gedrag dat ondernemende talenten laten zien. De vier krachtenvelden van figuur 2.1 kunnen hierbij tezamen worden gezien als de institutionele context.

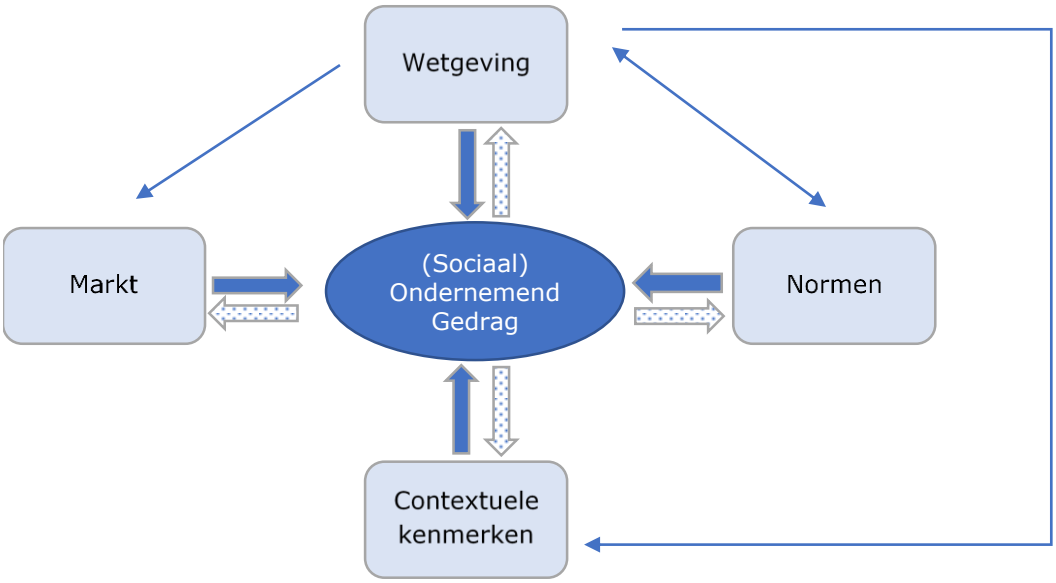
Baumol stelt dat instituties kunnen leiden tot ondernemend gedrag dat de samenleving vooruit helpt, maar ook tot ondernemend gedrag dat uiteindelijk destructief kan uitwerken voor de samenleving. Voorbeelden van onproductief en mogelijk destructief ondernemerschap zijn situaties waarbij bedrijven onnodig vaak met elkaar in de clinch gaan via rechtszaken, of waar ondernemerschap voorbehouden is aan een bepaalde groep (of zelfs verboden is). Daarmee zetten de vigerende instituties het ondernemend talent niet aan tot grootse prestaties. Ondernemend gedrag kan op zijn beurt ook weer leiden tot aanpassingen van de krachtenvelden. Sterker nog, voor veel sociale ondernemers is dit een wezenlijk onderdeel van hun missie en bedrijfsvoering. Denk aan de sociale ondernemers, zoals Kromkommer en de Verspillingsfabriek, die de consument proberen mee te nemen in uitdagingen zoals voedselverspilling, en met hun initiatief aandacht willen leggen op de in hun ogen beperkte (uitvoering van) bepaalde wet- of regelgeving en hier verandering in aan willen brengen.

Voor een allesomvattend beeld komen we uit bij Figuur 2.2, waarbij vanuit juridisch perspectief het krachtenveld rondom ondernemend gedrag wordt gevangen. Het geheel aan institutionele kenmerken bepaalt het type ondernemend gedrag dat verwacht kan worden, en daarmee ook de mogelijke druk vanuit ondernemers om instituties te veranderen.[43] Leidend is dan ook de vraag waar we als samenleving naartoe willen. Dan is het de kunst om de modaliteiten van regulering op zo'n manier op elkaar af te stemmen dat het type ondernemend gedrag in lijn is met de visie op de maatschappelijke uitdagingen en het gewenste sociale karakter van de economie. Dat die specifieke regulering, om goed te kunnen werken, in overeenstemming te zijn met de fundamentele uitgangspunten van rechtmatige, coherente en consistente rechtsstelsels spreekt voor zich.

Nemen we bijvoorbeeld het bevorderen van de arbeidsintegratie van mensen met een beperking, dan kan er allereerst een wet van kracht worden die de integratie van mensen met een arbeidsbeperking bevordert. Echter, zoals de praktijk momenteel uitwijst is een dergelijke maatregel op zichzelf niet voldoende om het beoogde doel te bereiken. De overheid kan ook invloed uitoefenen door middel van het beïnvloeden van de heersende normen, het beïnvloeden van de spelregels op de markt en subsidiëren van het aannemen van personeel met een arbeidshandicap.

[41] Zie bijvoorbeeld Manunza, E.R. (2012)., Een beschouwing van doel en effectiviteit ex ante van de Aanbestedingswet 2012, Europa Instituut working paper 04/12, pag.1-9.
[42] Baumol, W. J. (1990). Entrepreneurship: Productive, Unproductive, and Destructive. *The Journal of Political Economy*, 98(5 Part 1), 893-921.
[43] Dit staat bekend als institutioneel ondernemerschap, zoals onder meer beschreven in Battilana, J., Leca, B., & Boxenbaum, E. (2009). How actors change institutions: towards a theory of institutional entrepreneurship. *Academy of Management Annals*, 3(1), 65-107.

Figuur 2.2 Raamwerk: regulering van sociaal ondernemend gedrag



Gebaseerd op Lessig (1998), Baumol (1990) en Battilana et al. (2009)

In de volgende secties van dit hoofdstuk besteden we achtereenvolgens aandacht aan wetgeving in het ondernemingsrecht en het aanbestedingsrecht, de twee meest relevante rechtsterreinen voor de beantwoording van de vragen in dit onderzoek.

2.2 Ondernemingsrecht: bestaande juridische vormen en ontwikkeling van het debat in Nederland

Sociale ondernemers hebben binnen het Nederlandse ondernemingsrecht de mogelijkheid één of meerdere van de bestaande juridische vormen aan te nemen. De meeste sociale ondernemingen, dat wil zeggen de ondernemingen die zijn opgenomen in de studies van McKinsey (2016) en de Social Enterprise Monitor (2018), kiezen voor een bv.[44] Ook kiest een aantal voor stichting, of een combinatie van bv en stichting. Minder vaak worden een vof, coöperatie, of eenmanszaak aangetroffen bij sociale ondernemingen.

2.2.1 Wetsvoorstel Maatschappelijke Onderneming in 2009

In juli 2009 zond de minister van Justitie een wetsvoorstel naar de Tweede Kamer tot wijziging van Boek 2 van het BW "ter invoering van de vereniging en stichting tot instandhouding van de maatschappelijke onderneming". In het traject dat leidde tot het ingediende voorstel, overwoog het kabinet een rechtsvorm te introduceren die geschikt was "om vorm te geven aan het bestuur van scholen, zorginstellingen, woningcorporaties en andere instellingen in de semipublieke sfeer, op een wijze die hen in staat stelt zich ondernemend op te stellen"[45]. De door middel van de stichting of vereniging in het leven geroepen maatschappelijke onderneming kende een aantal strikte eisen. Naast het in de statuten vastgelegde maatschappelijk doel en een omschrijving van de activiteiten van de onderneming, diende de governance te worden geregeld via een tripartite structuur: het bestuur, de Raad van Toezicht en een adviserende belanghebbendenvergadering – afgekort als

[44] McKinsey&Company (2016). Scaling the impact of the social enterprise sector. Social Enterprise NL (2018). Social Enterprise Monitor 2018.
[45] Botter, F., (2010), *Maatschappelijke ondernemingen*, Eburon, Delft. Zie ook Helder, R. (2018). Een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming: hoever zijn we?

BHV[46]. Het voorstel maakte het mogelijk voor de maatschappelijke onderneming om privaat kapitaal aan te trekken, voor zover de aandeelhouders of kapitaalverstrekkers daarmee geen beslissende invloed kregen op de koers van de onderneming.

Het bovengenoemde voorstel voor de introductie van de maatschappelijke onderneming betrof een aangepast document ten opzichte van een eerder voorstel dat in december 2008 voorgelegd was aan de Raad van State. Het advies van de Raad van State op 18 maart 2009 liet zien dat de Raad van State niet overtuigd was van de meerwaarde van de voorgestelde nieuwe modaliteit. Hiertoe werden de volgende argumenten aangedragen.

- De Raad was van mening dat het begrip 'maatschappelijke onderneming' onvoldoende was afgebakend om daaraan een bij uitstek geschikte rechtsvorm te koppelen. Hierbij kwam dat het niet duidelijk was waarom de toelichting bij het wetsvoorstel zich voornamelijk beperkte tot woningcorporaties, zorg- en onderwijsinstellingen.
- De Raad oordeelde dat onvoldoende bleek dat de drie in het voorstel genoemde doelstellingen werden bediend:
    - versterken van de herkenbaarheid van maatschappelijke ondernemingen;
    - voorzien in een structuur waarin wettelijke waarborgen worden gegeven voor instellingen die met een maatschappelijk doel opereren; en
    - het scheppen van voorwaarden voor een terugtredende overheid

Bij de eerste twee punten zag de Raad geen meerwaarde ten aanzien van de reeds bestaande structuren. Ook werd er volgens de Raad geen concreet zicht geboden op meer ruimte voor de maatschappelijke onderneming door een terugtreden van de overheid. [47]

Hierop heeft de Minister van Justitie bij de indiening in juli 2009 het voorstel meer gemotiveerd en onderdelen verduidelijkt.[48] Onder meer werd aangegeven dat het niet de bedoeling was om het werkterrein van de maatschappelijke onderneming af te bakenen of de toepassing van de rechtsvorm te beperken tot woningcorporaties, onderwijs- en zorginstellingen (ook al was de inspiratie daar vooral aan ontleend).[49] Kenmerken van de structuur van de rechtsvorm zouden met name herkenbaarheid geven voor wat betreft de wijze waarop ondernemingsbeslissingen worden genomen. De memorie van toelichting is op diverse punten herzien en aangevuld. Daarnaast constateert de Minister dat de Raad nergens in zijn advies stelt dat het wetsvoorstel of een onderdeel daarvan in strijd zou zijn met de wet of juridische problemen zou kunnen opwerpen.

2.2.2 Verloop van het discours na 2009

De roep om specifieke rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming - nog altijd overwegend vanuit het perspectief van de semipublieke sector - kreeg een nieuwe impuls door het rapport 'Een lastig gesprek' van de Commissie Halsema.[50] De Commissie Halsema bepleitte weliswaar niet rechtstreeks een specifieke rechtsvorm, maar adviseerde wel om het Burgerlijk Wetboek aan te passen op elementen die aan het ingetrokken wetsvoorstel analoog waren, zoals onder meer ten aanzien van de borging van het maatschappelijk belang. De voorstellen van de Commissie Halsema zijn uiteindelijk uitgemond in het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen, waarin evenwel de borging van het maatschappelijk belang geen rol speelt.

Eveneens in 2013 lanceerde het Wetenschappelijk Instituut van het CDA een voorstel om de maatschappelijke onderneming te regelen in een lex specialis, omdat aanpassing van het Burgerlijk

[46] De BHV had vergaande en serieuze adviesbevoegdheden. Zo diende de onderneming te beschikken over een geschillenregeling voor het geval een advies van de BHV niet werd opgevolgd.
[47] Botter, F., (2010), *Maatschappelijke ondernemingen*, Eburon, Delft.
[48] Zie https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?id=2009Z13508&dossier=32003
[49] Hierbij worden als voorbeleden organisaties als bijvoorbeeld collectieve beheersorganisaties in het auteursrecht, goede-doelenorganisaties, veerdiensten, instellingen voor jeugdbescherming en kansspelorganisaties genoemd.
[50] Commissie maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in semipublieke sectoren, ingesteld door de Minister van Economische Zaken op 16 maart 2013, Stcrt. 2013, 13277.

Wetboek politiek niet haalbaar bleek.[51] Dit idee kreeg weinig tot geen weerklank. Hierna verschoof het perspectief meer door de opkomst van sociaal ondernemerschap in Nederland[52]. In 2015 was de SER nog niet overtuigd van het belang van een specifieke rechtsvorm voor sociale ondernemingen. Wel signaleerde de Commissie Sociaal Ondernemerschap van de SER dat sociale ondernemingen in de praktijk tegen knelpunten aanlopen, zoals onder meer de impactmeting, het verkrijgen van financiering en het verkrijgen van overheidsopdrachten. Gegeven het in 2010 afgeketste wetsvoorstel, adviseerde de SER om vooral in te zetten op het stimuleren van erkenning en herkenning, alsook om handvatten te bieden voor impactmeting. Het adviseerde daarnaast om te onderzoeken of een keurmerk of een label een oplossing zou bieden aan enkele van de gepercipieerde problemen.[53]

In 2016 werd vanuit Social Enterprise NL op basis van een reeks argumenten bepleit om sociaal ondernemerschap te faciliteren met een modaliteit van de bv.[54] De contouren van deze modaliteit werden in lijn met de definitie van de Europese Commissie bepaald door een focus op het maatschappelijk belang, door het benoemen van stakeholders in de statuten en die te betrekken bij het beleid, door transparantie over het gevoerde en te voeren beleid en door herinvestering van resultaten, waarbij uitkeringen aan aandeelhouders slechts worden gedaan indien dat verenigbaar is met het maatschappelijk belang.

Overwegingen in het huidige discours

Het wetsvoorstel uit 2009, gericht op de introductie van de vereniging en stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming, werd gepositioneerd in het speelveld van semipublieke organisaties en een terugtredende overheid. Het huidige discours daarentegen, richt zich expliciet op het bevorderen van ondernemerschap dat bijdraagt aan het scheppen van sociale en maatschappelijke waarde voor ondernemingen die binnen bestaande structuren beperkingen ervaren om deze doelstellingen te realiseren en af te wegen tegen financiële doelstellingen. De focus is gericht op het aansporen van de private sector – en daarbinnen de positie van ondernemers met maatschappelijke doelstellingen – om sociale, maatschappelijke en milieuvraagstukken aan te pakken. Hoewel sociaal ondernemerschap in de lift zit, lijkt er een behoefte te bestaan onder ondernemingen, voor wie het creëren van sociale of maatschappelijke waarde het alfa en omega van hun bedrijfsvoering uitmaakt, aan een nieuwe rechtsvorm die hun speciale geaardheid erkent. De rechtsvorm draagt tegelijkertijd bij aan het herkennen van deze aard door opdrachtgevers, financiers en andere (institutionele) stakeholders[55]. Het gaat dan specifiek om hun uitdagingen om zowel belanghebbenden vanuit non-profit als for profit gebieden te bedienen (erkenning en herkenning) en hun wens deze doelstellingen voor de lange termijn te borgen in de organisatie, ook bij opvolgend bestuur en aandeelhouderschap. Het sluit in die zin dan ook meer aan op de *effectiviteit* van sociaal ondernemers, ten aanzien van de maatschappelijke doelen die ze nastreven. [56]

Een nieuwe rechtsvorm, of uitbreiding van een bestaande rechtsvorm gericht op ondernemen met een maatschappelijk doel, zou hiermee een incentive kunnen vormen voor meer en effectiever sociaal ondernemend gedrag. Daarnaast kan het, wanneer we figuur 2.2 erbij nemen, zorgen voor

[51] W. van Leeuwen (red.), *Het CDA en de maatschappelijke sectoren.*
[52] Zo werd in 2012 Social Enterprise NL opgericht als belangenbehartiger van sociale ondernemingen. In 2013 startte Universiteit Utrecht het Utrecht University Social Entrepreneurship Initiative, uitmondend in de eerste leerstoel Social Entrepreneurship in Nederland in 2016.
[53] SER advies 2015/03, p. 105.
[54] M. Hillen en S. Panhuijsen. (2016). BVm, de sociale onderneming op weg naar het Burgerlijk Wetboek. Amsterdam: Stichting Social Enterprise NL.
[55] Hoewel er geen onderzoek beschikbaar is over de perceptie van consumenten over de sociale onderneming – laat staan over de juridische status van de onderneming – lijkt de verwachting gerechtvaardigd dat een status van bv-m voor de consument weinig toegevoegde waarde biedt.
[56] Zie ook Botter, F., (2010), *Maatschappelijke ondernemingen*, Eburon, Delft.

een verdere stimulans ten aanzien van *normen* in de maatschappij als het gaat om hoe ondernemingen bewust bijdragen aan maatschappelijke uitdagingen. Sterker, voor een effectieve implementatie is het cruciaal om de kanalen via de 'normen' module te bespelen (bijvoorbeeld via campagnes en trajecten bij de Kamer van Koophandel). Een mogelijke verdere versterking via *contextuele kenmerken* kan plaatsvinden via de ontwikkeling van codes, labels en keurmerken die op deze manier een bepaald segment van sociaal ondernemerschap (met alle variatie hierin, zie hoofdstuk 1) in kunnen vullen. Kortom, de indirecte effecten (zoals weergegeven in figuur 2.2) van een invoering of uitbreiding van een juridische vorm zouden belangrijker kunnen uitvallen dan de directe effecten, indachtig de 'New Chicago School' (figuur 2.2).

