

Vergaderjaar 2008–2009

**32 003**

## **Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek houdende regels voor de vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming**

**Nr. 4**

### **ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT<sup>1</sup>**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 18 maart 2009 en het nader rapport d.d. 29 juni 2009, aangeboden aan de Koningin door de minister van Justitie. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 18 december 2008, no. 08.003647, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek houdende regels voor de vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming, met memorie van toelichting.*

*Het voorstel introduceert een geheel van bepalingen dat is bedoeld voor verenigingen en stichtingen die een maatschappelijke onderneming in stand houden, zoals besturen van scholen, zorginstellingen, woningcorporaties en andere instellingen in de semipublieke sfeer. Doel van het voorstel is om maatschappelijke ondernemingen een herkenbare plaats in het rechtsverkeer te geven. De vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming (VSMO) is een modaliteit van de vereniging of stichting. De bepalingen van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) inzake de stichting en vereniging zijn van toepassing op de VSMO, tenzij daarvan wordt afgeweken. Een VSMO heeft verplicht een raad van toezicht en een belanghebbendenvertegenwoordiging. Voorts kan een VSMO privaat kapitaal aantrekken door winstbewijzen uit te geven. In dat geval heeft de onderneming ook een algemene vergadering van winstbewijshouders. Ten slotte biedt het voorstel de mogelijkheid tot het aanwijzen van gedragscodes die door de aanwijzing voor alle categorieën maatschappelijke ondernemingen gaan gelden waarop de gedragscode is gericht.*

*De Raad van State schetst eerst de achtergrond van het voorstel. Vervolgens gaat de Raad in op het begrip «maatschappelijk ondernemen» en maatschappelijke onderneming. De Raad stelt vast dat dit begrip onvoldoende is afgebakend. Verder gaat de Raad in op de doelstellingen van het wetsvoorstel. Hij concludeert dat niet duidelijk is waarvoor de modaliteit van de stichting en vereniging is bedoeld. De indruk wordt gewekt dat dit wetsvoorstel organisaties en instellingen die tot de overheid noch de markt behoren, beoogt een eigen domein en positie te verschaffen. In de sectoren zorg, onderwijs en wonen hebben zij echter al een eigen positie en domein en krijgen zij daarmee de plaats en erkenning die zij behoeven. Niet blijkt dat een specifieke privaatrechtelijke structuur voor een maatschappelijke onderneming deze ondernemingen uit een oogpunt van herkenbaarheid en wettelijke waarborgen meer biedt dan thans reeds op grond van publiekrechtelijke wetgeving geldt.*

<sup>1</sup> De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

*Daarnaast constateert de Raad dat er geen concreet zicht wordt geboden op meer ruimte voor de maatschappelijke onderneming door een terugtrekken van de overheid. De ontwikkelingen in de publiekrechtelijke wetgeving op de terreinen van zorg, wonen en onderwijs wijzen eerder op het tegendeel. Het introduceren van een modaliteit van de vereniging of stichting in het BW die de instellingen die het betreft geen voordeel biedt, uiteindelijk alleen om deze rechtsvorm verplicht te kunnen stellen voor bepaalde sectoren die al gereguleerd zijn, is geen te verkiezen weg. De Raad is dan ook van oordeel dat ter verwezenlijking van de doelstellingen van het voorstel in deze vorm daarover niet positief kan worden geadviseerd.*

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 18 december 2008, nr. 08.003647, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 18 maart 2009, no. W03.08.0553/II, bied ik U hierbij aan.

#### *1. Algemene achtergrond*

*In Nederland wordt vanouds publieke dienstverlening in tal van sectoren, zoals het onderwijs, de omroep, de gezondheidszorg en de sociale woningbouw, verricht door organisaties en instellingen die zijn voortgekomen uit particulier initiatief. Zij waren te onderscheiden van zowel de overheid als van het particuliere ondernemen. In de loop van de tijd, onder andere als gevolg van de ontzuiling, zijn zij steeds meer afhankelijk geworden van overheidsfinanciering. Van bescheiden vrijwilligersorganisaties zijn deze instellingen veranderd in grote, professioneel geleide organisaties, waarin veel publiek geld omgaat en waarvan de activiteiten in hoge mate door de overheid worden geregeld en gecontroleerd.<sup>1</sup> In sterke mate zijn deze organisaties en instellingen overheidsinstellingen geworden. Onder invloed van het «marktdenken» is een deel van deze instellingen private onderneming geworden. Een ander deel gaat die richting uit, maar blijft ook in hoge mate door de overheid geregeld en gecontroleerd. Zij gedragen zich deels als maatschappelijke belangenbehartiger en deels als particulier ondernemer die in concurrentie treedt met andere dienstverleners. De maatschappelijke legitimatie van deze organisaties verloopt in de regel niet meer via hun achterban, maar langs het spoor van de behoefte aan en de waardering van de door hen verleende diensten. Deze organisaties zijn grotendeels aan publiekrecht onderworpen. Dit heeft geleid tot het verplicht instellen van raden van toezicht<sup>2</sup> en het voorschrijven van diverse vormen van medezeggenschap, zoals cliëntenraden, medezeggenschapsraden en deelnemersraden.<sup>3</sup> Steeds professioneler functionerende instellingen werden gebonden aan bureaucratische sturingsmodellen van de overheid in verband met de maatschappelijke doelen die zij nastreven. Als tegenwicht daartegen werd naar voren gebracht dat deze overheidsregelgeving niet slechts moet worden gezien vanuit de door de instellingen nagestreefde maatschappelijke doelen, maar vooral vanuit het gezichtspunt van de actoren. Volgens deze opvatting zou de professionaliteit van de instellingen beter tot haar recht komen als zij meer op eigen benen zouden kunnen staan en zelf zouden kunnen bepalen hoe zij rekening houden met de behoeften van de afnemers van de aangeboden diensten en die van andere belanghebbenden. Daarbij werden de volgende ontwikkelingen voorzien: meer zelfregulering dan overheidsregulering, meer eigen bijdragen en sponsoring en minder subsidie.<sup>4</sup> Inmiddels zijn deze ontwikkelingen ten dele realiteit geworden. De publiekrechtelijke regelgeving is blijven bestaan, maar daarnaast hebben de laatste jaren instellingen en sectoren codes voor goed bestuur ontwikkeld en initiatieven ontplooid om belanghebbenden meer bij hun activiteiten te betrekken.<sup>5</sup>*

<sup>1</sup> Zie het rapport van de projectgroep rechtsvorm maatschappelijke onderneming, paragraaf 1.2.

<sup>2</sup> Dit betreft woningcorporaties en academische ziekenhuizen.

<sup>3</sup> Op grond van – achtereenvolgens – de Wet Medezeggenschap Cliënten Zorginstellingen, de Wet medezeggenschap onderwijs (thans: Wet medezeggenschap op scholen), het Besluit Beheer Sociale Huursector en de Pensioenwet.

<sup>4</sup> J.P. Balkenende, Overheidsregelgeving en maatschappelijke organisaties, proefschrift VU 1992.

<sup>5</sup> Enkele voorbeelden zijn de Aedescode voor de woningbouwcorporaties (2002 en 2007), de waarde van de maatschappelijke onderneming geborgd (2003), de Handleiding cultural governance (2003), de Zorgbrede Governancecode in de gezondheidszorg (2005) en de Code Goed Bestuur (in het primair onderwijs) (2004).

<sup>6</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 279, nr. 9.

<sup>7</sup> De commissie stond onder het voorzitterschap van dr. H. H. F. Wijffels.

*Hoewel de discussie over de bestuurlijke inrichting van instellingen met een maatschappelijk doel aanvankelijk vooral een zaak van de organisaties zelf was, trok het onderwerp ook de aandacht van de regering. In 2004 verscheen de nota Bruikbare rechtsorde.<sup>6</sup> De nota was gericht op het onderzoeken van de aard en oorzaken van ongewenste regelgroei, en het tegengaan daarvan. In dat kader onderzocht de projectgroep rechtsvorm maatschappelijke onderneming<sup>7</sup> «of het nodig of wenselijk is een wettelijke regeling te ontwikkelen voor een rechtsvorm waarvan maatschappelijke ondernemingen als scholen, ziekenhuizen en woningcorporaties gebruik zouden kunnen maken, teneinde daarin*

*zodanige checks and balances te realiseren, dat zij zoveel mogelijk op eigen benen kunnen staan, dat voorwaarden worden geschapen om zo goed mogelijk tegemoet te kunnen komen aan de behoeften van hun belanghouders en een basis kan worden gelegd voor een vereenvoudiging van hun verhouding tot de overheid.» Het rapport van de projectgroep (hierna: het rapport-Wijffels) ziet op stichtingen en verenigingen die een maatschappelijke onderneming in stand houden. Volgens de commissie heeft het rechtspersonenrecht hier geen gelijke tred gehouden met maatschappelijke ontwikkelingen, zoals schaalvergroting, financiële groei, het stellen van hogere eisen aan de kwaliteit van de dienstverlening en professionalisering van management en bestuur. In de visie van de projectgroep onderscheidt de maatschappelijke onderneming zich van de commerciële onderneming, doordat zij een externe, op de belangen van de afnemers van de aangeboden diensten gerichte doelstelling heeft. Eventueel rendement («winst») wordt niet aan de kapitaalverschaffers uitgekeerd, maar komt geheel en al ten goede aan het publieke belang dat blijkens de statutaire doelstelling wordt gediend. Voor zover in bepaalde sectoren op winst gerichte ondernemingen door de desbetreffende vakdepartementen worden toegelaten, lijken de bestaande rechtspersonenrechtelijke structuren daarvoor voldoende mogelijkheden te bieden, aldus de projectgroep. Het voorstel van de projectgroep hield in om in het BW of een aparte wet een regeling op te nemen van de basiskenmerken van de «maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk», als modaliteit van de stichting en de vereniging, met als organen een bestuur, een raad van toezicht en een belanghebbendenvertegenwoordiging.*

*Met haar voorstel voor versterking van de positie van de maatschappelijke onderneming sloot de projectgroep aan bij de Sociaal-Economische Raad (SER), die had benadrukt dat het ondernemerschap in de publieke dienstverlening zich niet alleen moet richten op de overheid, maar juist ook op de samenleving en op de individuele klant.<sup>1</sup> In het SER-advies werd het begrip maatschappelijke onderneming vermeden, om niet de suggestie te wekken dat sprake zou zijn van een bepaalde rechtsvorm die in het bijzonder geschikt zou zijn voor (ondernemende) aanbieders van diensten van publiek belang.<sup>2</sup> De SER hield een pleidooi voor een versterking van de horizontale verantwoording aan belanghebbenden en een bredere toepassing van het raad-van-toezichtmodel, met voorzieningen voor het ontslaan van een disfunctionerende raad van toezicht. Het voorstel van de projectgroep sloot ook aan bij de opvatting van de «Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), die de invoering van een systeem van bindende zelfregulering voor maatschappelijke instellingen bepleitte in ruil voor het meer op de achtergrond treden van de overheid.<sup>3</sup> Verder benadrukte de WRR het belang van «een hernieuwde effectieve verhouding tussen de verschillende soorten tegenspelers en instellingen». Volgens de WRR zouden de bestaande vormen van inspraak en medezeggenschap moeten worden omgevormd tot een dialoog met en invloed door cliënten en andere belanghebbenden. Verder zou moeten worden voorzien in mechanismen voor laagdrempelige geschillenbeslechting en een wettelijke verankering van de raad van toezicht.*

*In het coalitieakkoord van het Kabinet-Balkenende IV werd aangekondigd dat de rechtsvorm van een maatschappelijke onderneming zal worden ingevoerd om zoveel mogelijk ruimte te laten voor maatschappelijke betrokkenheid en eigen initiatief. De sociale woningbouw wordt daarin genoemd als een mogelijk toepassingsgebied van de maatschappelijke onderneming, terwijl met betrekking tot de zorg wordt gesteld dat «er ruimte zal worden geboden voor ondernemerschap en privaats kapitaal, bij voorkeur langs de weg van de maatschappelijke onderneming». Een voorontwerp voor de maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk als nieuwe rechtsvorm verscheen in de zomer van 2007. Volgens de toelichting was het voorontwerp geschreven met het oog op de sectoren onderwijs, zorg en wonen, maar was het voorstel daartoe niet noodzakelijkerwijs beperkt.*

*Tegen deze achtergrond merkt de Raad over het voorstel het volgende op.*

<sup>1</sup> Ondernemerschap voor de publieke zaak, Den Haag 2005. Wat als publiek belang moet worden aangemerkt is een politieke keuze.

<sup>2</sup> Ondernemerschap voor de publieke zaak, bladzijde 156. Volgens de SER kan en moet ondernemerschap in de publieke dienstverlening worden ontplooid in verschillende soorten organisaties die diensten van publiek belang leveren, of het nu gaat om overheidsdiensten, zelfstandige bestuursorganen, stichtingen of private ondernemingen.

<sup>3</sup> Bewijzen van goede dienstverlening, Den Haag 2004. In dit rapport zijn vijf maatschappelijke sectoren object van onderzoek: gezondheidszorg, volkshuisvesting, arbeidsvoorziening, onderwijs en welzijn. Volgens het rapport is keuze eerder pragmatisch dan principieel omdat de maatschappelijke dienstverlening zich niet precies laat afbakenen.

*2. Maatschappelijk ondernemen/maatschappelijke onderneming*  
Bij de «maatschappelijke onderneming» gaat het om instellingen en organisaties die zich op het snijvlak van de overheid en het private domein bevinden. Deze aanduiding zegt echter nog niet voldoende. Er zijn naast organisaties of instellingen in de sectoren media, cultuur, onderwijs, zorg en wonen andere organisaties die publieke en private elementen met elkaar combineren, zoals nutsbedrijven, overheidsdeelnemingen (Schiphol) of concessiehouders met een publieke taak (NS). Zo ziet het coalitieakkoord «de NS als een maatschappelijke onderneming, die als opdracht heeft een zo groot mogelijk deel van de mobiliteitsbehoefte te accommoderen en de kwaliteit van het spoorvervoer te verbeteren».<sup>1</sup> De literatuur die voorafgaand aan het voorstel is verschenen over maatschappelijk ondernemen en de maatschappelijke onderneming biedt evenmin een duidelijk beeld van de grenzen.<sup>2</sup> De verscheidenheid aan organisaties en instellingen die een publiek belang dienen, illustreert dat het niet eenvoudig is het werkkterrein van het maatschappelijk ondernemen af te bakenen en dit te verbinden aan een bepaalde, daarvoor bij uitstek geschikte rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming. Wat werkkterrein, rechtsvorm, wijze van financiering en vormen van toezicht betreft, bestaan er grote verschillen tussen de organisaties en instellingen die zich als maatschappelijke onderneming zouden kunnen presenteren, zelfs binnen een sector. Maatschappelijk ondernemen moet daarnaast worden onderscheiden van maatschappelijk verantwoord ondernemen. Vele ondernemingen streven daarnaar, maar zijn primair gericht op het behalen van winst. Zij streven geen publiek doel na en zijn daarom geen maatschappelijke onderneming.