Een mogelijk tegengesteld effect vindt plaats wanneer een nieuwe rechtsvorm gepaard gaat met regels op de markt die bijvoorbeeld voordelen bieden aan organisaties die de nieuwe rechtsvorm hanteren. Dan komt het gewenste gelijke speelveld in gevaar; een voordeel in de vorm van overheidsaanbestedingen of fiscaliteit kan niet gekoppeld worden aan een nieuwe rechtsvorm. Ook kunnen andere potentiele indirecte (negatieve) effecten in het kader van aanbestedingen niet onbesproken blijven. Wanneer men in de context van aanbestedingen van sociale ondernemingen spreekt, gaat het om de ondernemingen die in art. 2.82a Aw 2012 worden besproken. Dit artikel hanteert, zoals in hoofdstuk 1 beschreven, een andere definitie van een sociale onderneming dan de SER-werkdefinitie (en verschilt tevens van de definitie van de Europese Commissie uit het Social Business Initiative). Er kunnen problemen in de praktijk ontstaan wanneer twee (of meer) definities 'sociale' ondernemingen naast elkaar bestaan die wellicht zelfs met elkaar concurreren of strijdig met elkaar kunnen zijn. Dit vergroot het risico op onrechtmatige en dus discriminerende beslissingen bij de gunning van overheidsopdrachten, dat tot een vergroting van aantal klachten en rechtsprocedures kan leiden, met als gevolg dus verhoging van administratieve lasten.

2.3 Sociale ondernemingen in de context van aanbestedingen

2.3.1 Begrenzingen van de contractsvrijheid bij private en publieke aanbestedingen

Contractuele relaties tussen entiteiten worden beheerst door het algemene privaatrechtelijke uitgangspunt van contractsvrijheid. Dit betekent dat het een aanbesteder - in beginsel - vrij staat om bepaalde eisen te stellen of om een opdracht wel of niet aan een inschrijver te gunnen. Deze vrijheid is echter niet onbegrensd. Daarom zijn opdrachtgevers niet in alle situaties vrij om bij sociale ondernemers in te kopen.

Wanneer de aanbesteder een private partij is zoals bijvoorbeeld KLM, Shell of Philips, dan vloeien uit het burgerlijk recht beperkingen aan de contractsvrijheid voort. In de precontractuele fase dienen partijen zich namelijk te gedragen overeenkomstig de geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Wanneer de aanbesteder een overheid of een 'publiekrechtelijke instelling' in de zin van artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012 (Aw) is, wordt de contractsvrijheid voornamelijk beperkt door het EU en Nederlandse aanbestedingsrecht. In geval de aanbesteder tevens een bestuursorgaan is in de zin van de Algemene wet Bestuursrecht (AwB), dan is deze ook aan de beginselen van behoorlijk bestuur gebonden bij privaatrechtelijk handelen. We onderscheiden daarom hierna de contractuele relatie tussen (a) een ondernemer en een private partij en die tussen (b) een ondernemer en een publieke partij.

2.3.2 Private aanbestedingen

Inkopen via aanbestedingsprocedures kent vele voordelen. Door zoveel mogelijk aanbieders met elkaar te laten concurreren wordt o.a. een betere prijs-kwaliteit verhouding verkregen, wordt innovatie beter gestimuleerd en corruptie bestreden. Daarom kopen ook private partijen in via competitieve procedures, ondanks het ontbreken van aanbestedingsplichten. Onder bepaalde omstandigheden kunnen uitgangspunten en beginselen van het 'publiek' aanbestedingsrecht alsnog

van toepassing zijn op deze private aanbestedingen.[57] Dat besliste de Hoge Raad in de *RGZ*-zaak in 2003 door de Nederlandse precontractuele redelijkheid en billijkheid nader uit te leggen in het licht van de Europese aanbestedingsbeginselen, in het bijzonder die van gelijke behandeling en transparantie.[58] Deze beginselen vereisen dat de (selectie en gunnings)criteria en de omvang van de opdracht duidelijk zijn en vooraf bekend gemaakt.[59]

Ondanks deze verplichting, geldt er binnen het opstellen van de aanbestedingsvoorwaarden nog steeds een hoge mate van contractsvrijheid voor private aanbesteders. Tien jaar later besliste de Hoge Raad in de *KLM*-zaak (2013) namelijk dat de toepasselijkheid van de beginselen afhangt van "*de aanbestedingsvoorwaarden en de verwachtingen die de (potentiële) aanbieders op basis daarvan redelijkerwijs mochten hebben*".[60] Private aanbesteders mogen de toepasselijkheid van deze beginselen uitsluiten, waarbij geldt dat de rechter mag bepalen dat een dergelijke uitsluiting op grond van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, met name wanneer bepaalde verwachtingen bij aanbieders zijn gecreëerd.

Dit toont aan dat private aanbesteders binnen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid in de aankondiging van de opdracht en in het bestek voorkeuren mogen uitspreken om van sociale ondernemingen in te kopen; dus op basis van een bepaalde rechtsvorm en/of een keurmerk of code, zolang dergelijke voorkeuren expliciet in de aanbestedingsvoorwaarden vermeld staan.

2.3.3 Publieke aanbestedingen

Om correct in kaart te brengen wat de effecten zijn van de invoering van een nieuwe specifieke juridische vorm of een keurmerk voor sociale ondernemingen, is van belang ons te realiseren dat er verschillende verplichtingen voor aanbesteders gelden, afhankelijk van de economische grootte en van het 'grensoverschrijdend karakter' van opdrachten. Hoe lager de waarde van de opdracht en hoe geringer er sprake is van een grensoverschrijdend, interstatelijk belang, hoe meer ruimte er bestaat voor nationaal beleid. Van een grensoverschrijdend belang is sprake wanneer een opdracht interessant kan zijn voor inschrijvers uit een andere lidstaat dan die waar de opdracht wordt uitgevoerd. Het is de aanbesteder die de plicht heeft om de aanwezigheid van dit belang te onderkennen aan de hand van objectieve aanwijzingen die in de jurisprudentie van het EU Hof van Justitie (HvJEU) zijn geformuleerd, zoals bijvoorbeeld de economische grootte of de ligging in de buurt van de landsgrenzen.[61]

Voor alle opdrachten gelden de twee uitgangspunten uit artikel 1.4 Aw:

- Hanteren van objectieve keuzes: de keuze voor een bepaalde procedure en de keuze voor het toelaten van ondernemers tot die procedure dienen te worden gemaakt op basis van objectieve criteria;
- Creëren van maatschappelijke waarde: de aanbesteder dient "zorg te dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen";

Verder geldt de eis van proportionaliteit van de keuzes. Het proportionaliteitsbeginsel brengt mee dat de eisen en voorwaarden bij een aanbesteding in redelijke verhouding staan tot de aard en omvang van de opdracht; het beginsel is nader uitgewerkt in de Gids Proportionaliteit.[62]

We kunnen drie categorieën opdrachten onderscheiden: opdrachten boven de Europese drempels, opdrachten onder de drempels maar van grensoverschrijdend belang en zuiver nationale opdrachten.

[57] Hoge Raad, *RZG*, ECLI:NL:HR:2003:AF2830.
[58] Hoge Raad, *RZG*, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, r.o. 3.4.4.
[59] Alleen dan worden de gelijke kansen van de verschillende aanbieders gewaarborgd en kan naleving van het gelijkheidsbeginsel gecontroleerd worden; Hoge Raad, *RZG*, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, r.o. 3.5.2.
[60] Hoge Raad, KLM, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900, r.o. 3.7.
[61] HvJEU, Zaak C-318/15, *Tecnoedi* [2016].
[62] https://www.pianoo.nl/sites/default/files/documents/documents/gids-proportionaliteit-1e-herziening-april-2016.pdf

Opdrachten boven de drempels
Voor opdrachten met een economische waarde hoger dan de drempels,[63] zijn de EU-aanbestedingsrichtlijnen van toepassing, de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit. Nationaal beleid om sociaal ondernemerschap via aanbestedingen te bevorderen ten aanzien van deze opdrachten, dienen in overeenstemming te zijn met het EU- Werkingsverdrag, de EU-aanbestedingsrichtlijnen, de jurisprudentie van het HvJEU, de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit. Onderhands gunnen is niet mogelijk, evenmin als het uitspreken van een voorkeur voor, of opdrachten voorbehouden aan, ondernemingen met een specifieke juridische vorm, respectievelijk een keurmerk. Er kunnen geen voordelen worden toegekend op basis van een juridische vorm anders dan de mogelijkheden waarin de wet al voorziet, zijnde de mogelijkheid ex art. 2.82 en 2.82a Aw 2012 (zie hierna).

Wel is het mogelijk via een slimme vraagtechniek de mogelijkheden uit de wet volop te benutten om sociaal ondernemerschap te stimuleren. In het Juridisch Leaflet Maatschappelijk Aanbesteden (Ministerie van BZK, 2015) is door onderzoekers van het Public Procurement Research Centre van de Universiteit Utrecht een matrix ontwikkeld met een veertiental juridische technieken die ingezet kunnen worden om sociaal ondernemerschap te stimuleren.[64]

Er is echter een categorie opdrachten boven de drempel die aan minder strikte eisen is gebonden. Het betreft die diensten die door de EU op de bijzondere lijst 'sociale en andere specifieke diensten' zijn geplaatst (Bijlage XIV van Richtlijn 2014/24/EU) en waarvoor een nog hogere drempelwaarde geldt dan voor de andere 'gewone' diensten (art. 2.38 Aw). In Nederland zijn het vaak sociale ondernemingen die deze diensten uitvoeren. De EU veronderstelt dat deze diensten een beperkte interstatelijke dimensie hebben vanwege de bijzondere context en de culturele tradities van de lidstaten waar ze plaatsvinden. Zelfs indien deze diensten 'hun' drempel overschrijden, is enkel een licht regime van toepassing. De eisen zijn dus soepeler dan bij de inkoop van andere diensten; en de ruimte om eigen nationaal beleid te voeren groter.

Opdrachten onder de drempels
In Nederland heeft de meerderheid van de publieke aanbestedingen een economische waarde onder de Europese drempels. In 2016 werd de totale waarde van overheidsopdrachten onder de drempelbedragen geschat op € 46,9 miljard, en daarmee 64% van de totale inkoopvolume van de Nederlandse overheid.[65] Ten aanzien van deze omvangrijke categorie opdrachten is er meer juridische ruimte om nationaal beleid te voeren dan boven de drempels. Wel stellen de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit ook non-discriminatie- en proportionaliteitseisen aan de gunning van deze opdrachten. Dit is mede het gevolg van de beslissingen van het HvJEU inzake opdrachten met een 'duidelijk grensoverschrijdend belang'. In deze gevallen zijn de fundamentele regels van het EU-werkingsverdrag onverkort van toepassing.[66] Zo verlangt het beginsel van transparantie dat opdrachten bekend worden gemaakt. Het beginsel van gelijke behandeling

[63] Deze drempels worden ieder twee jaar door de EU met een verordening vastgesteld. Zie: Gedelegeerde verordening (EU) 2017/2365 van de Commissie, 18 december 2017. Huidige drempelwaarden voor de Klassieke Overheid (Richtlijn 2014/24/EU) variëren naar gelang het type dienst. Voor 'Werken' is dit €5.548.000,-, voor 'Leveringen en diensten voor centrale overheid is dit €144.000,-, voor 'Leveringen en diensten voor decentrale overheid €221.000,- en voor 'Overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten €750.000,-. Huidige drempelwaarden voor Concessieopdrachten (Richtlijn 2014/23/EU) zijn voor zowel 'Concessieovereenkomsten voor (openbare) werken' als Dienstenconcessies' €5.548.000,-. De drempelwaarden worden onder meer gepubliceerd op https://www.pianoo.nl/nl/regelgeving/drempelwaarden-europees-aanbesteden
[64] E. Manunza, W. Lohmann & G. Bouwman, *Juridisch Leaflet Maatschappelijk Aanbesteden: Juridische mogelijkheden om de kracht van de samenleving te benutten bij aanbestedingen*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2015: https://www.pianoo.nl/sites/default/files/documents/documents/juridischeleafletmaatschappelijkaanbesteden-augustus2015.pdf
[65] Significant, *Het inkoopvolume van de Nederlandse overheid – Een macroanalyse*, 15 september 2016.
[66] HvJEU, Zaak C-324/98, *Telaustria* [2000], r.o. 60-62 en specifieker in HvJEU, Zaak C-507/03, *Commissie/Ierland* [2007], r.o. 29.

vereist dat alle geïnteresseerden gelijke kansen krijgen. Kortom, buiten het bereik van de Europese richtlijnen liggen meer mogelijkheden om sociaal ondernemerschap te stimuleren. Deze kleinere opdrachten zijn onder te verdelen in twee categorieën.

Opdrachten onder de drempels, maar van grensoverschrijdend belang
Op deze opdrachten is enkel hoofdstuk 1 van de Aanbestedingswet van toepassing en het EU-Werkingsverdrag (zie afdeling 1.2.2). Elke maatregel die de toegankelijkheid van deelname aan een aanbesteding inperkt wordt aangemerkt als een handelsbelemmering tussen de Lidstaten en is dus verboden. Het vereisen van een rechtsvorm, keurmerk, code of label buiten de regels van de richtlijnen om, is problematisch in het licht van de verdragsvrijheden en het verdragsrechtelijke gelijkheidsbeginsel. Echter, de eisen zijn minder strikt waardoor er meer juridische ruimte voor het voeren van nationaal beleid is dan boven de drempels.[67] Een nadeel is wel dat de rechtsbescherming voor ondernemers minder is dan boven de drempels.

Zuiver nationale opdrachten
Voor opdrachten met een economische waarde lager dan de drempels zonder grensoverschrijdend belang, zijn de mogelijkheden om nationaal beleid te voeren het ruimst. Aanbesteders mogen hier kiezen voor inschrijvers met een rechtsvorm, label, code of keurmerk. Dat geldt voor enkelvoudige of meervoudige, onderhandse en openbare aanbestedingen. De Gids Proportionaliteit waarborgt daarbij of de keuze voor een van de drie nationale procedures (met of zonder competitie dus) proportioneel is. Het proportionaliteitsbeginsel wordt in relatie gebracht met de waarde van de opdracht en het aantal potentiële inschrijvers – lees: concurrenten – aanwezig op de markt. Het gaat immers om de vraag of de administratieve lasten en kosten in redelijke verhouding staan tot de waarde van de opdracht. Naast proportionele keuzes voor de soort procedure en de inrichting daarvan, verlangt de Aanbestedingswet (afdeling 1.2.3 en 1.2.4 Aw) dat aanbesteders transparant handelen en ondernemers op gelijke, niet-discriminerende wijze behandelen. Dit brengt mee dat de onderliggende eisen voor een rechtsvorm, label, code of keurmerk wel objectief moeten zijn. Ook in een nationale openbare procedure kan het vereisen van een rechtsvorm, label, code of keurmerk derhalve problematisch zijn.

Een zwak punt in de regelgeving is ook dat de rechtsbescherming beperkt is. Omdat de gunningsbeslissing niet openbaar hoeft te worden gemaakt en er geen opschortende termijn geldt bij de gunning via een onderhandse procedure, is het in de praktijk vaak niet mogelijk om de objectiviteit te (laten) toetsen. Om sociaal ondernemerschap te stimuleren is het daarom noodzakelijk om voor de gunning van deze zuiver nationale opdrachten transparante procedures op te zetten. Bij de toepassing van onderhandse procedures worden potentieel geschikte gegadigden immers bij voorbaat uitgesloten. Daarnaast bemoeilijkt dit de instructie[68] aan aanbestedende diensten om zo veel mogelijk maatschappelijke waarde te leveren uit art. 1.4 Aw. Alleen in een competitieve procedure (met meerdere ondernemers dus) kan met zekerheid worden vastgesteld welke ondernemer het best in staat is om voor de aanbestedende dienst zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te leveren.

2.3.4 Doel van de EU-aanbestedingsregelgeving

In de Europese interne markt-gedachte zijn de bevordering van de concurrentie en liberalisering van de markt voor overheidsopdrachten via de aanbestedingsrichtlijnen geen doelen op zich. Het zijn slechts middelen om het hogere doel te bereiken dat enkele landen in 1957 vaststelden: bevordering van de vrede, van de waarden en van het welzijn van de burgers van de Unie (art. 3, lid 1 Verdrag betreffende de Europese Unie - VEU). Met het Verdrag van Rome spraken die lidstaten met elkaar af zich niet discriminerend te gedragen jegens aanbieders en dienstverleners

[67] De Europese richtlijnen voor overheids- en concessieopdrachten zijn dwingend van toepassing op opdrachten die de drempelwaarden overstijgen. Zie: Richtlijn 2014/24/EU, artikel 4 en Richtlijn 2014/23/EU, artikel 8.
[68] Zie: G. Bouwman, W. Janssen en N. Meershoek, 'Achieving societal value through public procurement' in: E. Manunza en F. Schotanus, *The Art of Public Procurement - Liber Amicorum Jan Telgen 2018*, p. 159-170.

uit andere lidstaten. Ook verplichtten zij nationale overheden bestaande handelsbelemmeringen weg te nemen en gelijke kansen te geven aan marktdeelnemers die willen meedingen naar een overheidsopdracht.[69]

Het werd de Europese wetgever al gauw duidelijk dat deze algemene verplichting niet voldoende was om dit aanzienlijke deel van de interne markt[70] daadwerkelijk te integreren. Overheidsopdrachten zijn bij uitstek instrumenten die van oudsher door nationale overheden werden ingezet voor sociaal beleid. Daardoor was het risico op subjectief, discriminerend en protectionistisch gedrag van nationale overheden richting marktdeelnemers uit andere landen groot.[71] De bevoegdheden van overheden tot het hanteren van zogenoemde 'secundaire beleidsdoelstellingen' in aanbestedingen dienden dan ook ingeperkt te worden. Daarom werden in de jaren zeventig de eerste richtlijnen aangenomen om overheidsopdrachten op een meer objectieve, transparante, proportionele en niet-discriminerende manier op te zetten.[72]

Een belangrijke rol in het bewaken van een open en toereikende toegang tot de markt ligt bij het Hof van Justitie van de EU. Het Hof streeft na om zo veel mogelijk marktdeelnemers tot een aanbestedingsprocedure toe te laten.[73] De nationale wetgever heeft deze benadering overgenomen. In het nieuwe artikel 1.10a Aw is thans bepaald dat overheidsopdrachten niet zodanig worden ontworpen dat de mededinging op kunstmatige wijze wordt beperkt door bepaalde ondernemers te bevoordelen of benadelen.

Tevens heeft dit doel tot gevolg gehad dat niet alleen de klassieke overheid (staat, provincies, gemeenten en waterschappen), maar ook 'publiekrechtelijke instellingen' aanbestedende diensten zijn die het aanbestedingsrecht moeten toepassen. Wanneer bij een nieuwe rechtsvorm voor sociale ondernemingen een statutaire doelstelling van algemeen belang wordt vereist die niet van industriële of commerciële aard is en deze onderneming tevens 'afhankelijk' van de overheid is wegens het toezicht, financiering of benoeming bestuur/directie, dan zou deze - onbedoeld - een 'publiekrechtelijke instelling' worden. Bij de eventuele invoering van een rechtsvorm voor sociale ondernemingen zal dit risico in gedachten moeten worden gehouden.

In algemene zin heeft de Europese Unie in het afgelopen decennium meer oog gekregen voor de maatschappelijke kanten van de economie. Zo spreekt het Verdrag van Lissabon (2009) over een "sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen en sociale vooruitgang". Dit doet niets af aan de oorspronkelijke intenties van de lidstaten. Artikel 3(3) VEU wil enkel zeggen dat de sociale doelstellingen van de EU die verankerd zijn in de verdragen, ook bij de toepassing van de interne-markt-regels in aanmerking moeten worden genomen. Voor het aanbestedingsrecht is de samensmelting van economische en sociale doelstellingen niets nieuws. Ook de eerdere richtlijnen boden tal van mogelijkheden om sociale overwegingen een rol te laten spelen in de selectie- en gunningsfase van een aanbesteding. De huidige richtlijnen benadrukken expliciet dat overheidsaanbestedingen marktinstrumenten zijn die een belangrijke rol spelen in de Europa 2020-strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei.[74]

De grondslag van de aanbestedingsregulering ligt in het fundamentele beginsel van gelijke behandeling. Een gelijk speelveld met een zo ruim mogelijke mededinging is door de EU in het

[69] Het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU).
[70] In 2017 schatte de Europese Commissie de waarde van de Europese markt voor overheidsopdrachten op 14% van het Bnp, zie: COM(2017) 572. De OESO schat dat voor Nederland rond de 20%, zie: https://stats.oecd.org/index.aspx?queryid=78413.
[71] E. Manunza, 'De kunst van het kiezen', *Ars Aequi* 2017, p. 962-964.
[72] Richtlijn 71/305/EEG, *werken* en Richtlijn 77/62/EEG, *leveringen*.
[73] In *Stadt Halle* (2005) stelde het bijvoorbeeld dat het hoofddoel van de regels het vrij verkeer van diensten (en goederen) en de openstelling voor onvervalste mededinging is. In *Bayerischer Rundfunk* (2007) voegde het Hof hier nog aan toe dat het om een ''zo groot mogelijke mededinging'' gaat. Zie: HvJEU, Zaak C-26/03, Stadt Halle [2005], r.o. 44 en HvJEU, Zaak C-337/06, *Bayerischer Rundfunk* [2007], r.o. 39.
[74] Zie ook: Commissie (COM(2010) 2020 definitief), *EUROPA 2020 Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei*.

leven geroepen door aanbesteders te verplichten alle potentiele geïnteresseerden gelijk te behandelen.[75] Hierdoor ligt de focus van de aanbesteding op de gunnings- en niet de selectiefase. Om de keuze van de winnaar(s) zo objectief mogelijk te laten verlopen, worden in deze fase uitsluitend de verschillende inschrijvingen met elkaar vergeleken en juist niet de (rechtsvorm van) de inschrijvers.

2.3.5 Het begrip 'ondernemer'

In de praktijk is er met regelmaat discussie over de vraag wanneer aan de eisen van het begrip 'ondernemer' is voldaan, vaak ook in relatie tot de eis in de Aw dat de ondernemer actief op de markt dient te zijn. In de 'sociale' markt zijn namelijk vrijwilligersorganisaties, burgerinitiatieven, zorgcoöperaties, zorgboerderijen, beschutte werkplaatsen, non-profit organisaties of andere sociale initiatieven actief die minimaal of incidenteel op de markt aanwezig zijn. De vraag is dan of deze organisaties – die in de volksmond regelmatig worden gezien als 'sociale ondernemingen' – wel onder de werking van het aanbestedingsrecht vallen. Zijn de verschillen met een commerciële onderneming niet te groot? Kunnen ze wel als inschrijver in de zin van de Aanbestedingswet gelden? Volgens artikel 1.1 Aw omvat het begrip 'inschrijver' iedere 'ondernemer' die een inschrijving heeft ingediend. Een 'ondernemer' is voorts een aannemer, leverancier of dienstverlener die de uitvoering van werken of diensten of een goed op de markt aanbiedt. Het gaat hier om Europeesrechtelijke begripsdefinities. De Nederlandse wetgever heeft deze begrippen dan ook rechtstreeks overgenomen uit de Aanbestedingsrichtlijnen.[76]

Het Europese Hof van Justitie heeft zich in 2007 en 2009 uitgelaten over wat onder 'een ondernemer' moet worden verstaan. Het Hof besliste dat:

- Een 'ondernemer' hoeft geen winstoogmerk te hebben;
- noch hoeft hij op regelmatige basis actief te zijn op een markt;[77]
- en dat wettelijke regelingen van Lidstaten die gegadigden of inschrijvers uitsluiten van de gunning van bepaalde overheidsopdrachten *'louter op grond dat die gegadigden of inschrijvers niet de rechtsvorm hebben die met een bepaalde categorie van rechtspersonen overeenkomt*' strijdig zijn met het Europese aanbestedingsrecht, op zijn minst daar waar de opdracht de drempelwaarde van de Richtlijn overstijgt.[78]

De Nederlandse wetgever heeft de uitspraak van het Hof overgenomen en geïmplementeerd in artikel 2.52(1) Aw.[79]

2.3.6 Sociale doelstellingen nastreven geen grond voor specifieke uitzondering

Voortbouwend op zijn eerdere uitspraken aanvaarde het Hof in 2014 een nationale regeling die de gunning van medische spoed- en noodvervoerdiensten in Italië bij voorrang of rechtstreeks aan vrijwilligersorganisaties zonder winstoogmerk regelde. De regeling is echter alleen aanvaardbaar, indien en voor zover kan worden vastgesteld dat zij *daadwerkelijk* bijdraagt aan de zuiver sociale doelstellingen van het nationale zorgstelsel. Daarnaast dient de regeling proportioneel te zijn ten

[75] Op Europees niveau draagt dit bij aan de totstandkoming van de interne markt, wat op nationaal niveau allerlei economische voordelen met zich brengt. In de periode 1992-2009 was er sprake van meer dan 2,75 miljoen extra banen en een economische groei van gemiddeld 1,85%. Zie: E. Manunza, 'Sociaal opdrachtgeverschap. Ruimte geven voor sociale en duurzame overwegingen in aanbestedingen en sociale diensten via aanbestedingen inkopen', in: A. Gebrandy en R. Rampersad, *De Sociale Markteconomie van de EU en de kansen voor Nederland*, Boom juridisch 2016, pp. 259-278.
[76] Richtlijn 2014/23/EU inzake overheidsopdrachten en Richtlijn 2014/24/EU inzake concessieovereenkomsten.
[77] HvJEU, Zaak C-305/08, *CoNISMa* [2009], r.o. 35, 42 en 45. Later bevestigd in: HvJEU, Zaak C-159/11, *ASL di Lecce* [2012], r.o. 26-28, HvJEU, Zaak C-386/11, *Piepenbrock* [2013], r.o. 29, HvJEU, Zaak C-203/14, *Consorci Sanitari del Maresme* [2015], HvJEU, Zaak C-568/13, *Data Medical Service* [2014], r.o. 33-36 en HvJEU, Zaak C-391/15, *Marina del Mediterráneo SL* [2017], r.o. 16.
[78] HvJEU, Zaak C-305/08, *CoNISMa* [2009], r.o. 39.
[79] HvJEU, Zaak C-357/06, *Frigerio Luigi* [2007].

aanzien van het te bereiken doel. Dat wil zeggen, er zijn geen andere minder ingrijpende maatregelen of middelen voorhanden die tot hetzelfde resultaat zouden hebben geleid[80].

Duidelijk moge zijn dat de beslissingen van het Hof van Justitie geen grondslag vormen voor een algemene uitzonderingsgrond voor sociale ondernemers, in welke juridische vorm dan ook. Het HvJ stelde immers strikte voorwaarden aan de toepassing van de regeling in de bovenstaande casus: de activiteiten worden niet door werknemers maar door onbetaalde vrijwilligers uitgeoefend en er wordt geen winst nagestreefd.[81] In tegenstelling tot vrijwilligersorganisaties verkrijgen sociale ondernemers hun inkomsten hoofdzakelijk uit economische activiteiten in plaats van bijdragen van leden, subsidies en giften.

2.3.7 Opdrachten voorbehouden aan 'sociale' ondernemingen in de Aanbestedingswet

De Aanbestedingswet (Aw) biedt twee mogelijkheden (voortvloeiend uit de richtlijnen) om opdrachten boven de drempel voor te behouden aan bepaalde ondernemers:

1. Art. 2.82 Aw, dat werd ingevoerd in 2013, geeft de mogelijkheid om deelname aan een specifieke aanbesteding voor te behouden aan sociale werkplaatsen die kansen tot stand brengen voor wie een achterstand op de arbeidsmarkt heeft.
2. Art. 2.82a, ingevoerd in 2016, bepaalt dat een aanbestedende dienst deelname aan een procedure kan voorbehouden aan organisaties die een van de taken vervullen, genoemd in art. 77, eerste lid van de richtlijn 2014/24/EU. [82] Het gaat om organisaties die:
   - een taak van algemeen belang vervullen in de sfeer van gezondheids-, sociale en culturele diensten,
   - waarvan de winsten opnieuw worden geïnvesteerd gericht op het realiseren van het doel van de organisatie, respectievelijk uitgekeerd of herverdeeld worden op grond van participatieve overwegingen,
   - die georganiseerd zijn op basis van ''werknemersaandeelhouderschap of beginselen van participatie'', respectievelijk organisatievormen die ''de actieve participatie van werknemers, gebruikers of belanghebbenden'' vereisen;
   - en waarbij ten slotte geldt dat in de daaraan voorafgaande drie jaar niet eerder aan dezelfde organisatie gegund is uit hoofde van deze bepaling.

Daarnaast mag de duur van de overeenkomst de drie jaar niet overschrijden, terwijl het voorbehoud in de aankondiging van de opdracht moet worden vermeld.

Van belang is dus dat de beheers- of eigendomsstructuren van de betreffende sociale onderneming gebaseerd is op '*werknemersaandeelhouderschap of beginselen van participatie*' of de actieve participatie vergen van '*werknemers, gebruikers of belanghebbenden*'. Kortom: de sociale onderneming mag niet op hiërarchische wijze georganiseerd zijn. Volgens de Nederlandse wetgever beperken deze voorwaarden een organisatie echter niet in de keuze voor een rechtsvorm. Een dergelijke *participatieorganisatie* kan dus evengoed de vorm van een bv als die van een stichting hebben. Dat zou ook niet anders kunnen zijn, gezien de strenge jurisprudentie van het HvJEU op dit punt[83].

---

[80] In Nederland waar de financiering van het zorgstelsel anders is ingericht dan in het land waar deze zaak speelde (Italië), zou een dergelijke uitzondering aanzienlijk minder kans van slagen hebben.
[81] Ibid, r.o. 61-62.
[82] Interessant in dit opzicht is dat artikel 77 van de Richtlijn niet was opgenomen in het oorspronkelijke wetsvoorstel van de Commissie. Deze is er door het Europees Parlement aan toegevoegd (oorspronkelijke wetsvoorstel zie: COM(2011) 896 definitief, *Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten*, 20 december 2011. In Europees Parlement, Amendement 254, A7-0007/254, 8 januari 2014, p. 309 is het uiteindelijke wetsartikel opgenomen in artikel 76a). Uit een resolutie van juli 2018 blijkt dat het Europees Parlement positief staat tegenover het introduceren van een EU-wijd label 'Europese sociale economie' voor sociale ondernemingen en het herzien van de aanbestedingsregels om deze ondernemingen te bevoordelen. Resolutie van het Europees Parlement van 5 juli 2018 met aanbevelingen aan de Commissie over een statuut voor sociale en solidaire ondernemingen (2016/2237(INL)), zie met name paragrafen 29, 31 en 35.
[83] In de Memorie van Toelichting bij de wijziging van de Aw van 2016 stelt de Nederlandse wetgever dat de toepassing van het artikel door de criteria beperkt is tot maatschappelijke initiatieven en sociale ondernemingen. De wetgever

De definitie van de 'sociale onderneming' uit artikel 2.82a Aw is op Europees niveau gereguleerd. Dit betekent dat, juridisch gezien, de toepassing ervan in een aanbestedingsprocedure geen ongelijke kansen tot gevolg kan hebben. Het voorbehouden van opdrachten via artikel 2.82a Aw is dus een geschikt middel om sociaal ondernemerschap te stimuleren zolang er voldoende organisaties geïnteresseerd zijn die aan de criteria voldoen[84].

2.3.8 Het vereisen van keurmerken

Het hebben van een bepaald label, code of keurmerk als 'harde eis' stellen om te mogen inschrijven in een aanbestedingsprocedure is – in beginsel – net als bij de rechtsvorm, problematisch vanuit het oogpunt van het gelijkheidsbeginsel. Om te bepalen in hoeverre er toch mogelijkheden zijn dient eerst de intensiteit van de regulering vastgesteld te worden die, zoals eerder is uitgelegd, onder de EU drempelwaarden lichter is. Daar is dus meer mogelijk. Boven de drempels is de ruimte dus beperkter.

Keurmerken beogen de aanbesteder van een werk, levering of dienst te garanderen dat deze aan bepaalde milieu-, sociale of kwaliteitsnormen voldoet. Sinds de wijziging van de Aw in 2016 wordt het aanbestedende diensten toegestaan om voor de uitvoering van een overheidsopdracht een specifiek keurmerk te eisen (artikel 2.78a Aw). Een keurmerk kan worden opgenomen in de technische specificaties, gunningscriteria of contractvoorwaarden. Voor de wetswijziging in 2016 gold dat een specifiek keurmerk geen vereiste mocht zijn. Dit volgde uit de uitspraak van het Europese Hof van Justitie in *Commissie tegen Nederland*. Deze zaak had betrekking op een gunningsprocedure van de Provincie Noord-Holland die in de technische specificaties en gunningscriteria van een aanbesteding voor warme drankautomaten en levering van bijbehorende ingrediënten naar de keurmerken EKO en Max Havelaar verwees.[85] Het Hof besliste dat de kenmerken van de keurmerken in de specificaties en gunningscriteria centraal hadden moeten staan, in plaats van de keurmerken zelf.

De implementatie in 2016 van artikel 2.78a Aw heeft deze benadering van het Hof niet fundamenteel veranderd. De mogelijkheid om gebruik te maken van keurmerken in aanbestedingen is sinds de laatste wijziging van de wet wel vergemakkelijkt. Het uitgangspunt is nu dat een specifiek keurmerk wel vereist mag worden, mits daarbij aan bepaalde criteria voldaan wordt. De belangrijkste voorwaarde is dat er geen sprake mag zijn van exclusiviteit van een keurmerk. Gelijkwaardige keurmerken (lid 3) evenals andere geschikte bewijsmiddelen met betrekking tot de onderliggende eisen van dat keurmerk (lid 4) kwalificeren een aanbieder eveneens. Het vereisen van een specifiek keurmerk kan dus een (extra) administratieve last leggen op inschrijvers die dit keurmerk (nog) niet hebben. Mede daarom benadrukte de Commissie van Aanbestedingsexperts, dat het aanbeveling verdient dat aanbestedende diensten terughoudend gebruik maken van keurmerken.[86] Naast de administratieve kosten, kan het vereisen van een keurmerk ook een innovatie-belemmerende werking hebben, nu het in bepaalde gevallen weinig ruimte laat voor andersoortige oplossingen dan die waar het voorgeschreven keurmerk op toeziet.

---

heeft er kortom nadrukkelijk voor gekozen dat de mededinging beperkt mag worden tot een mededinging tussen partijen die voldoen aan deze criteria. De bepaling laat kortom op duidelijke wijze zien aan welke soort 'sociale ondernemingen' de Europese en nationale wetgever een voorkeurbehandeling hebben willen geven in het kader van overheidsopdrachten. MvT, *Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU*, Kamerstukken II 2015/16, 34329, 3, p. 66-67.