Uit het voorgaande blijkt dat in de aanloop naar het wetsvoorstel verschillende, zeer uiteenlopende posities zijn ingenomen ten aanzien van inhoud en vorm van het maatschappelijk ondernemen. Gelet op deze voorgeschiedenis en de voortdurende onbepaaldheid van het begrip maatschappelijke onderneming is het van belang dat hieromtrent meer duidelijkheid wordt verkregen. Het voorstel biedt die duidelijkheid maar in beperkte mate. Of iets «maatschappelijk» is, hangt af van de vraag of het algemeen belang in het geding is, zo stelt de toelichting. Zij vervolgt met de opmerking dat het algemeen belang naar tijd en plaats kan variëren. Tot het algemeen belang behoren in ieder geval de in de Grondwet verankerde sociale grondrechten, waaronder zorg voor de bewoonbaarheid van het land, de bescherming en verbetering van het leefmilieu, de bevordering van de volksgezondheid en de zorg voor het onderwijs. Volgens de toelichting is het maatschappelijk belang dé onderscheidende factor van de maatschappelijke onderneming. Onder verwijzing naar de hiervoor gegeven voorbeelden van organisaties, instellingen en bedrijven die publieke belangen dienen, concludeert de Raad dat het criterium «maatschappelijk belang» onvoldoende onderscheidende waarde heeft. Een groot aantal doelen kan maatschappelijk van belang zijn, maar zijn niet beslissend voor de keuze voor de rechtsvorm van een maatschappelijke onderneming. Ter illustratie wijst de Raad op het rapport-Wijffels. Dat rapport stelt dat in de sectoren onderwijs, wonen en zorg, waarvoor het wetsvoorstel primair bedoeld is, kapitaalvennootschappen opereren die, door hun geschiedenis of de wijze waarop de overheid zich altijd met hen heeft bemoeid, door de desbetreffende ministeries als maatschappelijke ondernemingen worden beschouwd. Weliswaar is volgens het wetsvoorstel een als zodanig opgerichte vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming een VSMO, maar deze formele regeling ontslaat de wetgever niet van de plicht te verduidelijken wat een maatschappelijke onderneming betekent. Volgens de toelichting, paragraaf 1, is het voorstel bedoeld voor instellingen die zich vooral door middel van publiekrechtelijke wetgeving en toezicht tot de overheid verhouden. Daarmee wordt duidelijk dat maatschappelijke ondernemingen die een bv- of nv-structuur hebben waarvan de aandelen in handen zijn van de overheid, niet de verbanden zijn waarop het voorstel zich richt. Een andere kenschets in de toelichting is dat de in de semipublieke sfeer opererende instellingen gemeenschappelijk hebben dat zij grotendeels of uitsluitend beschikken over middelen die of vermogen dat door middel van wetgeving is bestemd voor het doel waarvoor zij zijn opgericht. De publiekrechtelijke bestemming van middelen of vermogen is veelal ingegeven door het feit dat deze middelen of het vermogen van de overheid afkomstig zijn. Dat onder-

<sup>1</sup> Coalitieakkoord tussen de Tweede Kamersfracties van CDA, PvdA en ChristenUnie, bladzijde 17.

<sup>2</sup> Volgens Dolsma en Van Asselt (Marktwerving en de maatschappelijke onderneming, in: CDV Herfst 2007, bladzijden 100 e.v.) is er een groeiende behoefte bij maatschappelijke organisaties om te kunnen ondernemen, met het oog op hun maatschappelijke doelstellingen. Zij denken daarbij aan zorg, onderwijs, cultuur, media, pensioenen en wonen. Het aantrekken van vreemd vermogen, «maatschappelijk beleggen», zien zij als een manier om binding met de maatschappelijke onderneming te stimuleren. Baarsma en Theeuwes (De verwarde onderneming, in: ESB 2008/2) vragen zich af of de maatschappelijke onderneming naast woningbouwcorporaties, onderwijs- en zorginstellingen ook betrekking heeft op gereguleerde overheidsbedrijven, zoals Schiphol, de NS, Gasunie, DNB, BNG en het Havenbedrijf Rotterdam.

*scheidt een instelling echter onvoldoende van een willekeurige vereniging of stichting die bijvoorbeeld een sportclub in stand houdt.*

*Daarnaast is het de vraag op grond waarvan een maatschappelijke instelling als een school als een «onderneming» zou moeten worden aangemerkt. Een onderneming is gericht op het maken van winst. Met een onderneming in de gebruikelijke betekenis van het woord hebben deze instellingen weinig in doen, nu zij niet op het maken van winst zijn gericht. Voor het overgrote deel zijn zij afhankelijk van overheidsfinanciering. De Raad adviseert hetgeen bedoeld is met «maatschappelijke onderneming» te verduidelijken. Daarbij is van belang te verduidelijken in welk opzicht instellingen op het terrein van zorg, wonen en onderwijs wezenlijk verschillen van de hiervoor genoemde andere instellingen, organisaties of ondernemingen die zich inzetten voor maatschappelijke doelen. Voorts adviseert de Raad dragend te motiveren waarom de toelichting bij het wetsvoorstel zich voornamelijk beperkt tot het terrein van zorg, wonen en onderwijs.*

## 2. Maatschappelijk ondernemen/maatschappelijke onderneming

Het wetsvoorstel is gericht op de privaatrechtelijke rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming, niet op het ondernemen zelf. De term «maatschappelijk belang» wordt gebruikt om het doel van de onderneming te onderscheiden van het particulier belang. Niet de belangen van de oprichters, de leden of de bestuurders staan bij de maatschappelijke onderneming centraal, maar het leveren van goederen of diensten die voor de samenleving van maatschappelijke betekenis zijn. Dit is inderdaad overigens onbepaald. Het is niet de bedoeling om het werkterrein van de maatschappelijke onderneming af te bakenen of de toepassing van de rechtsvorm te beperken tot onderwijs-, zorg-, of volkshuisvestingsinstellingen. Elke organisatie, instelling of onderneming die haar doel definieert in het leveren van goederen of diensten die voor de samenleving van maatschappelijke betekenis zijn, en die geen particuliere belangen nastreeft, kan van de rechtsvorm gebruik maken. In de memorie van toelichting is dit ruime toepassingskader duidelijker naar voren gebracht.

De bepalingen inzake het rechtspersonenrecht in het Burgerlijk Wetboek zijn te gebruiken door eenieder die zijn activiteiten kan en wil uitoefenen binnen het organisatorische kader van de desbetreffende rechtsvorm. De kenmerken van de structuur van de rechtsvorm geven herkenbaarheid voor wat betreft de wijze waarop het nemen van ondernemingsbeslissingen is georganiseerd. De herkenbaarheid heeft in beginsel enkel betrekking op de wijze waarop de rechtsvorm gestructureerd is, niet op de werkzaamheden die onder de vlag van die rechtsvorm worden verricht. Zo weten de betrokkenen bij een nv en een bv dat de aansprakelijkheid van de aandeelhouders beperkt is. Bij de «gewone» stichting en vereniging kan er geen winst uitgekeerd worden. En bij de maatschappelijke onderneming zullen de betrokkenen er zeker van zijn dat de belangrijkste ondernemingsbeslissingen zijn onderworpen aan goedkeuring van een raad van toezicht, dat er overleg over de koers van de onderneming wordt gevoerd met en verantwoording wordt afgelegd aan een belanghebbendenvertegenwoordiging en in bepaalde gevallen de mogelijkheid van winstuitkering bestaat. Die structuur geeft de vereniging of stichting MO onderscheidend vermogen.

Daar komt echter voor de vereniging of stichting MO nog een belangrijk extra onderscheidend element bij, ten opzichte van andere privaatrechtelijke rechtsvormen, namelijk de doelstelling die op het maatschappelijke belang moet zijn gericht en die statutair moet zijn vastgelegd. Daarin ligt dus wel degelijk een belangrijk deel van het onderscheidend vermogen dat de Raad van State mist in het criterium van het maatschappelijk belang. Daar waar andere rechtsvormen enkel op de structuur zien en niet de inhoud raken, is dat bij de vereniging of stichting MO in beperkte mate wel het geval, in zoverre dat de activiteiten die maatschappelijk belang dienen, in de statuten zijn gespecificeerd.

Binnen het systeem van het privaatrecht is het dus niet nodig om het werkterrein van de vereniging of stichting MO nader af te bakenen of het criterium «maatschappelijk belang» nader wettelijk te omschrijven. Ook de Raad geeft daarvoor geen noodzaak en beroept zich uitsluitend op de voorgeschiedenis en het veelvoudige gebruik van de term maatschappelijk ondernemen. Verwacht mag echter worden dat het gebruik van de stichting en de vereniging die een maatschappelijke onderneming in stand houdt als

onderscheidende rechtsvorm in de praktijk zijn weg zal vinden en daarmee ook duidelijkheid en herkenbaarheid zal verwerven. Inderdaad kan een groot aantal doelen maatschappelijk van belang zijn, zoals de Raad opmerkt, en alle desbetreffende organisaties zouden dan ook de keuze kunnen maken voor de modaliteit van de MO, mits zij passen in de daarbij behorende rechtsvorm met een raad van toezicht, een belanghebbendenvertegenwoordiging etc. Het doel van het opnemen van het maatschappelijk belang in de statutaire doelstelling van de vereniging of stichting is deze vereniging of stichting te onderscheiden van het particulier belang.

Het wetsvoorstel sluit niet uit dat de term «maatschappelijk ondernemen» ook in een andere context wordt gebruikt. Het bepaalt slechts dat stichtingen of verenigingen die een maatschappelijke onderneming in stand houden zich alleen als zodanig formeel mogen presenteren als zij voldoen aan de eisen van het wetsvoorstel. Als zij deze rechtsvorm aannemen moeten zij de woorden «stichting of vereniging tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming» in de statutaire naam dragen. De woorden «maatschappelijke onderneming» kunnen verder niet gemonopoliseerd worden door ondernemingen die die aanduiding in de statuten hebben staan. Het blijft mogelijk dat ondernemingen met een andere rechtsvorm zich op informele wijze afficheren als maatschappelijke ondernemingen.

Samengevat luidt de betekenis van de vereniging of stichting MO dat zij een privaatrechtelijke rechtsvorm is die zich onderscheidt door haar organisatorische structuur waarin bestuur, toezicht en betrokkenheid van belanghebbenden met bepaalde waarborgen zijn omkleed en waarin het algemeen belang centraal staat en niet het particulier belang. Binnen die privaatrechtelijke structuur zijn alle organisaties, instellingen en ondernemingen welkom die zich daarin kunnen vinden en die aan de voorschriften willen en kunnen voldoen. In de memorie van toelichting is dit privaatrechtelijk karakter van de vereniging of stichting MO nader toegelicht en is duidelijker aangegeven dat deze rechtsvorm niet alleen voor de sectoren wonen, zorg en onderwijs is gereserveerd.

Ook op andere punten zoekt de Raad van State naar een beperking van de toepassing van de maatschappelijke onderneming en naar een onderscheidend kenmerk in de vereniging of stichting MO die haar toepassingsgebied zou beperken, die niet de bedoeling zijn van het wetsvoorstel. Maatschappelijke ondernemingen die momenteel een nv- of bv-structuur hebben, kunnen zich zeer wel omzetten in een vereniging of stichting MO indien zij dat een passende rechtsvorm achten. En de omstandigheid dat instellingen grotendeels of uitsluitend beschikken over van de overheid afkomstige middelen of vermogen met een maatschappelijke bestemming kunnen kiezen voor een MO-vorm, hoeft hen – in tegenstelling tot hetgeen de Raad van State stelt – niet te onderscheiden van een willekeurige vereniging of stichting die bijvoorbeeld een sportclub in stand houdt. Ook deze laatste kan voor de rechtsvorm van de MO kiezen, als zij dat wenst.

Het gaat er dus niet om de instellingen in onderwijs, zorg en huisvesting te onderscheiden van andere instellingen die zich inzetten voor maatschappelijke doelen. Zij kunnen zich alle scharen onder de rechtsvorm MO en alle betrokkenen weten dan met welke structuur zij te maken hebben. Meer duidelijkheid is niet nodig. Iedereen die ermee te maken heeft, weet wat een woningbouwcorporatie, een zorginstelling, een auteursrechtelijk incassobureau, een veerdienst etc. doet. Dat onderscheidend vermogen hoeft niet onderstreept te worden door een rechtsvorm. Maar dat geldt wel voor de privaatrechtelijke structuur waarbinnen al die verschillende instellingen, organisaties en ondernemingen hun activiteiten uitvoeren. Dat weet de gemiddelde huurder, patiënt, auteursrechtelijke of toerist die de Waddeneilanden bezoekt nu niet. Dat wordt door de vereniging of stichting MO verduidelijkt.

### *3. Doelstellingen wetsvoorstel*

*Met het voorstel wordt in de eerste plaats beoogd de herkenbaarheid van de maatschappelijke onderneming te versterken. Dit gebeurt door gemeenschappelijke kenmerken van dergelijke ondernemingen in systeemeisen vast te leggen en de daaruit resulterende structuur te versterken. Harmonisatie is nodig om herkenbaarheid voor partners in het economische verkeer te bewerkstelligen, maar ook om een structuur te verschaffen aan instellingen die over de grenzen van hun sector heen samenwerking aangaan. De versterking van de structuur bestaat daarin dat deze partners bij de instelling wettelijk*

*geregelde bevoegdheden krijgen om voor de belangen die zij vertegenwoordigen ook juridische middelen in te zetten. Zowel bestuur als toezichthouders kunnen zo aan hun verantwoordelijkheden worden gehouden, aldus de toelichting.<sup>1</sup> In de tweede plaats wordt met het voorstel beoogd te voorzien in een structuur waarin wettelijke waarborgen (voor intern toezicht, medezeggenschap, financiële verantwoording, geschilbeslechting, controle op de commissarissen) worden gegeven voor instellingen die met een maatschappelijk doel opereren. In de toelichting wordt gesteld dat de grote financiële belangen die zijn gemoeid met de activiteiten van maatschappelijke ondernemingen en de mondigheid van de afnemers van hun diensten het nodig maken dat zij beschikken over structuren waarin belangen en bevoegdheden een evenwichtig geheel vormen, transparantie bestaat en toezicht en financiële verantwoording gegarandeerd zijn.<sup>2</sup> In de toelichting wordt voorts uiteengezet dat instellingen en de daarin werkzame professionals ruimte nodig hebben om zelf te bepalen hoe zij hun werk inrichten en om in te kunnen spelen op de behoeften van hun cliënten. In dat kader wordt verwezen naar het WRR-rapport Bewijzen van goede dienstverlening, waarin invoering van bindende zelfregulering voor maatschappelijke instellingen wordt bepleit, in ruil voor het meer op de achtergrond treden van de overheid. De instellingen, zo stelt de toelichting, zouden meer ruimte moeten krijgen, wat recht doet aan hun professionaliteit. In een diverse en dynamische maatschappij verkeert de overheid niet in de beste positie om de behoeften van de belanghebbenden bij maatschappelijke dienstverlening goed in te schatten. Om instellingen die ruimte te geven is het gewenst dat hun structuur garanties bevat voor een evenwicht tussen de verschillende belangen in de instelling.<sup>2</sup> Zijn deze garanties geboden, dan kunnen de instellingen zich ten opzichte van de overheid vrijer bewegen.<sup>3</sup> Gelet op het voorgaande lijkt een derde doelstelling van het voorstel te zijn het scheppen van voorwaarden voor het meer op de achtergrond treden van de overheid. Wat dit concreet betekent, wordt uit de toelichting niet duidelijk. Wel is duidelijk, wat het niet betekent: het toezicht van de overheid op de kwaliteit van het gebodene en op de besteding van door de overheid verstrekte middelen staat niet ter discussie.<sup>3</sup>*

*De Raad gaat hierna achtereenvolgens in op de drie genoemde doelstellingen van herkenbaarheid, wettelijke garanties en ruimte voor een terugtreden van de overheid.*

#### *a. Herkenbaarheid*

*Met het wetsvoorstel wordt beoogd de herkenbaarheid van de maatschappelijke onderneming te versterken. Uit de toelichting blijkt niet dat de herkenbaarheid van maatschappelijke ondernemingen problemen geeft en in welke mate dit hun deelname aan het rechts- en economisch verkeer in de weg staat. De enkele omstandigheid dat deze instellingen op verschillende wijze zijn vormgegeven en ingericht, betekent niet dat er onvoldoende herkenbaarheid zou zijn. Evenmin blijkt dat partners in het rechtsverkeer en economisch verkeer het karakter van de maatschappelijke instelling waarmee zij samenwerken of contracteren niet onderkennen. De toelichting biedt daarvoor geen aanknopingspunten. Derhalve rijst de vraag wat «herkenbaarheid als maatschappelijke onderneming» precies betekent. Hiervoor heeft de Raad geconstateerd dat de term «maatschappelijke onderneming» scherpte mist. Deze onbepaaldheid werkt door in de herkenbaarheid: dat een instelling herkenbaar is als maatschappelijke onderneming betekent weinig als onder dat begrip onderling zeer verschillende instellingen schuilgaan. Nu het voorgestelde wettelijke model weliswaar de basiselementen van de inrichting voorschrijft, maar het tegelijk vele doelen moet en kan dienen en de instellingen daarom een aanzienlijke mate van inrichtingsvrijheid biedt, kan de herkenbaarheid niet bestaan in het hebben van dezelfde structuur. Ook instellingen met andere rechtsvormen kunnen zichzelf in materiële zin als maatschappelijke onderneming profileren, zoals thans het geval is. In zoverre kan niet worden volgehouden dat de introductie van een nieuwe rechtsvorm de herkenbaarheid versterkt.*

#### *b. Wettelijke waarborgen*

*De in het voorstel beoogde wettelijke waarborgen zien op het verplichte interne toezicht, de verplichte belanghebbendenvertegenwoordiging, de financiële verantwoording, de geschilbeslechting en de controle op commissarissen.*

<sup>1</sup> Memorie van toelichting, paragraaf

«Algemeen» en paragraaf 1.

<sup>2</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 1.

<sup>3</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 2.

rissen. De Raad heeft onderzocht in hoeverre bestaande wettelijke regelingen of gedragscodes op het terrein van zorg, wonen en onderwijs reeds voorzien in intern toezicht en in vergelijkbare rechten voor belanghebbenden. Voor een beknopt overzicht verwijst de Raad naar de bijlage bij het advies. In grote lijnen komt het beeld op het volgende neer.

- In de woningsector en de zorg is een scheiding tussen bestuur en toezicht wettelijk verplicht. In de toepasselijke codes is deze scheiding op verregaande wijze uitgewerkt. In het onderwijs is voor de openbare universiteiten voorzien in de instelling van het raad van toezicht-model en wordt dit model voor andere instellingen in het hoger en wetenschappelijk onderwijs voorgesteld. Ook met betrekking tot het primair en het voortgezet onderwijs, en de sector beroepsonderwijs en (volwassenen-)educatie (BVE) zijn wetsvoorstellen aanhangig, die betrekking hebben op goed bestuur in het onderwijs en die verder gaan dan de voor de VSMO voorgestelde bepalingen. Het feit dat de VSMO een privaatrechtelijke rechtspersoon is, betekent dat deze geen relevantie heeft voor openbare scholen, die in stand worden gehouden door een publiekrechtelijke rechtspersoon. Verder is de VSMO niet geschikt voor het door een stichting in stand gehouden openbaar onderwijs. Omdat het voorstel bepaalt dat de raad van toezicht onafhankelijk is en door middel van coöptatie wordt benoemd, is de door artikel 23, vierde lid, van de Grondwet vereiste overwegende overheidsinvloed in het bestuur van de stichting niet gewaarborgd.<sup>1</sup> De meerwaarde van de voorgestelde wettelijke regeling schuilt vooral in artikel 307d dat de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam de bevoegdheid geeft een commissaris wegens taakverwaarlozing, andere gewichtige redenen of een ingrijpende wijziging van omstandigheden te ontslaan.
- Alle drie onderzochte sectoren kennen een wettelijke regeling van belanghebbendenvertegenwoordigers. Wet of statuten geven nader omschreven belanghebbenden dikwijls bepaalde informatie- of overlegrechten. Zo kunnen huurders ten minste twee leden bindend voordragen voor het bestuur en de raad van toezicht (artikel 7, eerste lid, van het Besluit beheer sociale-huursector (BBSH)). Voorts dienen zij op grond van de wet op het overleg huurders verhuurder te worden geïnformeerd over meerjarenplannen, en zij mogen daarover ook overleg voeren of advies geven (artikel 17 BBSH). Voor het primair onderwijs, het voortgezet onderwijs en het hoger en wetenschappelijk onderwijs zijn voorstellen ingediend die het mogelijk maken branchecodes bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen; de in deze sectoren gehanteerde codes kennen regels met betrekking tot de belanghebbendenvertegenwoordiging van ouders en leerlingen; deze regelingen zijn, anders dan het wetsvoorstel VSMO, vormvrij. Wat betreft het middelbaar beroepsonderwijs (MBO) is er een wetsvoorstel aanhangig tot invoering van een deelnemersraad, dat naar strekking overeenkomt met de regeling in het wetsvoorstel VSMO. Zorginstellingen moeten een cliëntenraad hebben, die adviesrecht heeft ten aanzien van een groot aantal onderwerpen en ook een bindende voordracht mag doen voor een lid van het bestuur en de raad van toezicht. De Wet op de jeugdzorg bevat ten aanzien van «zorgeenheden» een vergelijkbare regeling. Instellingen in de vorm van een vereniging of stichting zijn verplicht statutair het recht van enquête toe te kennen aan de cliëntenraad. In de gevallen waarvoor de VSMO primair is bedoeld, ontstaat een doublure van de belanghebbendenvertegenwoordiging met de cliëntenraad, ouderraad, medezeggenschapsraad en deelnemersraad.

*Uit het voorgaande leidt de Raad af dat met de rechtsvorm vereniging en stichting, aangevuld met de bestaande publiekrechtelijke regels of zelfregulering, op de belangrijke onderdelen van intern toezicht en belanghebbendenvertegenwoordiging hetzelfde wordt bereikt als met de voorgestelde nieuwe modaliteit. Om onduidelijkheid op dit punt uit te sluiten, adviseert de Raad om de huidige wet- en regelgeving en sectorcodes nader in beeld te brengen, alsmede eventueel gewenste wijzigingen daarvan of verbeteringen daarin. Op die manier kan worden nagegaan in hoeverre bepaalde vereisten thans reeds aanwezig zijn en welke nog moeten worden gesteld. Vervolgens kan de afweging worden gemaakt of gekozen wordt voor harmonisatie en zo nodig*

<sup>1</sup> Zie bijvoorbeeld artikel 48 van de Wet op het primair onderwijs en het advies van de Raad van State gedateerd 6 februari 2006, no.W05.05.0558/III, betreffende wijziging van de Wet educatie en beroepsonderwijs inzake colleges van bestuur en raden van toezicht (Kamerstukken II 2005/06, 30 599, nr. 4.



*aanvulling van de bestaande publiekrechtelijke regelingen, dan wel voor de creatie van een semi-publieke rechtsvorm in het privaatrecht, die naast het bestaande stelsel zal komen te staan. Verder adviseert de Raad de verhouding tussen dit voorstel en de wetsvoorstellen die recent met betrekking tot het onderwijs zijn ingediend op het terrein van goed bestuur, en die uitgaan van een regeling in de sectorwetgeving, aangevuld met zelfregulering, nader uiteen te zetten.*

*c. Ruimte voor terugtreden door de overheid*

*In paragraaf 1 van dit advies is de Raad ingegaan op de achtergrond en voorgeschiedenis van het wetsvoorstel. De hypothese die aan de VSMO ten grondslag ligt, zoals uiteengezet in het rapport-Wijffels, is dat met een algemene regeling van de maatschappelijke onderneming meer recht kan worden gedaan aan de eigen verantwoordelijkheid en de professionaliteit van de instellingen, waardoor de informatieverplichtingen jegens de overheid kunnen worden beperkt. Publiekrechtelijke regels voor de juridische vormgeving van onderwijsinstellingen, woningcorporaties of zorg- en ziekenhuizen en voorschriften met betrekking tot het afleggen van verantwoording aan de overheid, zouden tot hun essentie kunnen worden teruggebracht, wanneer in een algemene regeling, al dan niet in het BW, zou kunnen worden voorzien. Op die manier zou een aanzet worden gegeven tot het onderzoek of de externe controle door de overheid en de daarmee gepaard gaande administratieve lasten verminderd kunnen worden. De toelichting bij het wetsvoorstel constateert terecht dat deze nieuwe verhoudingen niet door de rechtsvorm zelf, maar door veranderingen in het overheidsbeleid en de publiekrechtelijke wetgeving moeten worden bewerkstelligd. Daarover valt echter niets te zeggen, omdat het volgens de toelichting nu onmogelijk is om te bepalen in hoeverre de VSMO voor bepaalde branches verplicht zal worden gesteld en, indien dat niet het geval zou zijn, in welke mate instellingen voor de VSMO zullen kiezen. Zeker is wel dat publiekrechtelijke regels nodig zullen blijven voor die maatschappelijke ondernemingen die niet voor deze rechtsvorm kiezen. Duidelijk is dat de overheid, omdat het hier gaat om (deels) door de overheid bekostigde instellingen, volledig betrokken blijft bij het toezicht op de kwaliteit van het gebodene en op de besteding van de door haar verstrekte middelen. Ook al moge het zo zijn dat dit wetsvoorstel als oogmerk kan hebben ruimte te bieden voor een terugtreden van de overheid, uit niets blijkt dat de overheid bereid en in staat zal zijn die ruimte in de publiekrechtelijke regelgeving daadwerkelijk te bieden.*

*d. Conclusie*

*Alles overziende is de Raad niet overtuigd van de meerwaarde van de voorgestelde semi-publieke rechtsvorm. Met bestaande rechtsvormen, aangevuld met publiekrechtelijke regelingen of zelfregulering, wordt in feite hetzelfde bereikt als met de voorgestelde nieuwe modaliteit. Met name is al voorzien in waarborgen met betrekking tot het interne toezicht en de betrokkenheid van belanghebbenden. De introductie van de nieuwe modaliteit leidt niet tot een vergroting van de herkenbaarheid van maatschappelijke ondernemingen, ook niet indien deze rechtsvorm in bepaalde sectoren verplicht zou worden gesteld. Voorstel noch toelichting scheppen voldoende duidelijkheid over de vraag op welke wijze en op welke terreinen door het terugtreden van de overheid ruimte wordt geboden aan maatschappelijke ondernemingen. Dit aspect, gevoegd bij de constatering dat de VSMO primair bedoeld is voor de sectoren zorg, onderwijs en sociale woningbouw en voor deze sectoren wellicht verplicht zal worden gesteld, doet bij de Raad de vraag rijzen waarvoor dit wetsvoorstel is bedoeld. De indruk wordt gewekt dat de instellingen en organisaties waarom het zou gaan, zowel behoren tot de overheid als deel uitmaken van de markt terwijl dit wetsvoorstel voor hen een eigen domein en positie lijkt te willen reserveren tussen overheid en markt. In de sectoren zorg, onderwijs en wonen hebben deze instellingen en organisaties echter al een eigen positie en domein en krijgen zij daarmee de erkenning die zij behoeven. In dit licht zou beter kunnen worden volstaan met harmonisatie en zo nodig vereenvoudiging van de sectorwetgeving. Zo kan in de publiekrechtelijke wetgeving worden voorzien in de mogelijkheid van ontslag wegens taakverwaarlozing door de ondernemingskamer van de leden van de raad van toezicht. Het introduceren van een rechtsvorm in het BW die de instellingen geen evidente voordelen biedt, uiteindelijk alleen om deze verplicht te kunnen*

*stellen voor bepaalde sectoren die reeds gereguleerd worden door een mix van privaatrecht, publiekrecht en eigen normen, is nodig noch doelmatig. De Raad adviseert het voorstel in dit licht nader te bezien.*

*Onverminderd het voorgaande merkt de Raad het volgende op.*

### 3. Doelstellingen wetsvoorstel

#### a. Herkenbaarheid

Scholen, zorginstellingen en woningbouwcorporaties zijn inderdaad zeer herkenbaar, maar niet herkenbaar is de wijze waarop ze zijn georganiseerd. Het zijn complexe organisaties geworden, maar georganiseerd in een simpele vereniging of stichtingsvorm. Doordat die rechtsvorm onvoldoende recht doet aan de complexiteit van de organisatie en de omgang met stakeholders en maatschappelijke verantwoording, heeft de wetgever in de diverse sectoren aanvullende eisen gesteld tot het doen instellen van raden van toezicht, medezeggenschapsraden, cliëntenraden e.d., maar zonder dat daar een overkoepelende structuurvisie achter ligt. Dat er behoefte bestaat aan een dergelijke brede structuurvisie blijkt ook uit de totstandkoming en het belang van gedragscodes in de diverse sectoren. Maar de omvang en het maatschappelijk belang van de desbetreffende instellingen maken het noodzakelijk die structuur in de wet neer te leggen en niet alleen aan zelfregulering in de vorm van gedragscodes over te laten. Die structuurvisie wil de rechtsvorm van de vereniging of stichting MO bieden. Wie in de toekomst zaken doet met de vereniging of stichting MO, kan ervan uitgaan dat de ondernemingsbeslissingen aan bepaalde garanties zijn onderworpen, met name dat deze stoelen op een evenwichtige belangenafweging en op institutionele zekerheden; er zijn waarborgen voor verantwoording aan en inbreng van belanghebbenden en er is adequaat intern toezicht. In tegenstelling tot wat de Raad stelt, strekt de structuurvisie er wel degelijk toe de herkenbaarheid van de instellingen naar hun vorm te versterken.