[84] Problemen kunnen ontstaan wanneer twee definities 'sociale' ondernemingen naast elkaar zouden bestaan die wellicht zelfs met elkaar concurreren of met elkaar strijdig zijn: die uit art. 2.82a Aw en een nieuwe specifieke rechtsvorm. Dit vergroot het risico op onrechtmatige en dus discriminerende beslissingen bij de gunning van overheidsopdrachten die tot een toename van klachten en rechtsprocedures kan leiden, met als gevolg verhoging van administratieve lasten.

[85] HvJEU, Zaak C-368/10, *Commissie tegen Nederland* [2012].

[86] Commissie van Aanbestedingsexperts, Advies 430, 29 januari 2018, paragraaf 7.

Een tweede belangrijke voorwaarde is dat alle onderliggende keurmerkeisen verband dienen te houden met het voorwerp van de opdracht (lid 1 a). Dit betekent dat keurmerken waarvan de onderliggende eisen slechts gedeeltelijk verband houden met het voorwerp van de opdracht, geen deel uit mogen maken van de procedure.

Een nieuwe juridische vorm (of dit nou een rechtsvorm, label of keurmerk betreft) voor sociaal ondernemers heeft ten minste gedeeltelijk betrekking op het 'algemene ondernemingsbeleid' van de houders ervan. Als zodanig kunnen deze bepalingen betreffende het 'algemene ondernemingsbeleid' geen onderdeel uitmaken van de set van gunningscriteria, technische specificaties of contractvoorwaarden.[87] Dit is niet zo vreemd, nu het vereisen van bepaalde kenmerken met betrekking tot het algemene ondernemingsbeleid van inschrijvers al mogelijk is door het voorbehouden van opdrachten in het kader van het besproken artikel 2.82a Aw.

2.3.9 Sociaal opdrachtgeverschap

Het instrumentarium van het aanbestedingsrecht kent nog vele andere technieken waarmee sociaal ondernemerschap gestimuleerd kan worden. Het goed gebruik maken van deze technieken noemen we *sociaal opdrachtgeverschap*[88]. In het Juridisch Leaflet Maatschappelijk Aanbesteden uit 2015 van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties wordt een veertiental technieken besproken.[89] Deze technieken zijn niet specifiek gericht op sociale ondernemingen, maar betreffen het toegankelijk maken van overheidsopdrachten voor het midden- en klein bedrijf en maatschappelijke (burger)initiatieven. Door de technieken toe te passen kunnen sociaal-maatschappelijke doelstellingen nagestreefd worden met behoud van een gelijk speelveld, waarbinnen alle soorten geïnteresseerde organisaties gestimuleerd worden sociaal te ondernemen. Daarmee krijgen deze ondernemingen een betere concurrentiepositie ten overstaan van grote ondernemingen. De grote hoeveelheid keuzemogelijkheden in de wet maakt het stimuleren van sociaal ondernemerschap in aanbestedingen complexer. De wet bepaalt namelijk niet welke technieken in welke situaties het best toegepast kunnen worden. De grote beslissingsruimte van aanbestedende diensten bemoeilijkt veelal het maken van de juiste keuze[90] en vergroot daarnaast de kans op corruptie en/of misbruik van de wet.[91] Om sociaal ondernemerschap te stimuleren is het noodzakelijk om wetenschappelijke en toegepaste kennis te vergroten en overheidsdiensten beter te informeren – of instrueren – omtrent de mogelijkheden die de wet biedt.

Percelenregeling als voorbeeld

Een veelgebruikte techniek is de percelenregeling. Artikel 1.5 Aw kent als uitgangspunt dat opdrachten worden opgedeeld in percelen tenzij de aanbestedende dienst dit niet passend acht. Samenvoeging van opdrachten dient gemotiveerd te worden. Kleine sociale ondernemingen, die vooral lokaal actief zijn, maken meer kans op gunning van de opdracht als die onderverdeeld is in kleinere percelen. Wanneer de waarde van een perceel niet meer dan 20% van de waarde van alle percelen bedraagt en onder de drempelwaarden ligt, dan kan een perceel ook buiten de aanbesteding worden gehouden. Dit betekent dat een perceel los van de rest van de percelen ook enkelvoudig- of meervoudig onderhands gegund kan worden aan een sociale onderneming.

Een overzicht van alle technieken, waaronder marktconsultatie, maatschappelijke doelen als bijzondere uitvoeringsvoorwaarden opnemen, sociale en milieueisen in uitsluitingsgronden, selectiecriteria en gunningscriteria, is te vinden in het Juridisch Leaflet Maatschappelijk Aanbesteden.

---

[87] Zie m.b.t. de uitsluiting van het 'algemene ondernemingsbeleid': MvT (2015), wijziging van de Aanbestedinsgwet, p. 58-59.
[88] Zie: E. Manunza, 'Sociaal opdrachtgeverschap. Ruimte geven voor sociale en duurzame overwegingen in aanbestedingen en sociale diensten via aanbestedingen inkopen', in: A. Gebrandy en R. Rampersad, *De Sociale Markteconomie van de EU en de kansen voor Nederland*, Boom juridisch 2016, pp. 259-278.
[89] https://www.pianoo.nl/sites/default/files/documents/documents/juridischeleafletmaatschappelijkaanbesteden-augustus2015.pdf
[90] Zie: E. Manunza, 'De kunst van het kiezen', *Ars Aequi* 2017, p. 962-963.
[91] E. Manunza, 'Grote beslisruimte een oorzaak van corruptie', Cobouw 30 oktober 2014.

3. Internationaal perspectief

Wat kunnen we leren van ons omringende landen? Om de wenselijkheid van een rechtsvorm, label, code of keurmerk voor sociaal ondernemerschap te onderzoeken, is het nuttig na te gaan welke keuzes wetgevers in (economisch vergelijkbare) andere landen gemaakt hebben. We beschrijven achtereenvolgens de situatie in het Verenigd Koninkrijk, België, Denemarken en Zweden.

Verenigd Koninkrijk

In het Verenigd Koninkrijk (VK) werd in 2004 een nieuwe rechtsvorm voor sociale ondernemingen geïntroduceerd: de *Community Interest Company* (CIC). De belangrijkste ondernemingsrechtelijke kenmerken van deze rechtsvorm zijn de vastgelegde maatschappelijke doelstellingen, een limiet op de verdeling van vermogen en winst (kapitaal mag alleen ingezet worden voor het maatschappelijke doel) en een plafond ('cap') op dividenduitkeringen. Naast deze op maat gecreëerde rechtsvorm is sociaal ondernemerschap mogelijk binnen de kaders van de *Cooperative Society* (coöperatie), de *Community Benefit Society* (BenCom), *Scottish Charitable Incorporated Organisation* (SCIO) en de kaders van de meer commercieel georiënteerde rechtsvormen. Dat sociaal ondernemerschap mogelijk blijft binnen bestaande vormen geldt ook voor de andere te bespreken voorbeeldlanden.

Een entiteit kan pas als CIC worden aangemerkt nadat dit door de daartoe aangewezen publieke toezichthouder is vastgesteld.[92] Deze toezichthouder toetst of een 'redelijk denkend persoon' van oordeel zou zijn dat de activiteiten van de onderneming in relatie tot diens doelstellingen daadwerkelijk ondernomen worden ten behoeve van het maatschappelijk belang.[93] De bestuurders van een CIC dragen zorg dat dit maatschappelijk belang tot uiting komt in het dagelijks bestuur. In dat verband worden ze door de toezichthouder gestimuleerd om belanghebbenden via formele of informele consultaties in de besluitvorming te betrekken. Naast de verplichting om jaarlijks aan de toezichthouder te rapporteren hoe de ondernemingsactiviteiten maatschappelijke waarde hebben gecreëerd, kunnen ook de uitkomsten van de consultaties met belanghebbenden met de toezichthouder gedeeld worden. Voor de *asset lock* en de limiet op winst- en dividenduitkeringen geldt dat ze niet meer dan 35% mogen bedragen.

Voor- en nadelen van de CIC

Voorafgaand aan de totstandkoming van de CIC hield het Britse Ministerie voor Economische en Financiële zaken een publieke consultatie. Ruim driekwart van de respondenten (uit een lijst met organisaties die aangemerkt waren als potentieel geïnteresseerd in de consultatie) stond positief tegenover het invoeren van de rechtsvorm.[94] Ook kwamen enkele voor- en nadelen met betrekking tot deze specifieke rechtsvorm naar voren.

Met de rechtsvorm beoogde de overheid aan de behoefte te voldoen voor een raamwerk dat de flexibiliteit en herkenbaarheid van een ondernemingsvorm combineert met de (maatschappelijke) merkwaarden van de sociale onderneming.[95] De CIC wordt gezien als flexibel in vergelijking met de beschikbare vormen voor non-profit of goede doelen organisaties. Dit geldt zowel voor de oprichting als de organisatiestructuur. Doordat er door de toezichthouder controle wordt

[92] Voor een uitgebreid overzicht van de juridische kaders van de CIC op basis waarvan de toezichthouder vaststelt of aan de voorwaarden voldaan wordt, zie: A. Argyrou, *Social Enterprises in the EU: Law promoting stakeholder participation in social enterprises*, Wolters Kluwer 2018.
[93] CIC Regulations 2005.
[94] DTI, Report on the public consultation and the government's intentions (2003), zie: https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http:/www.dti.gov.uk/cics/pdfs/cicreport.pdf.
[95]

uitgeoefend over de doelstellingen en het vermogen, is het voor sociale investeerders en filantropen aantrekkelijker om te financieren.[96]

Als nadeel werd in de consultatie onder andere genoemd dat het invoeren van de CIC het risico meebrengt dat andersoortige sociale ondernemingen gemarginaliseerd worden. Dit kan problematisch zijn omdat de kracht van de sector juist in de diversiteit van ondernemingen ligt.[97] Ook werd het van belang geacht dat het verschil tussen de rechtsvormen voor sociale ondernemingen en liefdadigheidsinstellingen voldoende blijkt uit de regulering daarvan.[98]

De CIC is tot dusverre als succesvol gezien, al komen er recentelijk ook wat kritische kanttekeningen[99]. In het meest recente jaarrapport wordt verslag gedaan van ruim 14,000 bestaande CIC's[100]. Deze ondernemingen zijn vooral te vinden in de publieke dienstverlening. Het is een wezenlijk aantal bedrijven, zeker ook gezien de schatting van een totaal aantal sociale Nederlandse ondernemingen van 5,000-6,000 door McKinsey & Company in 2016. Echter, bedacht moet worden dat vele CIC's activiteiten uitvoeren die in Nederland onder het publieke domein vallen. Naast dit aantal is via een steekproef onder bedrijven geregistreerd in de Kamer van Koophandel van het VK een aantal van maar liefst 471,000 social enterprises geschat.[101] Dit zou suggereren dat vooralsnog slechts 3 procent van de sociale ondernemingen in het Verenigd Koninkrijk kiest voor de CIC.

België

In België werd in 1996 (met een update in 2007) de vennootschap met sociaal oogmerk (vso) ingevoerd als (publiek geregistreerd) label voor bestaande vennootschapsvormen.[102] De wetgever koos dus niet voor een aparte rechtsvorm zoals in het VK, maar voor een label dat toegepast kon worden op de bestaande rechtsvormen. Naast de vso maken sociale ondernemers in België ook gebruik van de (coöperatieve) vereniging en verreweg het meest van een stichting[103]. De statuten van een vso dienen het maatschappelijke oogmerk te definiëren en de activiteiten die daaraan bijdragen te beschrijven. In dat verband dient expliciet in de statuten te worden bepaald dat de aandeelhouders financiële voordelen niet dan wel in beperkte mate nastreven. Daarnaast dienen de statuten een strategie ten aanzien van de winstbestemming te bevatten die relateert aan het sociale oogmerk. De wet stelt vervolgens een bovengrens aan dividenduitkeringen van maximaal 6%. De bestuurders van een vso dienen elk jaar aan de Nationale Bank van België te rapporteren hoe de investeringen, bedrijfskosten en salarisbetalingen aan werknemers hebben bijgedragen aan het behalen van de sociale doelstellingen. De aandeelhouders kunnen de bestuurders aansprakelijk stellen in het geval dat financiële middelen een bestemming krijgen die van het sociale oogmerk afwijkt.

Voor- en nadelen van de vso

Met het invoeren van de vso beoogde de wetgever de mogelijkheid voor ondernemers te creëren om het nastreven van sociale doelstellingen te combineren met commerciële activiteiten, oftewel

[96] DTI 2003, p. 8;
[97] DTI 2003, p. 36.
[98] DTI 2003, p. 42.
[99] Esposito, R. T. (2012). The social enterprise revolution in corporate law: a primer on emerging corporate entities in Europe and the United States and the case for the benefit corporation. Wm. & Mary Bus. L. Rev., 4, 639. Sørensen, K. E., & Neville, M. (2014). Social Enterprises: How Should Company Law Balance Flexibility and Credibility?. European Business Organization Law Review (EBOR), 15(2), 267-308.
[100] Zie https://www.gov.uk/government/publications/cic-regulator-annual-report-2017-to-2018
[101] Zie https://www.gov.uk/government/publications/social-enterprise-market-trends-2017.
[102] Voor een uitgebreide bespreking van de vso, zie: A. Coates. & W. van, Opstal. 'The joys and burdens of multiple legal frameworks for social entrepreneurship - lesson from the Belgian case', EMES Conferences Selected Papers Series 2009, ECSP-T09-0.
[103] European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion (2016): Mapping study on Social Enterprise Ecosystems – Updated Country report on Belgium.

het faciliteren van sociaal ondernemerschap. In tegenstelling tot de vereniging en stichting sluit de vso namelijk altijd aan op een vennootschapsstructuur, welke primair gericht is op ondernemerschap. De statuten beschermen het gebruik van financiële middelen en garanderen aan investeerders en kredietverleners dat deze hoofdzakelijk voor het sociale oogmerk benut worden. Daarnaast zijn er extra middelen beschikbaar doordat er slechts in beperkte mate dividend uitgekeerd mag worden. Ten slotte heeft de vso ook een marketingfunctie. Het bevestigt het daadwerkelijke sociale oogmerk van een onderneming en zorgt daardoor dat deze sneller als *sociaal* herkend zal worden.

Als nadeel van de vso wordt veelal verwezen naar het beperkte toezicht op het daadwerkelijke nastreven door vso's van de maatschappelijke doelstellingen zoals vastgesteld in de statuten. Zoals besproken kunnen enkel de aandeelhouders op basis daarvan juridische acties ondernemen. Ook bestaat er altijd nog onduidelijkheid over de restricties op winstbestemmingen.

De vso wordt gezien als beperkt succesvol, met 598 ondernemingen die dit label droegen in 2014. Studies schatten in dat dit rond de 4-5% van alle sociale ondernemingen in België betreft[104]. Waarschijnlijk is de serie vereisten hier debet aan. De Belgische Mapping Studie van 2016 noemt de vso dan ook 'symbolisch belangrijk' vanuit juridisch perspectief, in de zin dat het dient als voorbeeld voor andere landen[105]. Bezien vanuit figuur 2.2 in paragraaf 2.1 zouden we kunnen stellen dat het label wellicht voordelen biedt in termen van herkenbaarheid, maar niet aansluit bij de markt.

Denemarken

In 2014 nam het Deense parlement een wet aan die de registratie van sociale ondernemingen mogelijk maakte.[106] De wet heeft het voor alle entiteiten met een bedrijfsvorm (dus niet voor coöperaties) mogelijk gemaakt zich publiek te registreren als sociale onderneming, mits aan vijf criteria wordt voldaan. Hier wordt toezicht op gehouden door de Deense ondernemingsautoriteit (*Erhvervsstyrelsen*). Wanneer de voorwaarden niet worden nageleefd kan de autoriteit een onderneming uit het register verwijderen. Verdere bevoegdheden tot handhaving tegen niet-naleving heeft de autoriteit echter niet. Het betreft hier dus geen rechtsvorm maar een publiek gecontroleerd keurmerk, via een register.

Om toegelaten te worden tot het register en te kwalificeren als geregistreerde sociale onderneming dienen ondernemingen aan de volgende vijf eisen te voldoen:

- sociaal doel - de onderneming dient een primair doel te hebben dat een positief maatschappelijke effect heeft. De aard van dit doel kan sociaal of cultureel zijn of gericht op verbeterde werkgelegenheid, volksgezondheid of duurzaamheid;
- significante economische (commerciële) activiteit – de onderneming biedt diensten of goederen aan en de opbrengsten daarvan vormen een significant deel van de omzet
- onafhankelijk van publieke organisaties – de besluitvorming van de onderneming is onafhankelijk van (significante invloed van) publieke organisaties;
- inclusieve en verantwoordelijke bedrijfsvoering – werknemers, klanten, partners en andere belanghebbenden dienen betrokken te worden bij de bedrijfsvoering;
- sociale winstbestemming – de onderneming dient winsten te besteden aan de sociale doelstellingen of te herinvesteren in het bedrijf. Een beperkt deel van de winsten mogen als dividend aan de investeerders en eigenaren worden uitgekeerd.

[104] European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion (2016): Mapping study on Social Enterprise Ecosystems – Updated Country report on Belgium.
[105] European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion (2016): Mapping study on Social Enterprise Eco-systems – Updated Country report on Belgium.
[106] Lov om registrerede socialøkonomiske virksomheder LOV nr 711 af 25/06/2014.