De meerwaarde van de aanduiding MO in de statutaire naam van de desbetreffende onderneming is dat alle betrokkenen daaruit kunnen afleiden dat er een raad van toezicht is en een belanghebbendenvertegenwoordiging, dat eventuele winstuitkeringen aan belangrijke beperkingen onderworpen zijn teneinde de algemene middelen in de maatschappelijke onderneming niet te laten weglekken, dat er behoorlijk verantwoording wordt afgelegd, dat er een enquêteverzoek gedaan kan worden en bestuur en toezichthouders met juridische middelen kunnen worden aangesproken. Verder zij hier verwezen naar hetgeen hierboven in paragraaf 2 is opgemerkt over de herkenbaarheid van de rechtsvorm.

#### 3.b. Wettelijke waarborgen

Met de door de Raad van State gesuggereerde harmonisatie en aanvulling van bestaande regels kan niet hetzelfde bereikt worden als met de vereniging of stichting MO. Het wetsvoorstel heeft zijn inspiratie vooral ontleend aan zorg, onderwijs en volkshuisvesting, die door sectorwetgeving gereguleerd zijn. Maar de vereniging of stichting MO is ook toepasbaar voor instellingen waarvoor niets of weinig publiekrechtelijk geregeld is: instellingen die nu nog in handen van de overheid zijn, instellingen die nu een nv- of bv-structuur hebben die minder passend is voor die instelling en andere instellingen die niet tot de genoemde sectoren behoren. Denk hierbij aan kansspelorganisaties, veerdiensten van waddeneilanden, organisaties voor collectief beheer van auteursrechten en instellingen voor jeugdbescherming. Die zouden kunnen meeprofiteren van de herkenbaarheid van de vereniging of stichting MO en dat doel kan niet bereikt worden door harmonisatie van bestaande regels.

#### 3.c. Ruimte voor terugtreden door de overheid

Het wetsvoorstel legt de basis voor de beoogde veranderingen, maar brengt die niet zelf teweeg. Het wetsvoorstel biedt wel de voorwaarden om de sectorwetgeving te kunnen wijzigen, zoals intern toezicht, betrokkenheid van belanghebbenden en toepassing van het enquêterecht. Daarom worden in de memorie van toelichting veranderingen in de verhoudingen aangekondigd die nader bekend gemaakt zullen worden door het kabinet op initiatief van de desbetreffende vakministers, zoals de brief van de minister VWS over governance in de zorg en de brief van de minister VROM met voorstellen voor het corporatiestelsel.

Afhankelijk van de belangstelling die er zal bestaan voor de nieuwe rechtsvorm en afhankelijk van het antwoord op de vraag of de vereniging of stichting MO verplicht gesteld zal worden voor bepaalde sectoren, kan de desbetreffende sectorwetgeving aangepast worden door het schrappen van bepaalde governanceregels. Blijft de vereniging of stichting MO een optie, zonder aanpassing van de sectorwetgeving, dan zullen de regels van de rechtsvorm voor instellingen die daarvan gebruik maken, een aanvulling vormen op de voor hen geldende bepaalde sectorwetgeving. Zij zullen dan gebruik kunnen maken van de juridische middelen die de besluitvorming in de onderneming versterken. Zo lang er nog instellingen zijn die onder het volledige publieke toezichtsregime blijven functioneren, zal ook de bijbehorende wetgeving blijven bestaan. De vereniging of stichting MO krijgt de tijd om zich te bewijzen en te laten zien dat zij voorziet in een behoefte. Of in de toekomst in bepaalde sectoren dit de enige rechtsvorm zal worden, hetzij door vrijwillig gebruik, hetzij door het in het publiekrecht voorschrijven van de vereniging of stichting MO, zal moeten blijken. Maar het feit dat deze duidelijkheid nog niet gegeven kan worden, vormt geen beletsel om de modaliteit in het leven te roepen. De toepassing van privaatrechtelijke rechtsvormen kan worden voorgeschreven of juist worden verboden of zij kan ter vrije keuze van de organisatie staan. Overigens is de vereniging of stichting MO niet bedoeld om het kwaliteits-toezicht van overheidswege te vervangen. Overheidstoezicht op de kwaliteit van onderwijs, zorg en huisvesting, of het toezicht op de besteding van de publieke middelen zal niet door de nieuwe rechtsvorm geraakt worden.

### 3.d. Conclusie

Ten algemene zij hier naar aanleiding van het advies van de Raad van State opgemerkt dat het commentaar van de Raad van State zich vooral richt op nut en noodzaak van het wetsvoorstel in zijn geheel en van onderdelen ervan. Noch in paragraaf 3 van haar advies, noch elders stelt de Raad dat het wetsvoorstel of een onderdeel daarvan in strijd zou zijn met het recht, of anderszins grote juridische problemen zou oproepen. De Raad vraagt op diverse punten het voorstel dragender te motiveren en op onderdelen te verduidelijken en de memorie van toelichting is dan ook op diverse punten herzien en aangevuld.

De Raad gaat in zijn commentaar voorbij aan diverse verbeteringen die het wetsvoorstel biedt:

- De bestaande regelingen over het bij de organisatie betrekken van belanghebbenden gaan alleen over de afnemers: cliënten, studenten, huurders. Het voorstel geeft de instelling de mogelijkheid om alle verschillende belangen bij de ondernemingsbeslissingen te betrekken door daarvoor een institutionele structuur aan te bieden, waarin overleg over de strategische keuze kan plaatsvinden en verantwoording afgelegd. Het wetsvoorstel verschaft de belanghebbenden toegang tot de Ondernemingskamer door middel van het enquêterecht en geeft de mogelijkheid om ontslag van een interne toezichthouder te vragen.
- De overheveling van de in het publiekrecht gestelde regels naar een privaatrechtelijke vorm betekent dat de handhaving en nadere invulling van de governanceregels in handen van de betrokkenen komen, in plaats van in het verkeer tussen overheid en instellingen. Aan het niet naleven van bepaalde regels is bijvoorbeeld de onrechtmatigheid van bepaalde besluiten en rechtshandelingen verbonden. Dit versterkt wel degelijk de besluitvorming in de instelling.
- Het wetsvoorstel bevat een regeling voor het toelaten van particuliere investeerders. Deze voorziet in een behoefte om meer geld voor publieke doeleinden te genereren. Met name in de gezondheidszorg is deze behoefte concreet, maar zijn investeringen in bepaalde gevallen nu niet goed mogelijk door het ontbreken van waarborgen die moeten voorkomen dat publieke gelden binnen die organisaties weglekken. Het wetsvoorstel voorkomt dat investeerders de koers van de onderneming kunnen bepalen zoals aandeelhouders dat kunnen en de winstuitkering mag de beschikbaarheid van de door de overheid gegeven middelen voor het doel waarvoor zij zijn bestemd niet aantasten.

### 4. Europese aspecten

*De toelichting wijdt één alinea aan het Europeesrechtelijke perspectief van de maatschappelijke onderneming. Zij constateert dat het in het leven roepen van*

de VSMO geen gevolgen heeft vanuit Europeesrechtelijk perspectief. De Raad heeft de vraag onder ogen gezien of de introductie van de VSMO wellicht voordelen biedt in Europees perspectief. Op zichzelf stuit de introductie van de rechtsfiguur niet op Europeesrechtelijke problemen. Dat is mogelijk wél het geval ten aanzien van het gebruik van maatschappelijke ondernemingen, in het bijzonder indien activiteiten worden voorbehouden aan instanties die de rechtsvorm van een maatschappelijke onderneming hebben.<sup>1</sup>

De lidstaten kunnen beperkingen handhaven op het vrije verkeer en de vrije mededinging binnen de Europese Unie, indien dat noodzakelijk en proportioneel is voor de behartiging van een gerechtvaardigd algemeen belang. Ook kunnen ondernemingen worden belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang (artikel 86 van het EG-Verdrag). Dit kan ook gelden voor maatschappelijke ondernemingen. Vanuit het Gemeenschapsrecht is evenwel niet bepalend de wijze waarop de lidstaten de behartiging van algemene belangen organisatorisch hebben vormgegeven<sup>2</sup>, maar de gerechtvaardigheid van de belangen die met overheidsinterventies worden gediend en de evenredigheid en proportionaliteit van die interventies.<sup>3</sup> Bij dergelijke ondernemingen dient ermee rekening te worden gehouden dat aan de voorwaarden van de zogenaamde Transparantierichtlijn<sup>4</sup> moet worden voldaan.

Voorts zij gewezen op het bij het Verdrag van Lissabon behorende Protocol betreffende de diensten van algemeen belang. Dit interpretatieve protocol strekt er niet toe de reikwijdte of de inhoud van de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer en het mededingingsrecht te wijzigen, maar bevestigt de rol en bevoegdheden van overheden (nationaal en decentraal) bij de verlening van diensten van algemeen economisch belang, en benadrukt dat de bepalingen van het EG-Verdrag op generlei wijze afbreuk doen aan de bevoegdheid van de lidstaten om niet-economische diensten van algemeen belang te verrichten, te machtigen en te organiseren. De neutraliteit van het Europese recht ten aanzien van de wijze van uitvoering van publieke belangen brengt mee dat uit de vormgeving niet a priori conclusies kunnen worden getrokken over de verenigbaarheid van nationale arrangementen met het Gemeenschapsrecht. Dit betekent dat de rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming als zodanig niet bepalend is bij de toetsing aan het Gemeenschapsrecht van concrete belemmeringen van het vrij verkeer of mededingingsbeperkende maatregelen.<sup>5</sup> Van geval tot geval zal moeten bezien of specifieke waarborgen waarin in de institutionele vormgeving van een maatschappelijke onderneming is voorzien, een rol kunnen spelen bij de Europeesrechtelijke toets.

De Raad adviseert in de toelichting uitgebreider dan thans is gedaan aandacht te besteden aan de Europeesrechtelijke aspecten.

#### 4. Europese aspecten

De Raad constateert dat het in het leven roepen van de vereniging of stichting MO geen gevolgen heeft vanuit Europeesrechtelijk perspectief, maar dat dit anders kan zijn t.a.v. het gebruik van de modaliteit. Dat betekent dat van geval tot geval zal moeten worden bezien of specifieke waarborgen waarin de institutionele vormgeving van een vereniging of stichting MO is voorzien, een rol kunnen spelen bij de Europeesrechtelijke toets. In navolging van de Raad wordt in de toelichting uitgebreider aandacht besteed aan deze Europeesrechtelijke aspecten.

**5. Belanghebbendenvertegenwoordiging en belanghebbende**  
De belanghebbendenvertegenwoordiging is een van de belangrijkste kenmerken waardoor de VSMO zich onderscheidt van andere rechtspersonen, aldus de toelichting.<sup>6</sup> De versterking van de positie van belanghebbenden bij de onderneming bestaat niet in het bepalen wie die belanghebbenden zijn. Omdat nauwelijks is vast te stellen welke belangen beschermd moeten worden en door wie, en dit ook niet in de wet kan worden uitgeschreven, laat het voorstel de selectie van belanghebbenden over aan de gedragscode of de statuten. In het voorstel heeft de belanghebbendenvertegenwoordiging recht op informatie over de algemene gang van zaken in de onderneming, op overleg over de hoofdlijnen van het beleid en het recht om ten minste een maal per jaar een advies uit te brengen over het strategisch beleid van de onderneming. Soortgelijke regels – en regels die verder gaan – komen echter ook voor in

<sup>1</sup> Zoals blijkt uit paragraaf 7 van de toelichting overwogen lijkt te worden voor de woningbouwcorporaties.

<sup>2</sup> Zie in dit verband bijvoorbeeld het arrest in zaak C-41/90, Höfner, Jurispr. 1991, bladzijde I-1979.

<sup>3</sup> Zie bijvoorbeeld ten aanzien van de (Nederlandse) energiemarkt zaak C-157/94, Commissie – Nederland, Jurispr. 1997, bladzijde I-5699.

<sup>4</sup> Richtlijn nr.80/723/EEG van de Commissie van 25 juni 1980 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen (Pb L 195).

<sup>5</sup> Zie het advies van de Raad van State over de goedkeuringswet voor het Verdrag van Lissabon, Kamerstukken II 2007/08, 31 384 (R 1850), nr. 4, blz. 13.

<sup>6</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 4, tweede alinea.

verschillende branchecodes.<sup>1</sup> De sectoren waarvoor de VSMO primair bedoeld is, beschikken over codes. Dat die codes volgens het voorstel in de desbetreffende sectorwetgeving verbindend kunnen worden verklaard, betekent weinig nu deze codes in de praktijk brede ingang hebben gevonden. Voor de herkenbaarheid van de onderneming voor of jegens belanghebbende speelt de aanwijzing geen rol van betekenis.

a. Het begrip belanghebbende bij de belanghebbendenvertegenwoordiging is in het voorstel niet nader aangeduid. Uit de toelichting blijkt dat het in de eerste plaats gaat om de afnemers van de diensten van de maatschappelijke onderneming, maar dat het ook denkbaar is dat er andere belanghebbenden zullen zijn, niet zijnde afnemers, van wie mag worden aangenomen dat zij een belang hebben bij het adequaat behartigen van het maatschappelijke belang dat wordt nagestreefd.

De Raad meent dat hiermee het begrip belanghebbende te veel wordt opgegrepen. Velen hebben belang bij het goed functioneren van scholen, zorginstellingen en woningbouwcorporaties. Die betrokkenheid maakt hen echter nog geen belanghebbende. De Raad wijst in dit verband op het voorgestelde artikel 307h, vierde lid. Volgens dit artikellid kunnen belanghebbenden die in de statuten niet als zodanig zijn aangemerkt, bij de ondernemingskamer een verzoek indienen tot statutenwijziging. De ondernemingskamer wijst het verzoek toe indien zij van oordeel is dat verzoekers met het oog op het in de statuten omschreven maatschappelijk belang als rechtstreeks belanghebbenden bij het strategisch beleid van de onderneming vertegenwoordigd dienen te zijn. Naar het oordeel van de Raad wordt aldus deelname aan de belanghebbendenvertegenwoordiging terecht beperkt tot rechtstreeks belanghebbenden. De Raad adviseert in heel artikel 307h uit te gaan van de rechtstreeks belanghebbende.

b. Het voorgestelde artikel 307h, vijfde lid, bepaalt dat de bepalingen over de belanghebbendenvertegenwoordiging de bevoegdheden van bij de wet geregelde medezeggenschapsraden en andere bij wet geregelde vormen van overleg met belanghebbenden onverlet laten. Het is, zo blijkt ook uit de toelichting bij dit artikel, aan de statuten om te bepalen of dergelijke raden deel uitmaken van de belanghebbendenvertegenwoordiging en hoe hun bevoegdheden zich tot elkaar verhouden.

Tussen de in het voorstel genoemde medezeggenschapsraden, zoals de cliëntenraad bij een zorginstelling of een huurdersorganisatie, en de in het voorstel beoogde belanghebbendenvertegenwoordiging zal wat de behartigde belangen betreft een aanzienlijke en vaak volledige overlap bestaan. Dat is ongewenst. Bij een heldere organisatiestructuur hoort dat dezelfde specifieke belangen niet door verschillende organen behartigd worden. Deze situatie zal ontstaan nu elke maatschappelijke onderneming een belanghebbendenvertegenwoordiging heeft, maar tegelijkertijd veelal wettelijk verplicht is een medezeggenschapsorgaan, zoals een cliëntenraad, in stand te houden. Deze stapeling van organen is inefficiënt en brengt onnodige lasten met zich. Dat de statuten kunnen bepalen dat medezeggenschapsraden deel uitmaken van de belanghebbendenvertegenwoordiging maakt dat niet anders. Het «inlijven» van medezeggenschapsraden in de belanghebbendenvertegenwoordiging kan er bovendien toe leiden dat een deel van de belanghebbendenvertegenwoordiging andere rechten heeft dan de belanghebbendenvertegenwoordiging als zodanig.<sup>2</sup> Wat de statuten nader zouden kunnen bepalen over de relatie tussen de belanghebbendenvertegenwoordiging en andere medezeggenschapsraden wordt uit de toelichting niet duidelijk. Het voorgaande samenvattend, meent de Raad dat de verhouding tussen de belanghebbendenvertegenwoordiging en andere medezeggenschapsorganen vragen oproept, waarvan de beantwoording niet aan de statuten kan worden overgelaten. Hij adviseert het voorstel aan te vullen met een heldere regeling van deze verhouding, uitgaande van de bestaande bevoegdheden van medezeggenschap en overleg.

## 5. Belanghebbendenvertegenwoordiging en belanghebbende

De Raad meent dat het verbindend verklaren van de gedragscodes weinig betekent, nu deze algemeen ingang hebben gevonden. De Raad gaat daarmee echter voorbij aan het feit dat de gedragscodes, door ze verbindend te verklaren ook juridisch bindend worden voor de instelling en tussen de instelling en de betrokkenen. Dit is thans niet het geval. Dit verschil zal vermoedelijk ook tot

<sup>1</sup> Zie bijvoorbeeld hoofdstuk IV van de Governance code woningcorporaties, «Maatschappelijke verantwoording en beleidsbeïnvloeding door belanghebbenden». Daarin wordt bijvoorbeeld bepaald dat de woningcorporatie ten minste een keer per jaar een vergadering beleggt van belanghebbenden, worden de belanghebbenden in de gelegenheid gesteld advies uit te brengen over de vastgestelde jaarrekening en het jaarverslag en over de strategie en het beleid van de woningcorporatie in het licht van haar volkshuisvestelijke en maatschappelijke doelstellingen, en wordt voorzien in een vierjaarlijkse visitatie, waarin onder meer deze aspecten aan de orde dienen te komen.

<sup>2</sup> Bijvoorbeeld: de cliëntenraad bij een zorginstelling heeft ingevolge artikel 7 van de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen het recht een bindende voordracht te doen voor een lid van het bestuur of de raad van toezicht. De belanghebbendenvertegenwoordiging heeft dat recht (slechts ten aanzien van de raad van toezicht) op grond van het voorgestelde artikel 307c, vijfde lid, alleen als de statuten hierin voorzien.

aanpassing van de gedragscodes leiden, omdat ze op bepaalde punten wellicht zullen moeten worden verhelderd. Binnen de vereniging of stichting MO speelt de gedragscode een belangrijke rol in het flexibel houden van het systeem.

Ook gaat de Raad in zijn kritiek voorbij aan het feit dat het verbindend verklaren van gedragscodes ook bedoeld is om het opstellen en verder ontwikkelen van gedragscodes te stimuleren. Iedere sector is er immers uit een oogpunt van transparantie, betrouwbaarheid en maatschappelijke verantwoordelijkheid bij gebaat wanneer er een uniform stelsel van op maat gesneden regels is, op basis waarvan belanghebbenden in die sector betrokken zijn bij de instellingen. Dit geldt in de eerste plaats voor die instellingen die binnen de drie klassieke sectoren huisvesting, zorg en scholing vallen. Maar ook instellingen daarbuiten die wellicht nog geen gedragscodes kennen, worden gestimuleerd een code te ontwikkelen. Een door de branche zelf opgestelde deugdelijke code kan immers door de desbetreffende minister worden aangewezen en kan dan de wettelijke regels voor de belanghebbendenvertegenwoordiging vervangen.

De stelling van de Raad dat de verbindendheid van eventuele gedragscodes geen rol van betekenis speelt voor de herkenbaarheid van de MO of jegens belanghebbende is op zich juist voor die sectoren waar er nu al een breed gedragen gedragscode geldt. Maar de stelling van de Raad geldt niet ten aanzien van de MO in het algemeen die breder toepasbaar is dan de drie grote sectoren van huisvesting, zorg en scholing en zij geldt ook niet ten aanzien van de belanghebbendenvertegenwoordiging in het algemeen. Want de verplichte aanwezigheid daarvan in de structuur van de MO, is wel degelijk een van de onderscheidende elementen van deze rechtsvorm.

#### 5.a. Het begrip belanghebbende

Het is nadrukkelijk de bedoeling – en ook de meerwaarde van het wetsvoorstel – dat ook anderen dan de afnemers als belanghebbenden worden aangemerkt. In sommige branchecodes is daar al sprake van. In de Governance-code woningbouwcorporaties van Aedes worden o.a. genoemd: bewoners, relevante overheden op gemeentelijk en regionaal niveau, maatschappelijke organisaties op het terrein van zorg, welzijn, onderwijs en veiligheid en collega-corporaties. De Zorgbrede governancecode van de Brancheorganisaties Zorg noemt als externe belanghebbenden o.a. gemeenten, patiëntenverenigingen, andere zorgorganisaties of zorgaanbieders en zorgverzekeraars. De Governance Code BVE (beroepsonderwijs en volwasseneneducatie) geeft als voorbeelden van externe belanghebbenden o.a. brancheorganisaties in het bedrijfsleven, toeleverende scholen (i.c. voortgezet onderwijs), afnemende scholen (i.c. hogescholen), gemeenten, welzijnsorganisaties en instellingen voor jeugdhulpverlening. Uiteindelijk is het aan de rechter om te beoordelen of iemand als belanghebbende aangemerkt moet worden. Er zijn in de memorie van toelichting nog meer voorbeelden opgenomen om te verduidelijken wat bedoeld is met belanghebbenden-niet-afnemers. Naar aanleiding van de opmerking van de Raad van State over het gebruik van de term belanghebbenden dan wel rechtstreeks belanghebbenden, is de tekst van artikel 307h lid 4 op dit punt aangepast. De term «rechtstreeks belanghebbende» heeft teveel een publiekrechtelijke lading (artikel 1:2 lid 1 van de Algemene wet bestuursrecht), wat verwarring kan wekken in de privaatrechtelijke context van het wetsvoorstel. Daarom wordt gesproken van belanghebbenden en niet van rechtstreeks belanghebbenden en toetst de rechter of de verzoeker zodanig belang heeft bij het bepalen van het strategisch beleid van de vereniging of stichting MO, dat hij vertegenwoordigd dient te zijn in de belanghebbendenvertegenwoordiging.

#### 5.b. Doublures met andere raden

De verhouding tussen cliëntenraden en belanghebbendenvertegenwoordiging is in navolging van het advies van de Raad van State verduidelijkt. In de toelichting is nader uitgelegd dat de statuten zo kunnen worden ingericht, dat de cliëntenraad, als deze wettelijk voorgeschreven is, deel kan uitmaken van de belanghebbendenvertegenwoordiging. In dat geval zullen de bevoegdheden, voor zover cliënten en belanghebbenden dezelfde bevoegdheden hebben, tegelijkertijd, tezamen en op gelijke wijze kunnen worden uitgeoefend. De belanghebbendenvertegenwoordiging kan zo fungeren als middel ter ordening van alle bestaande belangen. Niet-gedeelde specifieke bevoegdheden zullen

dan ook afzonderlijk uitgeoefend dienen te worden. Ook wanneer er specifieke bevoegdheden zijn toebedeeld aan bestaande raden, kunnen deze afzonderlijk worden uitgeoefend. Deze specifieke bevoegdheden kunnen niet in de statuten van de vereniging of stichting MO worden uitgesloten of ingeperkt. Dit betekent bijvoorbeeld voor woningbouwcorporaties dat de specifieke bevoegdheden die huurdersorganisaties hebben op grond van de Wet op het overleg huurders verhuurder afzonderlijk kunnen worden uitgeoefend en dat de corporaties ook moeten voldoen aan de verplichtingen die voor hen jegens de huurdersorganisaties uit die wet voortvloeien.

#### 6. Winstbewijzen

*In het voorstel krijgt de VSMO de mogelijkheid om kapitaal aan te trekken door winstbewijzen uit te geven. Het systeem van winstbewijzen is zo simpel en overzichtelijk mogelijk gehouden, anders kan, aldus de toelichting, beter voor een naamloze vennootschap (nv) of besloten vennootschap (bv) gekozen worden. Uitgangspunt is, zo vervolgt de toelichting, dat een investeerder een financiële bijdrage aan de maatschappelijke onderneming wil leveren anders dan door een lening. De investeerder die winstbewijshouder is, is een andere dan die van de aandeelhouder bij de nv of bv. Hij heeft minder zeggenschap omdat, zo stelt de toelichting, het maatschappelijk belang van de rechtspersoon voorgaat en dit gewaarborgd wordt door de andere organen van de maatschappelijke onderneming. Voorts blijkt uit de toelichting dat het «winstuitkeringsmodel» is toegevoegd om tegemoet te komen aan wensen uit de zorgsector. De winstbewijshouders maken aanspraak op een aandeel in de winst van de investering die zij doen, kunnen een bindende voordracht voor een commissaris doen als de statuten dat bepalen en hebben recht op informatie via de jaarrekening, waarover zij ook opmerkingen bij het bestuur kunnen indienen.*

*De Raad merkt op dat in een maatschappelijke onderneming niet het belang van de eigenaren van de onderneming centraal staat, maar het maatschappelijke doel waarvoor de onderneming is opgericht. Dat impliceert dat eventueel behaalde winst in beginsel ten goede komt aan het statutair aangeduide maatschappelijke belang, dat wil zeggen geïnvesteerd wordt in de onderneming zelf. Een opzet waarbij de winst niet ten goede komt aan het maatschappelijke doel, wijkt af van de gedachte achter de maatschappelijke onderneming en doet ook afbreuk aan de regeling van de stichting en de vereniging. Voor zover de maatschappelijke onderneming een op winst gerichte onderneming kan zijn, biedt het huidige vennootschapsrecht voldoende mogelijkheden voor de daarbij passende structuur van de onderneming.*

*Voorts is het de vraag of aan deze faciliteit behoefte bestaat. Er zijn verschillende manieren waarop een vereniging of stichting die niet op winst is gericht, particulier kapitaal kan aantrekken en benutten voor het doel van de instelling. Zo kan de stichting of vereniging aandelen houden in een bv of nv, en door het houden van meerderheidsaandelen of prioriteitsaandelen overwegende invloed uitoefenen op zo'n bv of nv. Ook kan de bv aan derden minderheidsaandelen uitgeven of aandelen zonder stemrecht. De toelichting wijst er daarnaast op dat een winstbewijs wellicht minder interessant is voor de grote institutionele belegger, die prijs stelt op zeggenschap. Concluderend meent de Raad dat het voorstel voor uitgifte van winstbewijzen alleen aantrekkelijk kan zijn indien voor de maatschappelijke onderneming de weg naar de kapitaalvennootschap wordt afgesneden en slechts de VSMO-W wordt opengesteld. De toelichting geeft echter aan dat dit niet het geval zal zijn voor het onderwijs en de woningbouwcorporaties. Dat betekent dat alleen voor de zorg deze optie overblijft. In dat verband verdient opmerking dat de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport in een brief van 9 juli 2007 aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal<sup>1</sup> heeft gesuggereerd voor de maatschappelijke ondernemingen in de zorg de invoering van een vennootschap met een sociaal doel te overwegen, zoals België kent. Anders dan bij de VSMO gaat het daar om ondernemingen met de structuur van een kapitaalvennootschap, die wordt gekenmerkt door aandeelhouderskapitaal en -bevoegdheden en een actieve rol van de overheid als aandeelhouder, en waarbij (gemaximeerde) winstuitkeringen op ingebracht kapitaal mogelijk zijn. De Raad adviseert het bij een maatschappelijke onderneming slecht passende element van winstbewijzen dragend te motiveren en voorts nader in te gaan op de vraag of de*

<sup>1</sup> Met zorg ondernemen, Kamerstukken II 2006/07, 27 659, nr. 80.

*mogelijkheid om winstbewijzen uit te geven past bij de wens om het ondernemerschap in de zorg te verstevigen.*

#### 6. Winstbewijzen

De mogelijkheid dat beleggers en investeerders variabel rendement op ingebracht kapitaal krijgen, doet geen afbreuk aan de gedachte achter de vereniging of stichting MO. Dat zou wel het geval zijn als zij ook de koers van de onderneming zouden kunnen bepalen om daar zelf voordeel van te behalen. Juist dankzij deze beleggers en investeerders krijgt de vereniging of stichting MO méér geld ter beschikking en het rendement daarop wordt voor een deel afgestaan aan de investeerder, in ruil voor een bescheiden zeggenschap. Door dit te reguleren, blijft het maatschappelijk doel centraal staan. Tegelijkertijd met het indienen van dit wetsvoorstel zal ook de brief van de minister van VWS over governance in de zorg naar de Tweede Kamer worden gestuurd; daarin zal nader worden ingegaan op de randvoorwaarden voor maatschappelijk ondernemerschap in de zorg en inbreng van privaat kapitaal.