Voor- en nadelen van het Deense register

Het doel van het keurmerkstelsel is om het herkennen van sociale ondernemingen voor klanten, investeerders en anderen te vergemakkelijken. In vergelijking met een aparte rechtsvorm is een keurmerk zoals in Denemarken flexibeler. Het kan immers aangevraagd worden door alle entiteiten met een bestaande bedrijfsvorm die aan de criteria voldoen of willen gaan voldoen. Het sanctioneren van ondernemingen die niet aan de criteria voldoen is relatief simpel, door middel van het intrekken van het keurmerk.

Het registratiesysteem bestaat sinds 1 januari 2015 en in deze periode heeft slechts een beperkt aantal bedrijven (283) tot nu toe gebruikgemaakt van het registratiesysteem[107]. De algemene conclusie van de evaluatie in 2018 oordeelt dat met het registratiesysteem voor 'sociale economie bedrijven' een mogelijkheid is gecreëerd om zichzelf als zodanig te vermarkten, maar dat het registratiestelsel vooralsnog niet tot marketingvoordelen heeft geleid in de mate waarin dit door de wet was bedoeld. Dit kan te wijten zijn aan het feit dat publieke en private dienstverleners onvoldoende kennis hebben van het registratiesysteem. Verder wordt opgemerkt dat de interactie van de wet met andere regels een aantal uitdagingen heeft gecreëerd die, voor sommige geregistreerde bedrijven, de toepasbaarheid van de regeling hebben verminderd.

Hiernaast waren er ook problemen met het gebruik van de registratie-optie in het IT-systeem van de Deense bedrijfsautoriteit. De meerderheid van de bij de evaluatie betrokken belanghebbenden benadrukte dat er een gebrek is aan gerichte informatie en communicatie over het registratiesysteem. Dit betekende volgens hen dat de geregistreerde ondernemingen gedeeltelijk niet in staat waren om de voordelen te behalen die met de invoering van het registratiesysteem zijn beoogd, alsook een beperkt aantal geregistreerde.

De betrokken belanghebbenden spraken tegelijkertijd wel uit dat de registratieregeling op de lange termijn voordelen kan opleveren voor de geregistreerde sociale economiebedrijven als de regeling politiek wordt gesteund en versterkt.

Zweden

Het Zweedse ondernemingsrechtelijke stelsel kent geen specifieke rechtsvorm voor sociale ondernemingen. In 2004 werd wel de SVB ingevoerd, een naamloze vennootschap met een limiet op winstuitkeringen. Deze rechtsvorm beoogde de ontwikkeling van non-profit bedrijven in de gezondheidszorg en sociale woningbouw te bevorderen. Door sociale ondernemingen wordt de rechtsvorm weinig gebruikt.[108]

Het sociaal karakter van de SVB dient te worden opgenomen in de statuten, alsmede speciaal limiet op winstuitkeringen. Elke SVB zal ook een accountant benoemen, welke toezicht houdt op de winstuitkeringen en overtredingen bij de Zweedse Kamer van Koophandel (*Bolagsverket*) dient te melden. Naast die op winstuitkeringen stelt de wet ook beperkingen aan andersoortige waardeoverdrachten en overname door een andere entiteit zonder de SVB-rechtsvorm. In tegenstelling tot de specifieke rechtsvormen voor sociale ondernemingen ligt de focus van de Zweedse regulering op het inperken van winstuitkeringen en waardeoverdrachten, in plaats van het statutair vastleggen van sociaal-maatschappelijke doelstellingen.

[107] https://erhvervsstyrelsen.dk/evaluering-af-lov-om-registrerede-socialoekonomiske-virksomheder
[108] H. Thomas, R. Persson & Niklas Hafen, 'Social Enterprise, Social Innovation and Social Entrepreneurship in Sweden: A National Report (EFESEIIS November 2014) p. 6, zie: <https://sofisam.se/download/18.72b312e7163120a87495d6d6/1525433671511/EFESEIIS%20National%20Report%20Sweden.pdf>.

Voor- en nadelen van de SVB

Het belangrijkste voordeel van de SVB is dat de rechtsvorm garandeert dat winsten bestemt zijn de continuïteit en ontwikkeling van het bedrijf te bevorderen.[109] Dit geeft vervolgens een duidelijk signaal naar consumenten (en andersoortige afnemers) dat de activiteiten van het bedrijf niet op winst gericht zijn.

Nadelig is dat de registratie en het accountantstoezicht extra kosten met zich meebrengen. Ook het feit dat er geen eis geldt tot vermelding van het maatschappelijke doel in de statuten kan als nadeel worden gezien. Hierdoor lijkt deze rechtsvormgeschikter voor semipublieke woningbouw- en zorginstellingen dan voor (kleine) sociale ondernemingen.

Onlangs is in Zweden een nieuw strategiedocument verschenen ten aanzien van sociale ondernemingen.[110] Hierbij is niet gekozen voor een verdere uitbreiding van het juridisch instrumentarium. Er wordt ingezet op het verhogen van de kennis over sociaal ondernemerschap, het versterken van de bedrijfsvaardigheden, het verbeteren van toegang tot financiering, verduidelijking van impactmeten en het stimuleren van kennisontwikkeling en ontmoetingsplekken.

Algemene leerpunten

Uit de hierboven beschreven voorbeelden vanuit ons omringende landen kunnen we enkele algemene conclusies destilleren, die van belang zijn voor de te verwachten voor- en nadelen van verschillende opties die in Nederland geïntroduceerd zouden kunnen worden.

Herkenbaarheid en flexibiliteit belangrijkste redenen voor invoering instrument…

Zonder uitzondering zijn herkenbaarheid en meer flexibiliteit bieden (om de uitdagingen van de hybride organisatievorm van een sociale onderneming goed te kunnen bedienen) uitgangspunten bij de overweging voor de invoering van diverse juridische vormen in omringende landen. Teleurstellend, maar ook begrijpelijk vanwege de moeilijkheid om juridisch juist definiëren, is dat de achterliggende visie, namelijk het verhogen van het niveau van maatschappelijke waarde, vaak uit het zicht lijkt te verdwijnen. Om in aanmerking te komen voor een registratie of om gebruik te mogen maken van een specifieke juridische vorm dient in de meerderheid van de hierboven besproken gevallen aangetoond te worden:

- de *intentie* om een maatschappelijk doel na te streven;
- gekoppeld aan de gehanteerde governance – meestal in de vorm van restricties op verdeling van vermogen en/of kapitaal; en
- de verplichting om verslag(en) van de resultaten van bedrijfsactiviteiten gericht op het verhogen van maatschappelijke waarde bij daartoe aangewezen autoriteiten in te dienen

In welke mate de betreffende organisaties ook daadwerkelijk maatschappelijke waarde creëren, en of er gezamenlijk mét het juridische instrument meer maatschappelijke waarde wordt gecreëerd dan zonder het instrument, wordt niet tot nauwelijks besproken. Uiteraard is dit complexe materie, maar dat betekent niet dat er moet worden weggelopen van deze vraag. Gegeven het voorhand liggende materiaal en evaluaties, lijkt het zo te zijn dat juridische vormen gebaseerd op vrij nauwe definities van sociale ondernemingen en daarmee gepaard gaande vereisten, minder vaak worden gehanteerd. Juridisch is dit eenvoudig te verwachten daar waar cumulatieve in plaats van

[109]Zie: Limited companies with a special profit distribution limitation Proposal 2004/05: 178: <https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/proposition/aktiebolag-med-sarskild-vinstutdelningsbegransning_GS03178/html>
[110] Government Offices of Sweden. Minstry of Enterprise and Innovation (2018). The Swedish Government's strategy for social enterprises – a sustainable society through social entrepreneurship and social innovation

alternatieve eisen bij definities worden gehanteerd. Immers alleen bij het vervuld zijn van alle eisen mag van de betreffende regeling gebruik worden gemaakt.

… maar verschillen in de keuze voor instrument…

Tegelijkertijd dient benadrukt te worden dat de verschillende landen voor uiteenlopende oplossingen hebben gekozen. Zo koos België in 1995 voor een label dat aan bestaande juridische vormen gekoppeld kon worden, werd in het Verenigd koninkrijk in 2004 de CIC als aparte juridische vorm in het leven geroepen en kwam de Deense overheid in 2015 met een register voor sociale ondernemingen. Ervaringen met deze verschillende instrumenten zijn leerzaam maar er dient voorzichtigheid betracht worden bij het trekken van conclusies. In de literatuur wordt immers vaak benadrukt dat de keuze van regulering van de politieke, sociaaleconomische en historische context afhangt. Zoals gebruikelijk bij rechtsvergelijking is 'legal transplant' geen optie. Wel kan gekeken worden naar elementen die positief of negatief uit hebben gewerkt in een bepaalde context. Zo lijkt het gehanteerde proces in het Verenigd Koninkrijk, met een consultatieronde, wel geleid te hebben tot een aldaar bevredigend instrument.

… en wisselen in populariteit.

Terwijl de invoering van de CIC in het Verenigd Koninkrijk heeft geleid tot een aantal bedrijven waar vooraf op werd gehoopt (hetgeen nog niet noodzakelijkerwijs betekent dat er een versnelling van sociaal ondernemerschap heeft plaats gevonden of dat dit heeft geleid tot een hoger niveau van r maatschappelijke waarde), is dit in België en Denemarken (vooralsnog) duidelijk niet het geval geweest. In Denemarken lijkt dit deels veroorzaakt te zijn door het gekozen instrument van registratie, maar deels ook omdat het (volgens een recente evaluatie) niet gepaard is gegaan met ondersteunende communicatie en support structuren. Een omissie bij het kiezen voor een instrument van registratie lijkt ook de mogelijkheid voor bedrijven zich makkelijk te kunnen de-registreren. Dit kan een organisatie bijvoorbeeld doen op het moment dat met behulp van de registratie een belangrijke opdracht is binnen gehaald, tenzij er een onafhankelijke toezichthouder met verregaand mandaat wordt opgetuigd om dergelijke praktijken te voorkomen. In andere woorden, een label of registratie lijkt op het eerste gezicht 'laaghangend fruit' ten opzichte van een aparte juridische vorm en gemakkelijker te implementeren, echter voor een *succesvolle* implementatie komt er waarschijnlijk veel meer bij kijken.

4. Synthese: opties voor Nederland om sociaal ondernemerschap te stimuleren via nieuwe juridische kaders

Met de verschillende bouwstenen in dit rapport kunnen we komen tot een afweging van de voor- en nadelen van verschillende opties die mogelijk relevant zijn voor de situatie waar Nederland zich in bevindt en de gewenste richting voor de komende jaren. Deze bouwstenen zijn:

1. Sociaal ondernemerschap als gedrag om een hoger niveau van maatschappelijke waarde te bewerkstelligen: wat is de definitie en rol van sociaal ondernemerschap, hoe verhoudt dit zich tot sociale ondernemingen, wat maakt het sociaal en wat zijn de uitdagingen van sociaal ondernemers (H1).

2. De rol van regulering om tot (meer) sociaal ondernemend gedrag te komen, kijkend naar wetgeving, sociale normen en waarden, de markt en overige contextuele kenmerken (H2). Deze elementen komen tot uiting in de volgende aspecten:
    a. Een toets aan de fundamentele bouwstenen voor rechtmatige regulering, zijnde: een coherent en met andere overige relevante regulering goed samenhangend rechtsstelsel dat gefundeerd is op de fundamentele rechtsbeginselen, dat tevens de rechtszekerheid vergroot, tot rechtsuniformiteit leidt, geschillen bij de rechter en administratieve lasten niet onnodig doet toenemen en dat in het bijzonder past:
    b. in de Nederlandse (historische) context van het ondernemingsrecht en de bestaande juridische vormen en
    c. in de context van het Europees en Nederlandse Aanbestedingsrecht
3. Leerpunten gebaseerd op voorbeelden uit het buitenland (H3).

De verschillende opties worden hieronder kort besproken en samengevat in Tabel 2.1.

Er is al veel mogelijk …

Niets veranderen aan het juridisch instrumentarium is één van de opties. Formeel gesproken biedt het huidige BW alle mogelijkheden om de maatschappelijke doelstellingen vast te leggen in de statuten van een rechtspersoon om meerwaarde voor de samenleving te creëren. Dit betekent daarmee nog niet dat een nieuwe rechtsvorm zinloos is. Beslissend zou moeten zijn of een rechtsvorm *vanuit het perspectief van de ondernemer* toegevoegde waarde heeft. Een van de doelen van het ondernemingsrecht is het faciliteren van ondernemerschap door rechtsvormen aan te bieden waarmee ondernemers zich kunnen bedienen. Ook nu kunnen zij kiezen tussen bijvoorbeeld een bv, nv of een coöperatie. De overlap tussen de verschillende vormen is geen reden om bestaande rechtsvormen af te schaffen. Kortom, een nieuwe (variant van een) rechtsvorm is te overwegen wanneer ondernemers daaraan in de praktijk behoefte blijken te hebben.

Bij de gunning van een overheidsopdracht boven de drempel of voor opdrachten van grensoverschrijdend belang kan de rechtsvorm in geen geval een selectie- of gunningscriterium zijn. Met andere woorden: op basis van de rechtsvorm zelf kunnen geen voordelen behaald worden, waardoor de invoering van een nieuwe rechtsvorm geen directe voordelen voor sociaal ondernemers zal opleveren. Het voorbehouden van overheidsopdrachten aan een bepaald soort ondernemers is enkel mogelijk binnen de (restrictieve) kaders van de artikelen 2.82 en 2.82a Aw (‘sociale werkplaatsen’ en ‘participatieorganisaties’). Om het gebruik van het voorbehoud uit art. 2.82a Aw te bevorderen ter stimulering van sociaal ondernemerschap is kennis bij aanbestedende diensten en ondernemers over de eisen die de wet aan dit soort ondernemers stelt en over de

(positieve én negatieve) effecten van de toepassing ervan noodzakelijk. Kennis over deze relatief nieuwe mogelijkheid is slechts gedeeltelijk aanwezig; verder onderzoek is dan ook nodig.

In het kader van zuiver nationale opdrachten waarop slechts enkele bepalingen uit de Aanbestedingswet van toepassing zijn, is er meer ruimte voor het voeren van nationaal beleid om sociale ondernemerschap via een rechtsvorm of keurmerk te stimuleren.

Binnen het aanbestedingsrecht is er verder ook volop ruimte voor *sociaal opdrachtgeverschap*, of wel voor het stimuleren van *sociaal ondernemerschap* door het toepassen van een slimme vraagtechnieken. Via de selectie- en gunningseisen kunnen aanbesteders zich namelijk als sociaal opdrachtgever gedragen. Het *Juridisch Leaflet Maatschappelijk Aanbesteden* biedt de overheid een concreet handvat om invulling te geven aan *sociaal opdrachtgeverschap*.

Transparantie en rechtsbescherming 'kleine opdrachten'
Bij overheidsopdrachten onder de Europese aanbestedingsdrempels[111] en zonder een grensoverschrijdend belang hebben aanbesteders meer vrijheid in het vaststellen van selectie- en gunningscriteria, nu daar slechts hoofdstuk 1.2 Aw op van toepassing is. Voor deze 'kleine' opdrachten gelden enkel bepaalde beginselen en uitgangspunten, zoals bijvoorbeeld de eis dat de keuze voor een bepaalde procedure en het toelaten van ondernemers op objectieve criteria gebaseerd dienen te zijn. Ook geldt het proportionaliteitsbeginsel en draagt de aanbestedende dienst zorg 'voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen'. De wet laat enige ruimte voor het toepassen van onderhandse procedures.