#### 7. Fiscale aspecten

*Hoofdstuk 6 van de memorie van toelichting gaat in op de fiscale (vennootschapsbelasting) aspecten van de maatschappelijke onderneming. Opgemerkt wordt dat voor de maatschappelijke onderneming geen, van het huidige systeem afwijkend, fiscaal regime wordt geïntroduceerd. Dit betekent, zo wordt gesteld, dat, indien de activiteiten van instellingen onder het huidige systeem belast of vrijgesteld zijn, dit na invoering van de maatschappelijke onderneming in beginsel niet zal veranderen. Over het uitkeren van behaalde winsten wordt slechts opgemerkt dat dit het einde van de vrijstelling van artikel 5, eerste lid, onderdeel c, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969) betekent. In de toelichting wordt aldus niet ingegaan op het oordeel van de Eerste Kamer der Staten-Generaal dat de fiscale behandeling van woningbouwcorporaties en stadsherstellichamen ten principale dient te worden vastgelegd in een Wet op de Maatschappelijke Onderneming.<sup>1</sup> Dit dient alsnog te geschieden.*

*Daarenboven ontbreekt een wijziging van de Wet Vpb 1969 met betrekking tot de in het voorstel opgenomen mogelijkheid van de uitgifte van winstbewijzen. Zonder nadere regeling zal een uitkering op deze winstbewijzen bij de maatschappelijke onderneming niet aftrekbaar zijn van de belastbare winst, maar bij de investeerder niet zijn vrijgesteld, omdat deze uitkering niet onder de deelnemingsvrijstelling valt. Daarmee is, ook in de gevallen dat de desbetreffende winstbewijzen recht geven op ten minste vijf percent van de winst, sprake van een dubbele heffing, die in strijd is met de aan de Wet Vpb 1969 ten grondslag liggende beginselen. Het doen van investeringen in een maatschappelijke onderneming zal dan ook door deze dubbele heffing niet worden bevorderd.*

*De Raad adviseert het deelnemingsregime in de Wet Vpb 1969 aan te passen.*

#### 7. Fiscale aspecten

In navolging van het advies van de Raad van State wordt de deelnemersvrijstelling ook van toepassing op voordelen uit winstbewijzen in een vereniging of stichting MO. Ook is de toelichting aangevuld op het punt van de fiscale behandeling van woningbouwcorporaties en stadsherstellichamen.

#### 8. Gedragscodes

*In artikel 307j wordt voorgesteld dat bij algemene maatregel van bestuur een gedragscode kan worden aangewezen, onder aanwijzing van de categorieën maatschappelijke ondernemingen waarop de gedragscode is gericht. Deze aanwijzing impliceert dat de desbetreffende gedragscode voor alle maatschappelijke ondernemingen geldt waarop de gedragscode is gericht. De regering gaat er blijkens de toelichting<sup>2</sup> van uit dat de verschillende codes die voor de sectoren waarop het wetsvoorstel ziet reeds bestaan in beginsel recht doen aan de in de desbetreffende sector gewenste structuren. Het wetsvoorstel wil de ontwikkeling van «het in die codes tot uitdrukking komende besef bij maatschappelijke ondernemingen van hun bijzondere positie en verantwoordelijkheid jegens de samenleving» ondersteunen door de codes een plaats in het systeem te geven. De regering benadrukt de flexibiliteit die gedragscodes bieden.*

<sup>1</sup> Kamerstukken I 2007/08, 31 205 en 31 206, nr. I.

<sup>2</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 2.



*De voorgestelde bevoegdheid tot aanwijzing van gedragscodes staat naar het oordeel van de Raad los van de regeling van de privaatrechtelijke structuur van een maatschappelijke onderneming. Weliswaar kan het gewenst zijn om door een aanwijzing alle instellingen uit een bepaalde sector te verplichten de gedragscode te volgen, maar een dergelijke aanwijzingsbevoegdheid vormt geen wezenlijk element van de inrichting van een maatschappelijke onderneming. Voorts geldt volgens artikel 307j de aanwijzing alleen voor alle VSMO's van een bepaalde categorie en niet voor alle instellingen van die categorie. De Raad adviseert de aanwijzingsbevoegdheid per sector in de desbetreffende wetgeving op te nemen, zoals ook het geval is in de wetsvoorstellen die betrekking hebben op de invoering van governance in het onderwijs. Op deze wijze wordt de verantwoordelijkheid voor een aanwijzing daar gelegd waar zij thuis hoort en waar het beste kan worden beoordeeld of voor alle tot die categorie behorende instellingen tot aanwijzing kan of moet worden overgegaan.*

#### 8. Gedragscodes

De bevoegdheid tot aanwijzing van gedragscodes staat in tegenstelling tot het oordeel van de Raad van State niet los van de regeling van de privaatrechtelijke structuur van een vereniging of stichting MO. De code wordt in die structuur geïncorporeerd en vormt zo juist een wezenlijk element binnen de modaliteit. Dat is in het privaatrecht niet ongebruikelijk, zoals ook blijkt uit de in artikel 2:391 lid 5 BW en de bijbehorende algemene maatregel van bestuur geregelde Code Tabaksblat (nu Code Frijs). Dat de code van artikel 307j enkel ziet op de vereniging of stichting MO en niet geldt voor alle instellingen in die categorie is inherent aan het feit dat titel 6a van boek 2 BW enkel over vereniging of stichting MO gaat en uit dien hoofde niets wil en kan bepalen over instellingen die geen vereniging of stichting MO zijn.

De Raad van State adviseert de aanwijzingsbevoegdheid per sector in de desbetreffende wetgeving op te nemen, zodat de verantwoordelijkheid wordt gelegd waar zij thuis hoort. De gedragscode wordt ingevolge artikel 307j aangewezen door «Onze Minister wie het aangaat». Dat betekent dat de minister van VROM desgewenst een of meer codes aanwijst die op de woningbouwcorporaties betrekking hebben, dat de minister van VWS hetzelfde doet voor de codes voor de zorginstellingen en de minister van OCW idem voor het onderwijs. Voor andere sectoren zal ad hoc bezien moeten worden of er sectorwetgeving is of dat er een minister is die verantwoordelijk is voor het werkterrein van de desbetreffende instelling of organisatie. Het wetsvoorstel geeft een bijzondere plaats aan door de minister aangewezen codes en daarom ligt het voor de hand dat in dit wetsvoorstel wordt aangeven hoe die codes worden aangewezen. En de verantwoordelijkheid daarvoor ligt overeenkomstig de wens van de Raad bij de desbetreffende minister.

#### 9. Overige opmerkingen

##### a. Artikel 1, onderdeel B, artikel 18

1. *Aan artikel 2:18 BW wordt een nieuw vijfde lid toegevoegd. Het voorgestelde nieuwe lid 5 bepaalt dat voor de omzetting van een VSMO in een onderlinge waarborgmaatschappij, nv of bv, of omgekeerd, een rechterlijke machtiging vereist is. Volgens de toelichting bij artikel 305 is artikel 2:18 lid 4 BW, dat bepaalt dat voor de omzetting van een rechtspersoon van of in een stichting een rechterlijke machtiging nodig is, niet van toepassing verklaard om de overgang van een gewone stichting in een VSMO zo eenvoudig mogelijk te laten verlopen. De MO-modaliteit van de stichting ligt zo dicht tegen de stichting aan dat een rechterlijke machtiging niet nodig is. Dit betekent ook dat een VSMO zonder rechterlijke machtiging in een gewone stichting of vereniging kan worden omgezet. In dat geval gaan de waarborgen die de VSMO beoogt te bieden, zoals een verplichte raad van toezicht en een verplichte belanghebbendenvertegenwoordiging, verloren. De Raad adviseert voor deze gevallen te bepalen dat een rechterlijke machtiging vereist is.*
2. *Het huidige artikel 2:18 lid 6 BW bepaalt, samengevat, dat na omzetting van een stichting uit de statuten moet blijken dat het vermogen dat zij bij de omzetting heeft en de vruchten daarvan slechts met toestemming van de rechter anders mogen worden besteed dan voor de omzetting was voorgeschreven. Artikel 1, onderdeel B, onder 2 breidt deze regel uit tot de VSMO. Volgens de toelichting bij artikel 305 dreigen de middelen die door*

*of vanwege de overheid zijn verkregen, los te raken van het algemeen belang dat ermee werd gediend. Verwezen wordt naar artikel 307I lid 1. Omdat het de bedoeling is dat vermogen dat direct of indirect van overheidswege is verkregen met het oog op het maatschappelijk belang dat wordt gediend slechts aan dat belang ten goede komt, ziet de Raad niet in dat bij omzetting met rechterlijke machtiging dat «beklemde» vermogen wel aan andere belangen ten goede kan komen. De Raad adviseert te bepalen dat dergelijk vermogen bij omzetting terugvloeit naar de overheid.*

*b. Artikel I, onderdeel H, artikel 307*

*Het voorgestelde artikel 307 regelt de statutenwijziging van de VSMO. In het voorgestelde artikel 307 lid 7 wordt daarom bepaald dat artikel 43 leden 2 tot en met 6 niet van toepassing zijn. Artikel 43 lid 5 bepaalt dat een wijziging van de statuten van een vereniging niet in werking treedt dan nadat hiervan een notariële akte is opgemaakt. In artikel 307 lid 5 is bepaald dat een statutenwijziging op straffe van nietigheid bij notariële akte tot stand komt. Deze bepaling heeft dezelfde strekking als het geciteerde artikel 43 lid 5, maar wijkt daarvan af zonder dat duidelijk wordt waarom. De Raad adviseert bepalingen met dezelfde strekking gelijk te doen luiden, tenzij alsnog een goede reden wordt gegeven waarom ten behoeve van de VSMO de bedoelde regel anders dient te luiden.*

*c. Artikel I, onderdeel H, artikelen 307a lid 2 en 307c lid 5*

*Het voorgestelde artikel 307a lid 2 regelt de benoeming van het bestuur, die geschiedt aan de hand van een profielschets. De benoeming van leden van de raad van toezicht geschiedt met inachtneming van een profielschets die de omvang en samenstelling van de raad van toezicht betreft (artikel 307c lid 5). De noodzaak om voor de benoeming van bestuurders en van de raad van toezicht een profielschets te eisen wordt niet toegelicht. Voorts kunnen statuten eisen stellen aan de benoembaarheid van het bestuur en de raad van toezicht. De verhouding tussen de wettelijke eis van een profielschets en de statutaire benoembaarheidseisen is niet geregeld. De Raad adviseert de noodzaak van een profielschets voor bestuurders en voor de raad van toezicht dragend te motiveren en de verhouding tussen statutaire regelingen en de inhoud van de profielschets nader te bepalen.*

*d. Artikel I, onderdeel H, artikelen 307a lid 3 en 307c lid 5*

*De statuten kunnen aan de belanghebbendenvertegenwoordiging het recht toekennen een bindende voordracht te doen voor een of meer bestuursleden, mits minder dan de helft van het volledige aantal bestuursleden (artikel 307a lid 3). Voorts kunnen de statuten bepalen dat de vergadering van winstbewijshouders en de belanghebbendenvertegenwoordiging het recht hebben een bindende voordracht te doen voor één of meer commissarissen, mits deze tezamen niet de meerderheid van de raad van toezicht uitmaken (artikel 307c lid 5). Niet geregeld is wat er moet gebeuren als weliswaar ten tijde van de benoeming op bindende voordracht van de belanghebbendenvertegenwoordiging of vergadering van winstbewijshouders de bestuurder(s) onderscheidenlijk commissaris(sen) tezamen niet de meerderheid vormen in het bestuur of de raad van toezicht, maar dit door de ontstentenis of het wegvallen van een of meer bestuurders of commissarissen in een meerderheid verkeert. De Raad adviseert in een regeling te voorzien.*

*e. Artikel I, onderdeel H, artikel 307c*

*Artikel 307c geeft regels over de benoeming en de samenstelling van de raad van toezicht, die bestaat uit ten minste drie commissarissen. De Raad merkt het volgende op.*

- 1. Onduidelijk is wie de commissarissen bij oprichting van de VSMO benoemt. De Raad adviseert in een regeling te voorzien.*
- 2. Volgens lid 5 worden (opvolgende) commissarissen benoemd door de raad van toezicht. De VSMO wijkt in dit opzicht af van het normaaltype van de vereniging, waar de bevoegdheid tot benoeming, schorsing en ontslag van commissarissen geschiedt door de algemene vergadering; statutair kan van deze regel in beperkte mate worden afgeweken (artikel 2:37 BW). De Raad adviseert deze wijziging van de bevoegdheid van de algemene vergadering met betrekking tot de benoeming van commissarissen nader te motiveren.*

3. Volgens lid 3 is de raad van toezicht zodanig samengesteld «dat de commissarissen ten opzichte van elkaar, het bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren. Een commissaris heeft geen persoonlijk belang in de vereniging of stichting of de door haar in stand gehouden onderneming». Indien bedoeld is te bepalen dat een commissaris zijn taak onafhankelijk uitoefent, dient daarmee naar het oordeel van de Raad te worden volstaan. Indien dat niet het geval is dan adviseert de Raad toe te lichten wat het betekent dat een lid van de raad van toezicht geen persoonlijk belang heeft bij de onderneming. Het zal niet de bedoeling zijn dat een lid van de raad van toezicht van een ziekenhuis niet in dat ziekenhuis mag worden opgenomen, omdat hij dan een persoonlijk belang krijgt bij de onderneming of dat een lid van de raad van toezicht zijn kind niet op die school mag plaatsen vanwege het persoonlijke belang dat ontstaat bij deze maatschappelijke onderneming.
4. Een raad van commissarissen bestaat uit commissarissen. Een raad van toezicht heeft leden. De Raad adviseert om de term commissaris niet te gebruiken ter aanduiding van een lid van de raad van toezicht.