Ook voor opdrachten onder de Europese aanbestedingsdrempels zonder grensoverschrijdend belang moeten transparante procedures worden gehanteerd en effectieve rechtsbescherming gewaarborgd. Daadwerkelijke stimulering van *(sociaal) ondernemerschap* komt anders in gevaar. Enerzijds ontstaat dit gevaar omdat bij de toepassing van onderhandse procedures potentieel geschikte gegadigden bij voorbaat worden uitgesloten. De daarop volgende verminderde concurrentie gaat niet alleen ten koste van de prijs-kwaliteit verhouding, maar vormt voor het MKB en sociaal ondernemers mogelijk een belemmering voor het verkrijgen van overheidsopdrachten.[112] Anderzijds ontbreekt effectieve rechtsbescherming bij onderhandse procedures doordat de gunningsbeslissing niet openbaar hoeft te worden gemaakt en er geen opschortende termijn geldt voor het sluiten van de overeenkomst. Hierdoor is het in de praktijk veelal onmogelijk voor ondernemers om de gunning van deze opdrachten door de rechter te laten toetsen op naleving van de beginselen en uitgangspunten.[113]

Maatschappelijke waarde creëren: een keuze of verplichting?
Van fundamenteel belang is ook de vraag in hoeverre de wensen van sociaal ondernemers en overheden niet al overlappen. Volgens art. 1.4(2) Aw dienen aanbestedende diensten immers zorg te dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen. Nu aanbesteden gaat om 'het vormgeven aan en het definiëren van wensen die in de samenleving of bij de overheid leven'[114], zouden ondernemers met maatschappelijke doeleinden al een voordeel moeten hebben. De wet verlangt van publieke aanbesteders dat zij zoveel mogelijk

[111] Dit betreft een fors aantal opdrachten, in totaal op ongeveer twee derde van alle (publieke) aanbestedingen in Nederland. Zie: Significant, *Het inkoopvolume van de Nederlandse overheid – Een macroanalyse*, 15 september 2016.
[112] E. Manunza, Position Paper: Rondetafelgesprek MKB Problematiek, Tweede Kamer: 25 november 2015, p. . Zie: https://www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2015A04420
[113] Dit probleem zou (deels) kunnen worden opgelost door de Afdelingen 2.3.8.8., 2.3.8.9 en hoofdstuk 4.3 van toepassing te verklaren op opdrachten waarop slechts hoofdstuk 1.2 Aw van toepassing is. Zie: E. Manunza, Position Paper: Rondetafelgesprek MKB Problematiek, Tweede Kamer: 25 november 2015, 4e aanbeveling.
[114] E. Manunza, 'De kunst van het kiezen', *Ars Aequi* 2017, p. 962.

maatschappelijke waarde creëren, in het belang van de samenleving en de vorming van een *sociale markteconomie*.[115]

Grote beslissingsruimte aanbestedende diensten
In concrete gevallen is het echter niet altijd duidelijk op welke wijze maatschappelijke waarde gecreëerd dient te worden. Binnen de kaders van de wet hebben aanbestedende diensten grote beslissingsruimte om de procedure in te richten, bijvoorbeeld met betrekking tot de toe te passen procedure, de selectie-eisen, de gunningscriteria en de gunningsmethodieken. Voor het wijdverspreid en op rechtmatige wijze aanwenden van aanbestedingen om sociaal ondernemerschap te stimuleren is deze grote keuzevrijheid problematisch. De onnodige hoeveelheid keuzemogelijkheden op het niveau van de aanbesteder bemoeilijkt het maken van de juiste keuze. Daarnaast vergroot deze beslissingsruimte de kans op corruptie en/of misbruik van de wet.[116] Juist waar 'maatschappelijke waarde' in criteria moet worden vertaald zal niet altijd duidelijk zijn wat dit precies inhoudt. Om deze problematiek op te lossen is op nationaal niveau heldere regulering of beleid nodig.[117]

Overwegingen optie 1
Bij de afweging om gehoor aan de behoefte voor een nieuwe rechtsvorm te geven dienen de volgende elementen te worden afgewogen: potentiele rechtsonzekerheid voor aanbesteders en inschrijvers aan aanbestedingsprocedures in relatie tot art. 2.82a Aw die specifieke eisen stelt aan die ondernemingen die als 'sociaal' binnen de juridische kaders van de Aw mogen worden beschouwd[118] en de (ook financiële) inspanningen die een wijziging van het BW (wet in formele zin) met zich brengt (parlementaire behandeling etc.).

Met betrekking tot de markt voor overheidsopdrachten zal de wetgever rekening moeten houden met het feit dat het aanbestedingsrecht in de weg staat aan het verschaffen van directe voordelen aan ondernemers met een bepaalde rechtsvorm. Belangrijker nog: om sociaal ondernemerschap in de context van aanbestedingen te stimuleren zullen overheden – in de eerste plaats – zelf sociaal opdrachtgeverschap moeten vertonen. De aanbestedingsregels bieden hiervoor ruimte. Voor daadwerkelijke bevordering van sociaal opdrachtgeverschap door overheden zullen wel enkele problemen uit de praktijk moeten worden weggenomen door 1) de transparantie en rechtsbescherming bij opdrachten onder de Europese drempelbedragen en zonder grensoverschrijdend belang te verbeteren, 2) duidelijkheid verschaffen over de verplichting van art. 1.4 Aw tot het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde en over wat als maatschappelijke waarde beschouwd kan worden en 3) heldere regels vast te stellen die de grote beslissingsruimte van aanbestedende diensten inkaderen en het maken van de juiste beslissingen vergemakkelijken.

Introductie van registratie, keurmerk, of label

Een instrument dat relatief beperkt ingrijpend is, is om registratie van een onderneming met een sociaal of maatschappelijk doel te faciliteren via de Kamer van Koophandel. Hiermee wordt feitelijk een keurmerk (afhankelijk van de mate waarin toezicht gehouden kan worden) of label gecreëerd. Een label en speciale KvK-registratie kunnen het opnemen van maatschappelijke missie in de statuten alsook de verantwoording hiervan vereisen en vervolgens een registratiemogelijkheid openen als een Onderneming met Sociale of Maatschappelijke Doeleinden (OSMD).

[115] Zie: E. Manunza, 'Sociaal opdrachtgeverschap. Ruimte geven voor sociale en duurzame overwegingen in aanbestedingen en sociale diensten via aanbestedingen inkopen', in: A. Gebrandy en R. Rampersad, *De Sociale Markteconomie van de EU en de kansen voor Nederland*, Boom juridisch 2016, pp. 259-278.
[116] E. Manunza, 'Grote beslisruimte een oorzaak van corruptie', Cobouw 30 oktober 2014.
[117] Zie: E. Manunza, 'De kunst van het kiezen', *Ars Aequi* 2017, p. 962-963.
[118] Deze eisen verschillen met die van een mogelijke rechtsvorm als beschreven onder optie 2.

Wat het label en de registratie niet op een overtuigende wijze kunnen doen is 'het aan- en uitzetten van het vinkje'. Voorkomen moet worden dat een bv zelfstandig en zonder externe toetsing in staat is haar OSMD status te wijzigen in die van een commerciële bv. Dat wringt des te meer indien een OSMD dankzij het label of de KvK-registratie een grote opdracht binnenhaalt en vervolgens haar sociale of maatschappelijke doelstelling verwaarloost of negeert door haar registratie te wijzigen. Een label of KvK-registratie zal dan in de praktijk weinig betekenen. Een gezaghebbende instantie dient een oordeel te vellen over de vraag of en onder welke voorwaarden de registratie kan worden omgezet en het 'vinkje' uit kan.[119]

Deze vormen zijn daarom zonder onafhankelijk functionerend verantwoordingsmechanisme te vrijblijvend om betekenis te hebben. De vereiste jurisprudentievorming die op een flexibele wijze handvatten creëert voor bestuurders (en aandeelhouders van) sociale ondernemingen, zoals in het geval van het enquêterecht bij de Ondernemingskamer, ontstaat dan ook niet. De controle op de registratie, keurmerk of label vanuit beleidsmatig oogpunt is tevens zwak, herbergt bij private 'beheerders' een risico van misbruik en de inwisselbaarheid hiervan is groot.

In dit kader is ook van belang dat private 'beheerders' (voor financiering) afhankelijk zijn van de deelnemers, hetgeen het risico met zich brengt van ruime interpretatie van regels en beperkte handhaving. Een goed voorbeeld is B-corp/-lab. Een registratie alleen geeft – bij het ontbreken van wettelijke verplichtingen die horen bij de registratie en beperkingen op omzetting – ook niet de vereiste inhoud en geloofwaardigheid aan de maatschappelijke doelstelling van de sociale onderneming die de her- en erkenning als sociale onderneming relevant maken.

Een notaris of de Kamer van Koophandel hebben niet de kennis en middelen voor een inhoudelijke toetsing, zeker niet op beleid (in tegenstelling tot opstartstructuur). Deze vorm van toetsing biedt derhalve alleen effectief toezicht bij inrichting van de structuur, terwijl het spanningsveld tussen de maatschappelijke doelstelling en de winstprikkel bij ondernemerschap continue toezicht of verantwoording vereist.

De vereiste inhoud en geloofwaardigheid lijkt, buiten het vennootschapsrecht, daarom alleen te kunnen worden geïntroduceerd door (het opzetten van) een actieve onafhankelijke (publiekrechtelijke) toezichthouder die de beleidsmatige keuzes en structuurwijzigingen inhoudelijk toetst. De transactiekosten van de stimuleringsmaatregel wordt hiermee sterk verhoogd en de bestaande kennis en kunde binnen en de effectiviteit van het vennootschapsrecht, in het bijzonder de (jurisprudentie van de) Ondernemingskamer, niet benut.

Maatschappelijke variant op de huidige bv – 'lichte' variant

Met het oog op de uitdagingen van sociale ondernemers als beschreven in hoofdstuk 1 en de functie van het ondernemingsrecht om ondernemerschap te faciliteren door passende rechtsvormen aan te bieden zijn er argumenten om een maatschappelijke variant op de huidige bv te introduceren. Voorts kan het verlagen van de transactiekosten een reden zijn. Het invoeren van een specifieke juridische structuur die past bij de wensen en doelstellingen van een sociale onderneming is onder het huidige recht als gezegd, mogelijk maar vereist expertise die niet voor alle ondernemers toegankelijk is. Een bijzondere rechtsvorm of een modaliteit van een rechtsvorm toegesneden op deze wensen en doelstellingen kan dit probleem wegnemen. Van belang is wel dat bij de bv-m duidelijk wordt om hoeveel ondernemingen het gaat, respectievelijk hoeveel ondernemingen naar verwachting in de toekomst gebruik zullen maken van de nieuwe rechtsvorm. Indien gekozen wordt voor een nieuwe rechtsvorm dan is het zaak te kiezen voor een lichte variant. Die variant stelt in principe vier eisen aan de bv-m:

[119] De inschatting is dat de KvK niet geneigd is deze taak o zich te nemen (met name omdat deze toezichthoudende taak geld en menskracht kost). Ook lijkt de draagkracht voor een nieuwe, onafhankelijke toezichthouder zeer beperkt.

- Registratie van de sociale of maatschappelijke doelstelling in de statuten. Daarmee onderscheidt de onderneming zich van andere entiteiten die zeggen maatschappelijk te opereren, maar dat louter in missie- of visiedocumenten hebben vastgelegd. Om juridische discussies te vermijden, zal het dan wel de taak van politiek en wetenschap om nader te discussiëren over de invulling het begrip 'maatschappelijk missie' en voorbeelden te leveren[120]. Cruciaal is hier onderscheidende elementen aandragen om aan te tonen dat dit begrip in ieder geval ruimer is dan het begrip 'publieke taak 'of 'algemeen belang'.
- Verantwoording via een jaarrekening, waarbij niet alleen financieel verantwoording wordt afgelegd maar ook wordt gerapporteerd over de wijze waarop en de mate waarin de onderneming in het voorbije jaar haar doelstellingen heeft gerealiseerd. Hiervoor is niet per se een wijziging van het jaarrekeningenrecht in Boek 2 BW nodig; dit kan ook bijvoorbeeld door een AMvB of een verplichte governance code.
- Externe belanghebbenden, die een aantoonbaar belang hebben bij de realisatie van de doelstellingen van de sociale onderneming – waaronder, bijvoorbeeld een andere onderneming, stichting of vereniging, burgerlijkinitiatief die gelijksoortige belangen behartigt als waarop de bv-m is gericht krijgt de bevoegdheid om bij de Ondernemingskamer bij het gerechtshof Amsterdam een enquêteverzoek te doen. Dit verzoek zou betrekking kunnen hebben op de vraag of en in welke mate een bv-m haar maatschappelijke doel verwaarloost. De Ondernemingskamer is een gespecialiseerde rechter met ervaring in dit soort kwesties. Bij twijfel aan een juist beleid heeft de Ondernemingskamer vergaande bevoegdheden om in te grijpen (waaronder bijvoorbeeld schorsing van bestuurders, tijdelijke overdracht van aandelen of schorsing van het stemrecht op aandelen). Langs deze weg kunnen belangenorganisaties de rol van 'private waakhond' gaan spelen onder regie van een gespecialiseerde rechter. Dit vergt een kleine (niet ingrijpende) aanpassing van het BW; met dit soort 'collectieve acties' is in de afgelopen 25 jaar veel ervaring opgedaan.

Doch ook in dit verband dienen we het volgende probleem te signaleren. Een zelfde discussie kan in het kader van een aanbestedingsprocedure voorbehouden aan 'sociale' ondernemingen zoals gedefinieerd in art. 2.82a Aw ontstaan. In dat geval dienen de betrokken actoren de (civiele) rechter te adieren. Dan wordt een vergelijkbare vraag niet door de Ondernemingskamer maar door de 'gewone' rechter beslecht, met alle consequenties van dien, waarvan de meest nadelig bestaat uit het ontstaan van 'parallelle' rechtspraak die niet met elkaar in overeenstemming zal zijn. De rechtsonzekerheid dat het gevolg hiervan is, is onwenselijk (ook komt die helaas in Nederland vaker voor).

- Structuurwijziging van de bv-m (statutenwijziging, fusie, splitsing, omzetting, ontbinding) dient onderhevig te zijn aan een rechtelijke toetsing.[121] Daarbij kan worden aangesloten bij huidige regels die bijvoorbeeld gelden voor de omzetting van een stichting in een bv.

De lichte variant houdt tevens in dat in de wet of een AMvB geen nadere eisen worden gesteld betreffende een vermogens- of dividendklem, respectievelijk betreffende de governance in termen van stakeholders die een rol zouden moeten spelen in het bestuur van de onderneming. Hiermee is de regeling bedoeld voor een beduidend breder spectrum van ondernemingen dan we gezien hebben bij de juridische instrumenten die in omringende landen als het VK, België en Denemarken zijn geïntroduceerd.

Maatschappelijke variant op de huidige B.V – 'strikte' variant

[120] Bij de samenwerking tussen Triodos en het European Investment Fund zijn op dit punt ook afspraken gemaakt, hetgeen als voorbeeld kan dienen.
[121] Hierin verschilt de bv-m van bijvoorbeeld de 'benefit corporation', waar een gekwalificeerde meerderheid van aandeelhouders zonder rechtelijke tussenkomst de statuten en daarmee het karakter van de onderneming kunnen wijzigen.

Analoog aan het voorbeeld van de CIC in het Verenigd Koninkrijk is – vergeleken met de lichte variant – ook een sterkere variant mogelijk waarbij restricties gelden die betrekking hebben op bijvoorbeeld de verdeling van vermogen, winst alsook inspraak van belanghebbenden. Dit zou in een aparte juridische vorm gegoten kunnen worden, maar ook in een modaliteit op de huidige B.V. Ondanks goede ervaringen in het Verenigd Koninkrijk, in die zin dat de juridische vorm tamelijk populair is, lijkt het geen juiste optie voor de Nederlandse context. Ten eerste is het gebaseerd op een nauwe definitie en vereisten die er voor kunnen zorgen dat deze vorm slechts zeer beperkt gehanteerd zal worden. Ten tweede dient rekening gehouden te worden met met een algemeen juridisch kader in het Verenigd Koninkrijk dat sterk gericht is op aandeelhouderswaarde (in Nederland is meer aandacht voor andere belanghebbenden). Ook voeren vele CIC's activiteiten uit die in Nederland onder het publieke domein vallen. Daarnaast komt het niet tegemoet aan de wens van de overheid om zorg te dragen voor een gelijk speelveld.

Twee opties sluiten aan bij de elementen 'meer ruimte' en 'passende regels'

Alles overziend komen uit de analyse twee opties naar voren die 'levensvatbaar' lijken. De twee opties dekken de twee elementen af die in paragraaf 2.4 van het regeerakkoord van het kabinet Rutte III zijn verwoord, namelijk 'passende regels' en 'meer ruimte'.

De eerste optie stelt dat het voorhanden juridisch instrumentarium ondernemers voldoende in staat stelt om invulling te geven aan sociaal ondernemerschap. Zo biedt het huidige ondernemingsrecht reeds mogelijkheden aan ondernemers om maatschappelijke doelstellingen vast te leggen in de statuten en de governance hierop aan te sluiten. Het kabinet wordt in dit scenario wel geadviseerd om de huidige mogelijkheden om sociaal ondernemerschap te stimuleren beter te belichten en de kennis over deze mogelijkheden te verbreden en te versterken – zowel onder ondernemers als onder publieke en private opdrachtgevers, financiers, en het brede publiek. Wanneer voor deze optie wordt gekozen dient wel – om aan de wens van de overheid tegemoet te treden – te worden ingezet op vergroting van de expertise via andere beleidsinstrumenten.

De tweede optie betreft het introduceren van een bijzondere rechtsvorm of een modaliteit van een rechtsvorm toegesneden op het faciliteren van sociaal ondernemerschap en het bevorderen van een erkenning en een breder bewustzijn van de onderneming met sociale of maatschappelijke doelstellingen. In dit scenario kan worden nagedacht over de introductie van de maatschappelijke bv in lichte variant. Hoewel de lichte variant geen voordeel biedt op fiscaal of aanbestedingsvlak, zijn er nochtans duidelijke voordelen verbonden aan deze modaliteit. Alvorens een voorstel tot invoering van de bv-m light te ontwikkelen en in te dienen dient te zijn voldaan aan de vereiste acceptatie- en adoptiegraad. Om na te gaan of aan deze eis kan worden voldaan dient aanvullend onderzoek te worden verricht. Pas als een aantoonbare behoefte is vastgesteld onder ondernemers en ondernemingen naar de invoering van de bv-m is het ontwikkelen en indienen van een wetsvoorstel gerechtvaardigd. Eerst dan is sprake van maatschappelijke en juridische toegevoegde waarde.

Wat zijn de voordelen van een bv-m ten opzichte van het handhaven van de huidige situatie?
De onderstaande argumenten kunnen wijzen op de toegevoegde waarden van de bv-m:

- Met de introductie van de bv-m wordt tegemoet gekomen aan de gesignaleerde wens tot erkenning/herkenning en het verlagen van de daarmee gepaard gaande transactiekosten.
- De bv-m draagt bij aan het behoud van een gelijk speelveld, omdat er geen voordelen aan de rechtsvorm zijn verbonden in termen van fiscale, aanbestedings-, of andere voordelen.
- Met de bv-m kunnen op een effectieve manier betere waarborgen worden ingebouwd voor het behoud van de maatschappelijke doelstelling bij opvolgend bestuur- en aandeelhouderschap.
- De erkenning en herkenning wordt inhoud gegeven door:

    - een (wettelijk) functionerend verantwoordingsmechanisme dat de sociale onderneming richt op het realiseren van haar maatschappelijke doelstelling,
    - de onderneming uitdaagt haar prestaties te verbeteren gericht op de maatschappelijke doelrealisatie (en daarover te rapporteren)
    - en bescherming biedt tegen misbruik van de sociale profilering voor winstoptimalisatie op een wijze dat markt- en bestuursgedreven codes en keurmerken niet kunnen.
- Dit geeft het noodzakelijke vertrouwen aan opdrachtgevers en belanghebbenden dat nu en bij opvolgend aandeelhouder- en bestuurderschap (primair) inhoud wordt gegeven aan de maatschappelijke doelstellingen van de sociale onderneming. Deze 'lading' van de sociale onderneming is nodig in een tijd, waarin begrippen als duurzaam, groen, sociaal, en verantwoord door gebruik als marketingmiddel ('greenwashing') vervagen.
- Tevens spreekt de overheid met de introductie van de nieuwe rechtsvorm in het ondernemingsrecht impliciet waardering uit voor gedragsverandering gericht op ondernemerschap dat zich inzet voor maatschappelijke waardecreatie. Dit aspect komt vooral tot uitdrukking via indirecte effecten tot gevolg. Het kan een sterk signaal geven aan beleidsmakers om meer werk te maken van de mogelijkheden die sociaal opdrachtgeverschap biedt binnen het aanbestedingsrecht (zonder hierbij een bv-m een bevoorrechte positie toe te kennen; zie paragraaf 2.3 over het aanbestedingsrecht).
- Deze bv-m kan gezien worden als een juridische paraplu boven een divers scala aan ondernemingen met een maatschappelijke doelstelling. Deze verschillende typen ondernemingen kunnen zich eventueel verder zichtbaar maken richting belanghebbenden via codes, keurmerken en labels (al kunnen hier in aanbestedingsprocedures alleen onder strikte voorwaarden specifieke voordelen worden verbonden).
- Tenslotte kan dit instrument gezien worden om ambities richting maatschappelijke uitdagingen (inclusief milieu en klimaat) vanuit het juridische instrumentarium, en nogmaals met name via indirecte effecten, kracht bij te zetten. Dit is in lijn met het doel dat de Europese Unie zich met de laatste wijziging van het Verdrag van de Europese Unie in 2009 heeft gesteld. Met dat verdrag is een nieuw concept van interne markt ingevoerd dat wezenlijk verschilt van het voorgaande. In het oude Verdrag diende de interne markt tot stand te worden gebracht via het leidende beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging. In 2009 is dat gewijzigd in een 'sociale' markteconomie gericht op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang.

In hoeverre verschilt het huidige voorstel van dat uit 2009?
Het wetsvoorstel uit 2009 gericht op de introductie van de vereniging en stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming werd gepositioneerd in het speelveld van semipublieke organisaties en een terugtredende overheid. Het idee was dat voor dit type organisaties in deze context passende structuren gevormd moesten worden met voldoende controle en toezicht middels een specifieke rechtsvorm.

Het huidige discours, daarentegen, richt zich expliciet op het bevorderen van ondernemerschap dat bijdraagt aan het scheppen van sociale en maatschappelijke waarde. De focus is gericht op het aansporen van de private sector – en daarbinnen de positie van ondernemers met maatschappelijke doelstellingen – om sociale, maatschappelijke en milieuvraagstukken aan te pakken en tracht, zoals uitgewerkt in dit onderzoek, een behoefte in te vullen vanuit de praktijk. Hoe kunnen, op korte en lange termijn, de maatschappelijke doelstellingen die sociaal ondernemers hebben gestimuleerd en geborgd worden? Dit betreft een breed scala aan ondernemingen, variërend van bijvoorbeeld ondernemingen die mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt duurzame kansen bieden op werk, ondernemingen die voedselverspilling tegen gaan, ondernemingen die oplossingen bieden voor misstanden in de waardeketen en ondernemingen die op innovatieve manier klimaatuitdagingen aanpakken. De nadruk ligt meer op de effectiviteit van de betrokken ondernemingen. Voorts werd het wetsvoorstel uit 2009 ingevuld met zeer restrictieve

vereisten, die de interesse in en mogelijkheden van de maatschappelijke onderneming ernstig beperkte. De bv-m 'light' gaat uit van het tegenovergestelde en biedt juist de gewenste flexibiliteit.

Hoewel sociaal ondernemerschap in de lift zit, lijkt er nochtans een behoefte te bestaan onder ondernemingen, voor wie het creëren van sociale of maatschappelijke waarde het alfa en omega van hun bedrijfsvoering uitmaakt, aan een nieuwe rechtsvorm die hun speciale geaardheid erkent. De rechtsvorm draagt tegelijkertijd bij aan het herkennen van deze aard door opdrachtgevers, financiers en andere (institutionele) stakeholders[122]. Het gaat dan specifiek om hun uitdagingen om zowel belanghebbenden vanuit non-profit als for-profit gebieden te bedienen (erkenning en herkenning) en hun wens deze doelstellingen voor de lange termijn te borgen in de organisatie. Het sluit in die zin dan ook meer aan op de *effectiviteit* van sociaal ondernemers, ten aanzien van de maatschappelijke doelen die ze nastreven. [123]

Een nieuwe rechtsvorm, of uitbreiding van een bestaande rechtsvorm gericht op ondernemen met een maatschappelijk doel, zou hiermee een incentive kunnen vormen voor meer en effectiever sociaal ondernemend gedrag. Daarnaast kan het zorgen voor een verdere stimulans ten aanzien van *normen* in de maatschappij als het gaat om hoe ondernemingen bewust bijdragen aan maatschappelijke uitdagingen. Een mogelijke verdere versterking via *contextuele kenmerken* kan plaatsvinden via de ontwikkeling van codes, labels en keurmerken die op deze manier een bepaald segment van sociaal ondernemerschap in kunnen vullen. Kortom, de indirecte effecten van een invoering of uitbreiding van een juridische vorm zouden belangrijker kunnen uitvallen dan de directe effecten, indachtig de lessen van de 'New Chicago School'.

Wat zijn de vervolgstappen?
Ondernemerschap gericht op maatschappelijke uitdagingen is volop in de belangstelling en dat is gebeurd zonder nieuwe juridische vormen te introduceren. Ervaringen met nieuwe instrumenten in ons omringende landen, alsook de specifieke Nederlandse context, suggereren verder dat een nieuw instrument (i) juridisch verankerd moet zijn wil het de beoogde betekenis hebben en tot de beoogde resultaten leiden; en (ii) uitnodigend en breed toegankelijk moet zijn. In het kader van aanbestedingen dient rekening te worden gehouden met de aangestipte nadelen: de kans op 'parallelle en met elkaar strijdige' jurisprudentie (iii), de rechtsonzekerheid die ontstaat doordat twee verschillende definities van 'sociale' onderneming' naast elkaar zullen bestaan en in de praktijk met elkaar zullen concurreren met vergroting van de kans op onrechtmatige beslissingen door aanbesteders en dus van toename van klachten bij de rechter.

Dit zijn de elementen die moeten worden afgewogen om uiteindelijk te beslissen over de inzet van een versnelling, met behoud van een gelijk speelveld. Nadere inzichten dienen hiertoe te worden verzameld, een uitgekiend proces is dan vereist om tot 'passende regels' te komen.

[122] Hoewel er geen onderzoek beschikbaar is over de perceptie van consumenten over de sociale onderneming – laat staan over de juridische status van de onderneming – lijkt de verwachting gerechtvaardigd dat een status van bv-m voor de consument weinig toegevoegde waarde biedt.
[123] Zie ook Botter, F., (2010), *Maatschappelijke ondernemingen*, Eburon, Delft.

Tabel 2.1 Opties voor Nederland: verwachte voordelen, vereisten en mogelijke effecten

Optie	**Verwachte voordelen**	**Verwachte/mogelijke effecten en implicaties**
Uitgaan van huidig instrumentarium	- Geen nieuwe regels en daarmee gepaard gaande investeringen	- Huidige uitdagingen bij ondernemers en beleidsmakers blijven (langer) bestaan - Geen helder signaal/uitnodiging vanuit overheid om maatschappelijke uitdagingen aan te pakken via ondernemerschap
Register / keurmerk / codes	- Geen wijziging in wetgeving - Flexibiliteit in ondersteuning Komt tegemoet aan zichtbaarheid - Biedt bij succesvolle implementatie inzicht in ontwikkeling van sociaal ondernemerschap	- Niet verankerd in de wet, blijft vrijblijvend en de-registreren te gemakkelijk zonder onafhankelijke toezichthouder - Breed register als maatschappelijke onderneming levert nog geen herkenbaarheid op - Behoeft (net als overige opties) ondersteuning vanuit andere modaliteiten die gedrag kunnen sturen; voldoet mede hierdoor (nog) niet aan verwachtingen in Denemarken
Maatschappelijke bv (bv-m) – lichte variant	- Consistente implementatie - Verankerd in de wet en dus niet vrijblijvend - Biedt bij succesvolle implementatie inzicht in ontwikkeling van sociaal ondernemerschap - Breed toepasbaar en uitnodigend, komt tegemoet aan zichtbaarheid	- Nieuwe wetgeving nodig en daarmee gepaard gaande kosten, echter intensiteit is te overzien - Lichte variant maakt duidelijk dat er geen (fiscale) consequenties te verwachten zijn - Behoeft (net als overige opties) ondersteuning vanuit andere modaliteiten die gedrag kunnen sturen - Vereist duidelijke communicatie tussen verschil bv-m en de definitie van 'sociale onderneming' in art. 2.82a Aw 2012, om rechtsonzekerheid te voorkomen - Eventuele vrijwillige codes kunnen door ondernemers gebruikt worden als invulling van de bv-m voor specifieke herkenbaarheid - Vooralsnog onduidelijk (i) in hoeverre dit een populair instrument wordt; en (ii) of het leidt tot meer maatschappelijke waarde creatie - Goede monitor nodig, ook voor leereffecten voor andere landen
Maatschappelijke bv (bv-m) – strikte variant (vergelijkbaar met CIC in het Verenigd Koninkrijk)	- Consistente implementatie - Verankerd in de wet en dus niet vrijblijvend - Biedt bij succesvolle implementatie inzicht in ontwikkeling van sociale ondernemingen (nauwe definitie)	- Nieuwe wetgeving nodig en daarmee gepaard gaande kosten - CICs in VK betalen een extra registratietarief (komt tegemoet aan kosten van toetsing commissie) - Beperkend als het gaat om reikwijdte vanwege restricties op verdeling van vermogen en winst; nauwe definitie - Vereist duidelijke communicatie tussen verschil bv-m en de definitie van 'sociale onderneming' in art. 2.82a Aw 2012, om rechtsonzekerheid te voorkomen - Er kunnen verwachtingen gewekt worden dat met een dergelijke juridische vorm ook (fiscale) voordelen behaald kunnen worden

5. Conclusie en nadere suggesties voor volgende stappen

5.1 Aanleiding en belangrijkste bevindingen

Paragraaf 2.4 van het regeerakkoord van het kabinet Rutte III zet in op "passende regels en meer ruimte voor de ontwikkeling van ondernemingen met sociale of maatschappelijke doeleinden, met behoud van een gelijk speelveld". Een van de vragen die in dit kader opkomt is of het voor de Nederlandse overheid opportuun is een nieuwe rechtsvorm of ander juridisch instrument (zoals een register, code of keurmerk) te ontwikkelen waarmee de status van een organisatie als een op een sociaal of maatschappelijk belang gerichte onderneming wordt erkend, gefaciliteerd en eventueel daaraan concrete voordelen worden verbonden. Dit onderzoek verkent de mogelijkheden en adviseert op de elementen 'passende regels' en 'meer ruimte'.

Wij constateerden in dit rapport:

1. Dat het ondernemingsrecht op dit moment reeds de mogelijkheid biedt om, gebruikmakend van de bestaande juridische kaders, het specifieke karakter van een op de creatie van maatschappelijke waarde gerichte onderneming tot uitdrukking te brengen. In de statuten van een bv kan bijvoorbeeld de maatschappelijke doelstelling van de onderneming al worden opgenomen.
2. Dat de waarborgen voor behoud van deze maatschappelijke doelstelling bij opvolgend bestuur- en aandeelhouderschap beperkt zijn; hiervan kan met een simpel aandeelhoudersbesluit afstand worden gedaan. In de praktijk worden hierdoor door verschillende sociale ondernemingen meer complexe structuren ter waarborging van de maatschappelijke doelstelling geïmplementeerd met bijzondere aandelen en stichtingen als bijzondere aandeelhouders, die ook na verandering van het bestuur en/of de aandeelhouders vanuit een maatschappelijk perspectief de invulling van de maatschappelijke missie beoordelen en bewaken. De transactiekosten van deze structuren zijn relatief hoog, nog daargelaten dat sociale ondernemingen, gegeven hun overwegend geringe omvang, in de praktijk zeer beperkt toegang hebben tot de expertise om deze structuren goed in te richten. Het huidige recht biedt dus mogelijkheden, maar sub-optimaal.
3. Dat aan het introduceren van een nieuwe rechtsvorm voor de sociale onderneming niet of slechts onder strikte voorwaarden voordelen voor ondernemingen kunnen worden verbonden in het kader van aanbestedingen, belastingvrijstellingen, of anderszins (cf. Art. 2.82a Aw).[124]
4. Dat op grond van de Aanbestedingswet (art. 2.78) het reeds mogelijk is om ten aanzien van specifieke maatschappelijke problemen of vraagstukken nadere eisen – bijvoorbeeld in termen van een code, keurmerk, criteria of nadere regels die betrekking hebben op dit specifieke vraagstuk of probleem – te stellen aan aanbieders voor het verkrijgen van overheidsopdrachten. Dergelijke nadere eisen dienen wel direct verband te houden met voorwerp van de opdracht.
5. Dat het zeer wenselijk is dat de overheid zich inzet voor een betere communicatie over de voorhanden mogelijkheden om een sociale onderneming in te richten, standaarden bij de Kamer van Koophandel beschikbaar te maken (bijvoorbeeld een standaardstructuur voor de verankering van een maatschappelijke doelstelling) en sociaal ondernemerschap te stimuleren via sociaal opdrachtgeverschap bij overheden.
6. Dat er, met inachtneming van het voorgaande en onder voorwaarden, toch argumenten zijn om de mogelijkheid te scheppen een aparte juridische status te verlenen aan de

[124] Voor zover er voordelen aan verbonden zouden zijn gelden deze in dezelfde mate voor andere ondernemingen die niet beschikken over de nieuwe rechtsvorm

'sociale onderneming' die daar behoefte aan heeft in de vorm van een bv-m, als zodanig geloofwaardig kan worden herkend en erkend en inhoud geeft aan de maatschappelijke doelstelling door een systeem van aanspreekbaarheid op deze maatschappelijke doelstelling.

7. Dat het bieden van een herkenbaar juridisch predicaat in de vorm van een bv-m een geloofwaardige invulling geeft aan sociaal ondernemerschap in een sociale onderneming zonder het risico van 'greenwashing'. Daarnaast worden de transactiekosten verlaagd en bedrijfsactiviteiten bevorderd gericht op het creëren van maatschappelijke waarde. Tevens kan de invoering van het predicaat bv-m een bijdrage leveren aan het stimuleren van de discussie over sociaal ondernemerschap in de samenleving. De introductie van de CIC als juridische vorm in het Verenigd Koninkrijk heeft geleid tot een toename (van de registratie) van het aantal sociale ondernemingen, maar tevens tot een versterkt bewustzijn over de rol en betekenis van sociaal ondernemerschap in de economie.
8. Dat andere vormen, zoals een code, een keurmerk of een ANBI-status[125] op zichzelf niet voldoende zekerheid bieden voor het verkrijgen van de gewenste geloofwaardige her- en erkenning als sociale onderneming, het behoud van de maatschappelijke doelstelling, en het handhaven van het vertrouwen in een code, keurmerk of een ANBI-status.
9. Een bv-m biedt de wettelijke verankering die enerzijds handvatten geeft voor het handelen van bestuurders richting maatschappelijk resultaat en het noodzakelijke tegengewicht kan bieden aan de traditionele winstdoelstelling (bij wijzigend of opvolgend aandeelhouderschap of bestuur) binnen de bv. Anderzijds biedt het de wettelijke verankering voor belanghebbenden de bv-m aan te spreken op, en ter verantwoording te roepen over, haar maatschappelijke doelstelling en beleid. Herkenning en erkenning als sociale onderneming is ongeloofwaardig, zelfs inhoudsloos, als daar geen beperking via een (wettelijk) functionerend verantwoordingsmechanisme tegenover staat.
10. Een van de voorwaarden voor het eventueel invoeren van een bv-m is dat op voorhand komt vast te staan via onafhankelijk onderzoek dat een substantieel aantal (sociale) ondernemingen gebruik zal maken van deze nieuwe status en zich daadwerkelijk zullen laten registreren als een bv-m. Op dit moment is dat niet duidelijk.