*f. Artikel I, onderdeel H, artikel 307e*

*Volgens de laatste volzin van artikel 307e richten de commissarissen zich bij de vervulling van hun taak naar het belang van de vereniging of stichting en de door haar in stand gehouden onderneming, naar het te behartigen maatschappelijke belang en «naar het belang van de betrokken belanghebbenden». Volgens de toelichting hebben de belanghebbenden weliswaar hun eigen orgaan binnen de rechtspersoon, maar is het de taak van het toezichthoudende orgaan om alle betrokken belangen tegen elkaar af te wegen. De Raad merkt op dat deze bepaling een onderscheid maakt tussen het maatschappelijke belang en het belang van de betrokken belanghebbenden. Dit kan de indruk wekken dat het maatschappelijk belang en het belang van de betrokken belanghebbenden uiteenlopen. Dat zal niet de bedoeling zijn. De Raad adviseert de woorden «en naar het belang van de betrokken belanghebbenden» te schrappen.*

*g. Artikel I, onderdeel H, artikel 307n lid 6*

*Het voorgestelde zesde lid van artikel 307n bepaalt onder andere dat de vrijstellingen van jaarrekeningverplichtingen voor kleine ondernemingen niet gelden voor kleine VSMO's. Toegelicht wordt dat de beknopte informatie die kleine ondernemingen mogen publiceren, onvoldoende wordt geacht voor de kleine VSMO. De Raad acht dit geen overtuigende motivering om op grond daarvan dat wat een kleine onderneming (tot 50 werknemers) wordt toegestaan, niet aan de kleine VSMO toe te staan. De Raad adviseert de uitzondering overtuigend te motiveren.*

*h. Artikel I, onderdeel R en S, artikelen 344 en 346*

*Het enquêterecht is van oudsher bedoeld om een tegenwicht te bieden tegen de vrijheid van ondernemen. In het bijzonder is hierin een waarborg te vinden om de ondernemer te dwingen «voldoende verantwoordelijkheidsgevoel te betrachten tegenover degenen die hun arbeidskracht of vermogen voor het productieproces van de onderneming beschikbaar stellen». In het voorstel wordt artikel 344 BW zodanig aangevuld dat het recht van enquête van toepassing zal zijn op de VSMO. Door wijziging van artikel 346 worden de belanghebbendenvertegenwoordiging, de algemene vergadering van winstbewijshouders en de minister die het aangaat bevoegd tot het uitlokken van een enquête. De Raad merkt het volgende op.*

*1. De bepalingen van het recht van enquête zijn van toepassing op de stichting of de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid die een onderneming in stand houdt waarin in de regel ten minste 50 personen werkzaam zijn (artikel 344 juncto artikel 2 van de Wet op de ondernemingsraden). De Raad ziet niet in waarom niet ook voor de VSMO deze ondergrens is gesteld. Bij verenigingen ligt het enquêterecht in handen van de leden van de rechtspersoon «ten getale van ten minste een tiende gedeelte van het ledental», of bij in de onderneming werkzame vakbonden. Bij stichtingen zijn er, behalve de hiervoor genoemde vakbonden, geen leden of eigenaren die een beroep kunnen doen op de enquêteprocedure, maar kunnen de statuten wel in toekenning van het recht van enquête voorzien. De Raad adviseert toe te lichten waarom, vooruitlopend*

*op het kabinetstandpunt over de evaluatie van het enquêterecht en het advies van de SER over de toegang tot het enquêterecht voor de ondernemingsraad in zijn advies «Evenwichtig ondernemingsbestuur» met betrekking tot de VSMO in een ruimere toepassing is voorzien van het enquêterecht dan bij «gewone» verenigingen en stichtingen.<sup>1</sup>*

*2. Voorts wordt het recht van enquête toegekend aan de minister die het aangaat.*

*Het is de Raad niet duidelijk waarom naast de belanghebbendenvertegenwoordiging ook aan een betrokken minister deze bevoegdheid dient toe te komen. Dit wordt niet toegelicht. De Raad adviseert deze bevoegdheid te schrappen.*

## 9. Overige opmerkingen

### a. Artikel I, onderdeel B, artikel 18

Bij omzetting van een vereniging of stichting MO in een gewone vereniging of stichting is een rechterlijke machtiging niet nodig. De rechterlijke machtiging is bedoeld om belangen te beschermen die bij omzetting in gevaar zouden kunnen komen. Bij omzetting in een gewone vereniging of stichting kan het vermogen niet in particuliere handen komen. Voor de bevoegdheden van toezichthouders en belangenvertegenwoordigers geldt, dat de besluitvorming in de vereniging of stichting MO over bijvoorbeeld wijziging van de statuten reeds met waarborgen is omkleed. De raad van toezicht moet deze goedkeuren. In de memorie van toelichting zal dit duidelijker toegelicht worden. Het advies van de Raad van State om bij omzetting van een vereniging of stichting MO te bepalen dat vermogen dat direct of indirect van overheidswege is verkregen, moet terugvloeien naar de overheid, in plaats van te verwijzen naar toepassing van het huidige artikel 18 lid 6 – het vermogen bij omzetting en de vruchten daarvan mogen slechts met toestemming van de rechter anders worden besteed dan voor de omzetting was voorgeschreven – wordt niet gevolgd. Dit zou omzetting feitelijk onmogelijk maken, omdat het ertoe kan leiden dat een vereniging of stichting MO, bijvoorbeeld een zorginstelling, die een vereniging of stichting MO was en om welke reden dan ook een stichting wil worden, alle of bijna alle gelden die ze vóór de omzetting bezat, aan de overheid moet terugstorten. Dat dient geen enkel doel en betekent het einde van de zorginstelling. Bij omzetting wijzigt de rechtspersoonlijkheid, maar de onderneming blijft voortbestaan. Het aanwezige doelvermogen, ook indien dat direct of indirect van overheidswege is verkregen, blijft dus aangewend voor hetzelfde doel. Een zorginstelling die een vereniging of stichting MO was en zich omzet in een stichting, blijft een zorginstelling en winstuitkering door de stichting is niet (meer) mogelijk, zodat het vermogen dat als vereniging of stichting MO vergaard is, op die wijze niet kan weglekken.

Ook de rechterlijke toestemming garandeert dat het vermogen van de vereniging of stichting MO beschermd blijft. Een terugstortverplichting zoals de Raad van State voorstelt, is wel denkbaar in geval van het (gedeeltelijk) staken van de onderneming of indien de wetgever in bijzondere wetgeving dit nader heeft bepaald. Dat ligt eerder voor de hand dan een bepaling in het BW, omdat in dat geval de sectorspecifieke wetgeving in een dergelijke toegespitste bepaling kan voorzien in de verstrekking van of het toezicht op c.q. verantwoording over de verstrekte financiële middelen.

### b. Artikel I, onderdeel H, artikel 307

In overeenstemming met het advies van de Raad van State, is de tekst en toelichting artikel 307 herzien. Een statutenwijziging zonder dat daarvan notariële akte wordt opgemaakt, leidt bij stichtingen tot nietigheid, bij de vereniging treedt de wijziging niet in werking dan nadat notariële akte is opgemaakt. De bedoeling van artikel 307 lid 4 is nietigheid te verbinden aan het ontbreken van een notariële akte. Dit is in de toelichting verduidelijkt.

### c. Artikel I, onderdeel H, artikelen 307a lid 2 en 307c lid 5

Overeenkomstig het advies van de Raad van State is in de memorie van toelichting toegelicht wat de noodzaak is van de profielschets voor bestuurders en commissarissen. Met deze eis wordt aangesloten bij de gedragscodes die op dit punt de figuur van coöptatie doorbreken en zo werving en selectie aan de hand van toetsbare criteria en selectie op grond van competentie en deskundigheid mogelijk maken.

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2008/09 29 752, nr.8; zie ook de brief van de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 4 december 2008, kamerstukken 2008/09 30 599, nr. 2, waarin om die reden nog geen standpunt wordt bepaald over de mogelijkheid van een enquêterecht voor de deelnemersraad in de BVE-sector.

Daarnaast adviseert de Raad toe te lichten hoe de verhouding is tussen de wettelijke eis van een profielschets voor bestuurders en commissarissen en de statutaire benoembaarheidseisen. Wat dit laatste betreft zal de Raad doelen op de mogelijkheid dat de statuten bepalen dat de belanghebbendenvertegenwoordiging een bindende voordracht doet voor een of meer bestuursleden en commissarissen en dat de algemene vergadering van winstbewijshouders datzelfde doet voor een of meer commissarissen. Dit ziet dus uitsluitend op het proces van de benoemingsprocedures. De profielschets daarentegen is bedoeld om meer inhoudelijke eisen te stellen aan bestuurders en commissarissen, zoals ten aanzien van hun kwaliteiten, opleiding, deskundigheid en ervaring. In de memorie van toelichting is dit verduidelijkt.

d. Artikel I, onderdeel H, artikelen 307a lid 3 en 307c lid 5

De door de Raad van State geschetste situatie, waarin door ontstentenis of het wegvallen van een of meer bestuurders of commissarissen de door de belanghebbendenvertegenwoordiging of winstbewijshouders voorgedragen bestuurders of commissarissen feitelijk de meerderheid van hun orgaan uitmaken, hetgeen de artikelen 307a lid 3 en 307c lid 5 beogen te voorkomen, zou opgevangen moeten worden door de in artikel 307a lid 5 gegeven regeling voor ontstentenis en belet. In de opmerking van de Raad is aanleiding gezien een soortgelijke regeling op te nemen in artikel 307d voor commissarissen. Wanneer zich in een zeldzaam geval de situatie voordoet dat de door de winstbewijshouders of belanghebbendenvertegenwoordiging voorgedragen commissarissen in feite de helft of wellicht zelfs de meerderheid kunnen uitmaken op te vangen, kan dit in de praktijk afdoende opgevangen worden door besluitvorming te temporiseren totdat de verhoudingen weer op orde zijn. Het is niet noodzakelijk hiervoor in de wet een regeling te treffen.

e. Artikel I, onderdeel H, artikel 307c

1. In navolging van het advies van de Raad van State is aan artikel 307c een regeling toegevoegd voor de benoeming van commissarissen bij oprichting van de vereniging of stichting MO. Daarbij is ook rekening gehouden met de commissarissen waarvoor winstbewijshouders en belanghebbenden een bindende voordracht kunnen doen.
2. Overeenkomstig het advies van de Raad van State is in de memorie van toelichting de bevoegdheid tot benoeming van commissarissen in een vereniging MO nader gemotiveerd. Deze benoeming vindt plaats overeenkomstig de wijze waarop dit bij de stichting MO plaatsvindt en niet volgens de regels van de vereniging door de algemene vergadering. Die benoemt immers al de bestuursleden en in het belang van de onafhankelijkheid van de commissarissen wordt van het algemene verenigingsrecht afgeweken.
3. Met het persoonlijk belang is niet de gewone afnemersrelatie – patiënt, ouder van een schoolgaand kind e.d. – bedoeld.
4. Het gebruik van de termen commissarissen en raad van toezicht sluit aan bij de praktijk zoals algemeen gebruikelijk is in de drie grote sectoren. Met name de raad van toezicht is daar ingeburgerd. Noch uit taalkundig, noch uit vennootschapsrechtelijk oogpunt bestaat er bezwaar tegen het gebruik van het woord commissaris als lid van een raad van toezicht.

f. Artikel I, onderdeel H, artikel 307e

Bij een vereniging of stichting MO kunnen verschillende belanghebbenden betrokken zijn die gezamenlijk het maatschappelijk belang vormen, maar die ieder een eigen deelbelang hebben in dat maatschappelijk belang. Het belang van ouders bij goed beroepsonderwijs voor hun kinderen kan voor een deel een ander belang zijn dan dat van bedrijven uit de omgeving van de school die stagiaires opnemen, maar beide maken onderdeel uit van het maatschappelijk belang. De raad van toezicht moet al die deelbelangen plus het overkoepelende maatschappelijk belang en de behartiging van de statutaire doelstelling in ogenschouw houden. De memorie van toelichting is op dit punt aangevuld.

g. Artikel I, onderdeel H, artikel 307n lid 6

In overeenstemming met het advies van de Raad van State wordt de toelichting aangevuld teneinde uitgebreider te motiveren waarom verenigingen of stichtingen MO niet kunnen profiteren van de vrijstellingen die kleine en middelgrote ondernemingen hebben ten aanzien van het opstellen, laten controleren en publiceren van de jaarrekening. Het uitsluiten van verenigingen

of stichtingen MO van deze vrijstellingen volgt uit hun bijzondere positie in de maatschappij, het belang dat zij vertegenwoordigen en de publieke middelen die zij ter beschikking hebben gekregen. Bovendien is het voor veel verenigingen of stichtingen MO lastig te bepalen welke omzet-bedragen gepaste grensbedragen tussen klein, middelgroot en groot moeten vormen in overeenstemming met de artikelen 2:396 en 397 BW (winst is in ieder geval doorgaans geen relevant criterium), laat staan een omzet te bepalen die voor alle mogelijke soorten verenigingen of stichtingen MO kan gelden.

h. Artikel I, onderdeel R en S, artikelen 344 en 346

1. In het kader van de voorbereiding van het wetsvoorstel is de vraag of het enquêterecht pas kan worden toegekend bij verenigingen of stichtingen MO van een bepaalde omvang, reeds in de beschouwing betrokken. De algemene beleidslijn is dat het enquêterecht aan belanghebbenden kan worden toebedeeld als dit gezien de aard van de rechtspersoon noodzakelijk is. Doorgaans vloeit die noodzaak voort uit de omvang van de rechtspersoon. Er is bij het onderhavige wetsvoorstel welbewust gekozen voor een ruimere toepassing dan gebruikelijk bij stichtingen en verenigingen gezien de belangrijke plaats die het enquêterecht inneemt binnen de structuur van de vereniging of stichting MO. De nadere standpuntbepaling over de toekomst van het enquêterecht doet hieraan geen afbreuk. In de memorie van toelichting zal dit punt overeenkomstig het advies van de Raad van State nader worden toegelicht.

2. Het toekennen van het enquêterecht aan de betrokken minister hangt samen met het scheppen van ruimte voor het schrappen van toezichtsbepalingen in de sectorwetgeving. Door de minister de bevoegdheid te geven een enquêteverzoek in te dienen, heeft hij een maatregel in handen waarmee hij binnen het privaatrechtelijke stelsel van de vereniging of stichting MO kan optreden in die gevallen waarin alle andere organen en betrokkenen hun verantwoordelijkheid niet nemen, terwijl de ernst van de situatie in de individuele vereniging of stichting MO ingrijpen noodzakelijke maakt in het algemeen belang. In de memorie van toelichting is hierop nader ingegaan.