5.2 Twee zinvolle opties

Zoals volgt uit het bovenstaande en ook in hoofdstuk 4 beargumenteerd is, zijn er twee mogelijke opties die recht doen aan het voornemen van de overheid om passende regels te bieden voor ondernemingen met een sociaal of maatschappelijk doel en daarbij te zorgen voor een gelijk speelveld. Ten eerste kan er, in het kader van 'meer ruimte', voor gekozen worden om de huidige mogelijkheden binnen het juridische instrumentarium beter in de schijnwerpers zetten en sociaal ondernemerschap stimuleren door middel van 'sociaal opdrachtgeverschap'. Ten tweede kan vanuit de gedachte van 'passende regels' gekozen worden voor een bv-m (lichte variant).

Meer ruimte: huidige juridische instrumentarium beter benutten

De eerste optie is om uit te gaan van het huidig juridische instrumentarium en derhalve geen nieuw instrument te introduceren. Daar zijn goede argumenten voor. Vanuit het ondernemingsrecht is duidelijk dat bv's sociale en maatschappelijke doelstellingen op kunnen nemen in de statuten en dat ook bestuurlijke elementen ingebouwd kunnen worden (bijvoorbeeld middels een Raad van Toezicht) die deze doelstellingen bewaken en kracht bij zetten. Tevens is er

[125] Een ANBI is in de praktijk alleen relevant voor stichtingen of verenigingen. Een instelling kan bijvoorbeeld alleen een ANBI zijn als ten minste *90% van de uitgaven* het algemeen nut dienen. Maar dit is niet de enige vereiste die strookt met de bedrijfsvoering van veel ondernemingen met een maatschappelijke doelstelling. Zie voor de complete lijst met vereisten:
https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/belastingdienst/zakelijk/bijzondere_regelingen/goede_doelen/algemeen_nut_beogende_instellingen/aan_welke_voorwaarden_moet_een_anbi_voldoen/

ruimte binnen het aanbestedingsrecht, in die zin dat bij aanbestedingen onder de Europese aanbestedingsdrempel meer vrijheid is dan bij de aanbestedingen boven de drempel. Dit betreft een groot aantal opdrachten, in totaal geschat op ongeveer twee derde van alle (publieke) aanbestedingen in Nederland. Wel geldt dat bij alle aanbestedingen - behoudens de reeds bestaande (maar tegelijkertijd ook restrictieve) voorbehouden in artikelen 2.82 en 2.82a – bij de gunning de rechtsvorm geen selectie- of gunningscriterium kan zijn. Met andere woorden: op basis van de rechtsvorm zelf kunnen geen voordelen behaald worden.

Tegelijkertijd wordt gesignaleerd dat, ondanks een bredere (h)erkenning van sociale ondernemingen in de laatste jaren, (i) bij ondernemers vaak de benodigde kennis ontbreekt om de organisatie zodanig vorm te geven dat deze recht doet aan de maatschappelijke doelstellingen en daarin het vertrouwen geeft aan de opdrachtgever dat de sociale onderneming zich hierop (blijft) richt(en); en (ii) belanghebbenden zoals overheden en investeerders niet altijd raad weten met ondernemers met maatschappelijke doelstellingen . Overheden en fondsen, die veelal vanuit non-profit kaders werken, kunnen aanhikken tegen het feit dat dergelijke ondernemers deels gericht zijn op het maken van financiële winst. Aan de andere kant kunnen traditionele investeerders moeite hebben met de idee dat maatschappelijke winst voor financiële winst gaat bij deze ondernemers.

Naast de reeds bestaande inzet van overheidsinstanties zoals PIANOo kan een meer efficiënte en gerichte inzet door instanties als VNG, G40, G4 en Platform 31 (die voor een groot deel al actief met dit onderwerp bezig zijn) concreet gecommuniceerd worden over mogelijkheden voor sociaal opdrachtgeverschap via overheidsaanbestedingen. Vergroting van kennis over de juridische en inkooptechnische mogelijkheden onder de inkoopdiensten is een belangrijk instrument om sociaal ondernemerschap te stimuleren. Zoals door de Europese Commissie in 2017 werd aanbevolen, kunnen in samenwerking met de universiteiten ad hoc professionaliseringstrajecten voor de inkoopdiensten worden opgezet en doorontwikkeld[126]. RVO, KvK, MVO-Nederland, MKB-Nederland en VNO-NCW kunnen zich richten op ondernemers met maatschappelijke doelstellingen, maar ook informeren over sociaal opdrachtgeverschap bij inkoopopdrachten. Daarnaast wordt aangeraden kennis te blijven verzamelen door structureel indicatoren over, en gegevens van, ondernemingen met maatschappelijke doelstellingen te verzamelen en beschikbaar te maken voor onderzoek - bij voorkeur via het CBS.

Passende regels: introductie bv-m 'lichte variant'

Indien een bv-m route als serieuze optie verkend zal worden, dient allereerst op basis van de in dit rapport beschreven uitganspunten getoetst te worden in hoeverre bedrijven verwachten hiervan gebruik te gaan maken. Alleen bij sterke indicaties van een substantieel aantal bedrijven dat hier gebruik van zal maken dient de daadwerkelijke implementatie voorgelegd te worden aan de Raad van State en eventueel de Tweede Kamer.

De bv-m 'lichte variant' zoals beschreven in dit rapport bedient – beduidend meer dan in 2009 bij de voorgestelde introductie van de maatschappelijke onderneming als rechtsvorm - het ondernemersperspectief en tracht een behoefte in te vullen vanuit de praktijk. Hoe kunnen, op korte en lange termijn, de maatschappelijke doelstellingen die sociaal ondernemers hebben gestimuleerd en geborgd worden? Dit betreft een bereed scala aan ondernemingen, variërend van bijvoorbeeld ondernemingen die mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt duurzame kansen bieden op werk, ondernemingen die voedselverspilling tegen gaan, ondernemingen die oplossingen bieden voor misstanden in de waardeketen en ondernemingen die op innovatieve manier klimaatuitdagingen aanpakken. In vergelijking met het voorstel in 2009 ligt de nadruk meer op de

[126] Commission Recommendation (EU) 2017/1805 of 3 October 2017 on the professionalisation of public procurement — Building an architecture for the professionalisation of public procurement (Text with EEA relevance.) https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32017H1805.

effectiviteit van de betrokken ondernemingen. Voorts werd voornoemd wetsvoorstel ingevuld met zeer restrictieve vereisten, die de interesse in en mogelijkheden van de maatschappelijke onderneming ernstig beperkte. De bv-m 'lichte variant' gaat uit van het tegenovergestelde en biedt juist de gewenste flexibiliteit.

Voor wat betreft de uitwerking ligt het voor de hand dat de notaris bij inschrijving als bv-m zorg draagt dat helder wordt opgenomen in de statuten waaruit de sociale en/of maatschappelijke doelstelling van de onderneming bestaat. Notarissen zijn hoe dan ook bij de oprichting betrokken en zij hebben met dit soort kwesties veel ervaring. In de toelichting kan worden volstaan dat de notaris bij de oprichting erop toeziet dat het sociale of maatschappelijke oogmerk in het statutaire doel wordt opgenomen[127]. Voorkeur heeft in kaart te laten brengen waaruit het probleem bestaat dat oplossing vergt en aan welke oplossing de bv-m wenst bij te dragen, hoe en in welke mate. Wenselijk is ook de eis verbinden om de (groep) begunstigden die belang (gaan) hebben bij het handelen van de onderneming aan te wijzen. Gaandeweg zal op basis van de publicatieplicht duidelijk worden welk trackrecord de onderneming heeft. Los van de implicaties met rechtspraak op het terrein van het aanbestedingsrecht door de civiele rechter, zal de route naar de Ondernemingskamer de onderneming op koers moeten kunnen houden[128].

Het handelsregister dient te voorzien in een mogelijkheid om de rechtsvorm te onderscheiden. De Wet op de ondernemingsraden behoeft niet te worden aangepast. De sectorspecifieke regelgeving in de semipublieke sectoren (zoals zorg, onderwijs en sociale woningbouw) kan geleidelijk worden aangepast. Er is geen noodzaak dit vooraf aan een introductie te regelen.

Ook moet er een heldere procedure zijn voor het geval een onderneming haar status als bv-m zou willen omzetten naar die van een reguliere bv. Eerder werd al opgemerkt dat de rechter hierover zijn licht kan laten schijnen. Daarbij dient vooral te worden gekeken naar eventueel behaald concurrentievoordeel die de onderneming heeft genoten die rechtstreeks te herleiden zijn tot haar status als bv-m. De in de statuten vastgelegde status van een onderneming met sociale of maatschappelijke doelstellingen heeft verwachtingen gewekt bij klanten, medewerkers, business partners, overheden en andere (direct) belanghebbenden dat de onderneming niet is opgericht om (louter) financiële belangen te behartigen, maar een sociaal of maatschappelijk probleem adresseert. De rechter heeft met dit soort vragen ervaring; ook bij de omzetting van de stichting in een bv speelt deze problematiek. Daarbij kan eenvoudig worden aangesloten.

5.3 Vervolgstappen

Uiteraard zijn suggesties voor vervolgstappen afhankelijk van de keuze die de overheid voorstaat. Indien de keuze valt op het *niet* introduceren van een nieuwe juridische vorm, dan zou dit de suggestie kunnen wekken dat er geen vervolgstappen nodig zijn. Overall lijkt de overheid met het huidige beleidsinstrumentarium meer te kunnen doen dan ze op dit moment doet voor het bevorderen van sociaal ondernemerschap. Los van het juridische instrument, het monitoren van sociaal ondernemerschap belangrijke kennis met zich meebrengt. Het huidige gebrek aan officiële gegevens over sociaal ondernemerschap in Nederland is een lacune die een eventuele versnelling

[127] In art. 2:391 BW kan een bepaling worden toegevoegd met additionele voorschriften voor het bestuursverslag van een bv-m.
[128] Art. 2:18 BW opent de mogelijkheid om elke privaatrechtelijke rechtsvorm om te zetten in een andere privaatrechtelijke rechtsvorm. Zonder wettelijke voorziening zal dit onverkort ook voor de sociale onderneming gelden. Omzetting van een rechtsvorm in een sociale ondernemingsvorm stuit niet op bezwaren, maar het omgekeerde kan onwenselijke gevolge hebben. Er dient dan ook een bepaling aan art. 2:18 BW te worden toegevoegd die de omzetting van een sociale onderneming in een generieke rechtsvorm ofwel uitsluit ofwel clausuleert, analoog aan de regeling voor stichtingen. De omzetting van een stichting in een andere rechtsvorm is slechts mogelijk met rechterlijke machtiging.. Bovendien moeten de statuten na omzetting bepalen dat het vermogen van de stichting ten tijde van de omzetting slechts besteed mag worden zoals dat voor de omzetting was voorgeschreven, behoudens rechterlijke machtiging (art. 2:18 lid 6 BW).

beperkt.[129] Het verdient daarom aanbeveling bestaande initiatieven bij het CBS, indien deze hoopvolle informatie geven, op te volgen. Tevens is het van belang te zien in welke mate het door de overheid gefinancierde 'impactpad', een instrument voor ondernemers om maatschappelijke impact te meten en te managen, wordt gebruikt (en door wie) en gewaardeerd.[130]

Vervolgstappen richting bv-m

Bij een eventuele invoering van de bv-m voorzien we de volgende concrete vervolgstappen

- Verder, gedetailleerd uitwerken van regels omtrent bv-m en implementatie. Eén van de aspecten die nadere uitwerking behoeft is wanneer een organisatie in aanmerking komt voor de bv-m, in die zin dat het maatschappelijke doel consistent binnen de organisatie gedragen wordt en dus niet een beperkt onderdeel van de organisatie vormt (met zelfs mogelijke andere bedrijfsactiviteiten die tegen de maatschappelijke doelstelling indruisen).
- Brede consultatieronde met verschillende stakeholders. Belangrijke vraag hierbij is (i) in hoeverre ondernemers geneigd zijn om een bv-m status aan te vragen; en (ii) in hoeverre dit andere belanghebbenden zoals overheden en financiers zou helpen om via het stimuleren van sociaal ondernemerschap bij te dragen aan het verhogen van het niveau van maatschappelijke waarde. Ook dient onderzocht te worden hoe belanghebbenden (zoals overheden en financiers) in de praktijk binnen procedures om zullen gaan met een bv-m; voorkomen moet worden dat het in de praktijk uit gaat werken als een geschikt middel om een selectie te maken. Ten allen tijde zullen de maatschappelijke doelstellingen, en de bedrijfsactiviteiten gericht op het bereiken van deze doelstellingen, leidend moeten zijn.
- Indien, met inachtneming van bovenstaande punten, een invoering van de bv-m als kansrijk wordt gezien, verdient het aanbeveling de ontwikkeling breed te monitoren (welke organisaties gaan voor een maatschappelijk doel, hoe kunnen deze geclassificeerd worden, welke omvang hebben ze – voor en na invoering).

Verder verdient het aanbeveling om de mogelijke indirecte effecten (zoals weergegeven in figuur 2.2) in het oog te houden. Bijvoorbeeld:

- In welke mate kan de introductie van de bv-m gepaard gaan met verdere verschuiving van sociale normen en waarden? Immers steeds meer zien we vanuit social media, via 'naming and shaming' mechanismen organisaties ontstaan die actief functioneren als waakhond en hiermee normen en waarden kunnen beïnvloeden.
- In welke mate kan de bv-m sociaal opdrachtgeverschap stimuleren (relevante contextueel kenmerk)?
- In welke mate gaat de consument veeleisender worden op maatschappelijke waarde ten opzichte van de prijs (markt)?

[129] Zie European Commission (2019): Social enterprises and their ecosystems in Europe. Updated country report: The Netherlands. Author: Niels Bosma. Luxembourg: Publications Office of the European Union (te verschijnen).

[130] Het impactpad is ontwikkeld door Avance, Social Enterprise NL en Impact Centre Erasmus en beschikbaar via https://impactpad.nl/

Bijlage 1. Onderzoeksaanpak en verantwoording

Het onderzoek betreft een verkennend onderzoek dat in grote mate gebaseerd is op reeds bestaande kennis en publicaties. De volgende bronnen worden gehanteerd:

1. Internationale academische literatuur over sociaal ondernemerschap en sociale ondernemingen.
2. Diverse publicaties over de situatie van sociaal ondernemerschap in Nederland.
3. Een consultatie van experts (sociaal ondernemers, beleidsmakers, financiële instellingen, ondersteunende netwerken). Hierbij dient vermeld te worden dat deze groep belanghebbenden ook een bijdrage heeft geleverd aan de reeds bestaande studies over de situatie van sociaal ondernemerschap in Nederland. Personen die hebben bijgedragen in dit onderzoek staan vermeld in Bijlage 2. In een eerste ronde gesprekken werd vooral de probleemschets besproken, terwijl in de tweede ronde vanuit de analyse verschillende mogelijkheden werden voorgelegd. Bijdragen die tijdens deze gesprekken naar voren zijn gekomen zijn verwerkt in de teksten. Overwegend betrof dit een bevestiging (dan wel nuancering) van bestaande beelden of voorlopige conclusies.
4. Ontwikkeling en context van de Nederlandse en Europese juridische kaders, inclusief het ondernemingsrecht en aanbestedingsrecht.
5. Kennis die voortkomt uit de ervaringen met juridische vormen ten aanzien van sociaal ondernemen in andere landen, te weten het Verenigd Koninkrijk, België, Denemarken en Zweden.

Het onderzoeksteam beschikt over expertise die aansluit op bovenstaande bronnen. Het verkennende karakter van deze studie leidt tot een advies dat mogelijkerwijs op deelaspecten vervolgonderzoek behoeft, gezien de mogelijke implicaties/trajecten die dit verkennende advies met zich meebrengt. Daarom voorziet het laatste hoofdstuk ook in suggesties voor volgende stappen bij een eventuele implementatie van het advies dat voortkomt uit deze verkenning.

Een deel van het onderzoeksteam heeft een verdiepende sessie gehouden met prof. Ondernemingsrecht Matthijs de Jongh (Erasmus Universiteit Rotterdam). Hiervan is een apart gespreksverslag gemaakt, deze is opvraagbaar bij de onderzoekers.

Bijlage 2. Gesprekspartners in het onderzoek

De onderzoekers danken alle gesprekpartners die hebben bijgedragen aan het onderzoek. In het bijzonder zijn we zeer erkentelijk voor de discussies met prof. Matthijs de Jongh (Erasmus Universiteit Rotterdam).

De volgende personen hebben bijgedragen aan de rondetafel gesprekken

Pjotr Anthoni	PwC Nederland
Eric Buckens	ABN AMRO
Roy Budjhawan	ING Microfinance
Etienne Friedrich	Buitengewoon
Nanouk Grootendorst	Rabobank Foundation
Mathijs de Jong	Gemeente Den Haag
Astrid Kaag	Provincie Brabant
Marieke Kamphuis	Rabobank Foundation
Harry Lanting	Bruggink & Van der Velden
Tjeerd Leistra	G40
Leo van Loon	Buzinezzclub
Marcello Palazzi	B-Lab Europe
Joske Paumen	The Colour Kitchen & Code Sociaal Ondernemen
Meike Proost	ING
Daphne van Ree	Gemeente Utrecht
Stefan Panhuijsen	Social Enterprise NL
Raphael Nouwens	Triodos Bank
Yuri Starrenburg	Prestatieladder Socialer Ondernemen (PSO)
Jasper Snoek	Stichting DOEN
Selma Steenhuisen	Social Enterprise NL – Code Sociale Ondernemingen
Egon van Wees	Gemeente Amsterdam