*10. Voor redactionele opmerkingen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.*

*De Raad van State heeft bezwaar tegen de inhoud van het voorstel van wet en geeft U in overweging dit niet aldus te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.*

*De Vice-President van de Raad van State,  
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De minister van Justitie,  
E. M. H. Hirsch Ballin

**Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende no.W03.08.0553/II met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.**

- In artikel I, onderdeel B, onder 2 «in lid 6» vervangen door: In lid 7 (nieuw).
- In artikel I, onderdelen D en G in lid 1 van artikel 26a onderscheidenlijk artikel 285a telkens «diensten» vervangen door: goederen of diensten. Het is niet uitgesloten dat een maatschappelijke onderneming goederen levert.
- In artikel I, onderdeel H in artikel 307a lid 2 «aan de hand van» vervangen door: met inachtneming van; voorts «algemene vergadering» vervangen door: algemene ledenvergadering; in lid 3 «mits minder dan de helft van het volledige aantal bestuursleden» vervangen door: mits deze leden tezamen niet de meerderheid van het bestuur uitmaken.
- In artikel I, onderdeel H in artikel 307b lid 1 «of de algemene vergadering van» vervangen door: en de algemene vergadering van.
- In artikel I, onderdeel H in artikel 307d, lid 1 «een desbetreffend» laten vervallen; in lid 2 «als bedoeld in lid 1» vervangen door: tot ontslag.
- In artikel I, onderdeel H in artikel 307k lid 5 verduidelijken waarop «deze» in «deze winstbewijzen» terugslaat.
- In artikel I, onderdeel H in artikel 307k lid 6 voorafgaande aan «vergadering» telkens toevoegen: algemene, aangezien overal elders in de voorgestelde bepalingen wordt gesproken van «algemene vergadering van winstbewijshouders».
- In artikel I, onderdeel H in artikel 307l lid 1 «aan» vervangen door: door; «dient» vervangen door: dienen.
- In artikel I, onderdeel H in artikel 307n lid 4 «ter inzage gelegd» vervangen door: ter inzage zijn gelegd; «of eerder zodra» vervangen door: of zoveel eerder als.
- In artikel I, onderdeel S in artikel 346, onderdeel b «de vergadering» vervangen door: de algemene vergadering.
- In de toelichting bij artikel 307g «vrijgevestigde professionals», vervangen door: toegelaten beroepsbeoefenaars.

## **Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende no. W03.08.0553/II**

*Overzicht van geldende bepalingen over intern toezicht en belanghebbendenvertegenwoordiging in de sectoren woningbouw, zorg en onderwijs*

### *Woningbouw*

Als instelling worden toegelaten een vereniging of stichting (artikel 4 BBSH). De statuten moeten voorzien in de instelling van orgaan waaraan het toezicht op het bestuur is opgedragen (artikel 7 BBSH). De instelling stelt een jaarverslag en jaarrekening op, conform het BW (artikel 26 BBSH) en wijst een accountant aan als bedoeld in artikel 2:393 BW (artikel 27 BBSH). Er is geen wettelijke plicht tot het instellen van een belanghebbendenvertegenwoordiging. Wel kunnen huurders en in het belang van die huurders werkzame organisaties ten minste twee leden bindend voordragen voor het bestuur en de raad van toezicht (artikel 7, eerste lid, BBSH). Huurdersorganisaties en bewonerscommissies als bedoeld in artikel 1 van de wet op het overleg huurders verhuurder worden geïnformeerd over meerjarenplannen, en zij mogen daarover ook overleg voeren of advies geven (artikel 17 BBSH). Werknemers, leden, of, indien de statuten daarin voorzien, anderen, hebben het recht van een enquête (artikelen 2:346 en 2:347 BW).

Vrijwel alle woningbouwcorporaties zijn aangesloten bij Aedes, en dientengevolge gebonden aan de Aedes-code. Deze code bepaalt onder meer dat een bestuurder voor vier jaar wordt benoemd door de raad van toezicht (II.2.1), dat de raad van toezicht zodanig is samengesteld dat de leden ten opzichte van elkaar, het bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren (III.2), ook de leden die op voordracht zijn benoemd (III.3), geeft regels over de zittingstermijn van de leden (III.3.5) en verplicht de raad tot het opstellen van zijn eigen profielschets (III.3.1). De raad van toezicht houdt toezicht op het bestuur en op de algemene gang van zaken en staat het bestuur met raad terzijde (III.1.6). Daarnaast is de raad belast met de goedkeuring van doelstellingen, strategie, financiering van beleid, governancestructuur, jaarverslag, jaarrekening en begroting, alsmede een aantal majeure besluiten (aangaan samenwerking, statutenwijziging, ontbinding, faillissement en surceance, wijziging arbeidsomstandigheden, ontslag aanmerkelijk aantal werknemers) (II.1.2–3). De Aedes-code hanteert als regel dat iedere woningcorporatie, op voorstel van het bestuur, na goedkeuring raad van toezicht, zelf de belanghebbenden aanduidt die zij bij haar beleidsvorming wil betrekken en vrij is in de vorm waarop dat gebeurt (V.1). Belanghebbenden worden in de gelegenheid gesteld ten minste een maal per jaar advies uit te brengen over de jaarrekening, het jaarverslag, de strategie en het beleid (V.2). Van specifieke goedkeuringsbevoegdheden of een specifiek enquêterecht is geen sprake.

### *Onderwijs*

**PO/VO:** Voor het voortgezet onderwijs en primair onderwijs is onlangs een wetsvoorstel ingediend waarin de functiescheiding van bestuur en intern toezicht verplicht wordt gesteld voor alle schoolbesturen.<sup>1</sup> De vorm waarin dit gebeurt, is vrij. De benoeming in de functies van het toezicht op het bestuur geschiedt op basis van vooraf openbaar gemaakte profielen. De toezichthouder of het toezichthoudend orgaan is ten minste belast met het goedkeuren van de begroting en het jaarverslag en het strategisch meerjarenplan van de school, het toezien op de naleving door het bestuur van wettelijke verplichtingen, de code voor goed bestuur, en de afwijkingen van die code, het toezien op de financiën, het aanwijzen van een accountant als bedoeld in artikel 2:393 BW die verslag uitbrengt aan de toezichthouder of het toezichthoudend orgaan, en het jaarlijks afleggen van verantwoording. De raad van toezicht is daarnaast belast met het benoemen, schorsen en ontslaan en de vaststelling van de beloning van de leden van het bestuur. In het wetsvoorstel is voorzien in de mogelijkheid dat bij algemene maatregel van bestuur door de minister een sectorcode voor goed bestuur kan worden aangewezen. De **Code goed bestuur primair onderwijs** bepaalt eveneens dat het bestuur ervoor zorg draagt dat er (intern) toezicht plaatsvindt op het bestuurlijk handelen.

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 828, nr. 1.



Daarnaast is het bestuur onder andere verplicht verantwoording af te leggen aan zijn belanghebbenden over zijn functioneren, periodiek vast stellen wie belanghebbenden zijn en contacten en de dialoog tussen alle belanghebbenden te bevorderen.<sup>1</sup> De medezeggenschap van ouders en leerlingen is geregeld in de Wet medezeggenschap op scholen. Op iedere school moet een medezeggenschapsraad zijn ingesteld en in geval een bestuur meer dan één school onder zijn hoede heeft, dient er een gemeenschappelijke medezeggenschapsraad te zijn. De medezeggenschapsraad bestaat voor de helft uit personeel en, afhankelijk van de schoolsoort, voor de andere helft uit ouders en/of leerlingen. De medezeggenschapsraad heeft algemene bevoegdheden (zoals het bespreken van schoolaangelegenheden en het doen van voorstellen daarover aan het bevoegd gezag), taken en informatierechten en tevens een aantal advies- en instemmingsrechten.

**MBO:** De Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB) voorziet niet in de instelling van een raad van toezicht. Elke instelling heeft hetzij een centrale directie, hetzij een college van bestuur (artikel 9.1.4). Bij de Eerste Kamer is een wetsvoorstel aanhangig tot wijziging van de WEB. Daarin zijn bepalingen opgenomen over een branchecode voor goed bestuur, een college van bestuur, een raad van toezicht en een bestuursreglement.<sup>2</sup> De **Governance code BVE** kent wel de figuur van de raad van toezicht. In de code wordt bepaald dat de goedkeuring van de raad in elk geval vereist is ten aanzien van de visie van de instelling, het meerjarenplan, jaarplan, begroting, jaarrekening en jaarverslag, alsmede ten aanzien van besluiten tot statutenwijziging of ontbinding van de rechtspersoon of het aanvragen van faillissement of surseance van betaling, en andere statutair te bepalen besluiten (artikel 2.1, lid 3). Verder stelt de raad van toezicht de omvang van het college van bestuur vast, de rechtspositie en benoemt, ontslaat en schorst hij de leden ervan van (artikel 2.2). Ook benoemt de raad van toezicht de externe accountant (artikel 3.4). De WEB stelt geen eisen met betrekking tot de belanghebbendenvertegenwoordiging. Wel ligt er een wetsvoorstel tot invoering van een deelnemersraad, met als motivering dat de bve-instelling een maatschappelijke onderneming is die met uiteenlopende belanghebbenden te maken heeft.<sup>3</sup> De **Governance code BVE** kent geen verplichte belanghebbendenvertegenwoordiging. De regeling heeft een uitdrukkelijk vormvrij karakter. Er is wel de verplichting om een beleid te hebben voor de dialoog met externe belanghebbenden (artikel 5.1) en om te bepalen waarover en hoe informatie en verantwoording worden gegeven en inbreng bij beleidsontwikkeling wordt georganiseerd.<sup>4</sup> De medezeggenschap wordt geregeld in de wet medezeggenschap onderwijs 1992. Elke school dient een medezeggenschapsraad te hebben, waarin personeel, ouders en leerlingen vertegenwoordigd dienen te zijn. De medezeggenschapsraad heeft een groot aantal bevoegdheden, variërend van algemene tot instemming en advies.

**WO:** Recent zijn voorstellen ingediend om de bestuursstructuur en de medezeggenschap in het hoger en wetenschappelijk onderwijs te wijzigen.<sup>5</sup> Het voorstel introduceert de raad van toezicht als orgaan van de instelling. Het college van bestuur is integraal verantwoordelijk voor bestuur en beheer van de instelling en voor de naleving van alle op de instelling betrekking hebbende wet- en regelgeving én op de omgang met de geldende branchecode. De raad van toezicht ziet toe op de naleving van wettelijke verplichtingen van het bestuur en heeft goedkeuringsrecht met betrekking tot onder andere het bestuurs- en beheersreglement en het instellingsplan. De raad moet verder goedkeuring verlenen aan de begroting, de jaarrekening en jaarverslag. Bij de raad ligt de taak en bevoegdheid om de accountant aan te wijzen en deze accountant rapporteert aan de raad. De leden van het college van bestuur worden door de raad benoemd, geschorst en ontslagen. De raad van toezicht legt over de uitvoering van zijn taken en bevoegdheden verantwoording af in het jaarverslag. De raad is zodanig samengesteld dat deugdelijk en onafhankelijk toezicht mogelijk is; het profiel van de raad en die van de te benoemen leden moeten dat tot uitdrukking brengen. De leden van de raad worden benoemd op basis van vooraf openbaar gemaakte profielen. Bijzondere instellingen hebben keuzevrijheid bij de vormgeving van de scheiding tussen bestuur en toezicht. Instellingen dienen zich in hun jaarstukken te verantwoorden over de naleving van een branchecode volgens het principe pas-toe-of-leg-uit, voor zover die branchecode bij algemene maatregel van

<sup>1</sup> De Code goed bestuur primair onderwijs definieert als belanghebbende: Elk(e) (groep van) individu(en) of organisatie(s) die belang heeft bij de school/scholen omdat het de school/scholen beïnvloedt of erdoor beïnvloed wordt. De lijst met belanghebbenden kan verschillen per school en bevat ten minste: leerlingen en hun ouders, personeel.

<sup>2</sup> Kamerstukken I 2008/09, 30 599.

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2007/08, 31 266.

<sup>4</sup> Het begrip «externe belanghebbenden» wordt hierbij gebruikt om instanties aan te duiden, die binnen de omgeving voor de instelling relevant zijn. De instelling definieert deze zelf.

<sup>5</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 821, nr. 1.

bestuur is aangewezen. De huidige wettelijke bepalingen voor de openbare universiteiten voorzien reeds in een college van bestuur en een door de minister benoemde raad van toezicht (artikel 9.2 e.v. van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW)). De **Code VSNU** kent als standaardbepaling dat de raad van toezicht zodanig is samengesteld dat de leden ten opzichte van elkaar en ten opzichte van het college van bestuur onafhankelijk en kritisch kunnen opereren (artikel 3.2.1.), bepaalt dat de raad van toezicht een profielschets opstelt voor zijn omvang en samenstelling (artikel 3.3.1) en regelt de zittingstermijn (artikel 3.3.4). De WHW kent geen regeling over belanghebbendenvertegenwoordiging. De **Code VSNU** bepaalt in artikel 5.1 dat «het college van bestuur inzicht geeft in de verwezenlijking van de doelstellingen en hierover communiceert met de maatschappij, de overheid en de overige belanghebbenden en rapporteert in het jaarverslag. De medezeggenschapsbepalingen in de WHW zijn verwant aan die van de Wet medezeggenschap onderwijs 1992. Met betrekking tot universiteiten is voorzien in de instelling van een universiteitsraad voor elke universiteit, deels samengesteld uit studenten en personeel. Het bestuur heeft de bevoegdheid om in plaats van de in de wet geregelde medezeggenschap ten behoeve van het personeel de Wet op de ondernemingsraden op de universiteit van toepassing te verklaren; voor studenten moet dan in een aan de WHW gelijkwaardige regeling worden voorzien. Aan elke hogeschool is een medezeggenschapsraad verbonden, samengesteld uit studenten en personeel.

### Zorg

Instellingen die op grond van de Wet toelating zorginstellingen een toelating van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport nodig hebben (opsomming in artikel 1.2 van het Uitvoeringsbesluit WTZi) moeten een toezicht-houdend orgaan hebben (artikel 6.1, eerste lid, van het Uitvoeringsbesluit WTZi). Bij de **Zorgbrede Governancecode**<sup>1</sup> wordt de instelling van een raad van bestuur en een raad van toezicht als uitgangspunt genomen. In de code worden taak en werkwijze van de raad van toezicht in algemene zin aangeduid. De code bevat geen lijst van besluiten waarvoor een goedkeuringsvereiste geldt. De raad van toezicht heeft de volgende taken en bevoegdheden: benoemen/ontslaan externe accountant (1.4 sub 1); jaarlijks verantwoording afleggen (inclusief inzicht in nevenfuncties), 1.3 sub 4; 3.4 sub 1; vaststellen bezoldiging leden bestuur, 2.2 sub 1; verlenen van toestemming voor nevenfuncties van leden bestuur, 2.3 sub 4; jaarlijks FG voeren met leden bestuur, 3.1 sub 3; jaarlijks eigen functioneren evalueren en met bestuur spreken over elkaars functioneren, 3.1 sub 5 en 6; vaststellen bezoldiging leden raad van toezicht, 3.3 sub 1; schorsen/ontslaan van leden raad van toezicht (in de statuten regelen), 3.2 sub 5. In de zorg bestaat geen wettelijke plicht tot het hebben van een belanghebbendenvertegenwoordiging als bedoeld in het wetsvoorstel VSMO. Zorginstellingen moeten wel een *cliëntenraad* hebben (artikel 2 van de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen (Wmcz)). De raad heeft adviesrecht ten aanzien van een groot aantal onderwerpen (artikel 3 Wmcz). De statuten moeten waarborgen dat cliënten invloed kunnen uitoefenen op de samenstelling van het bestuur of de raad van toezicht, minimaal in de vorm van een bindende voordracht van één lid (artikel 7 Wmcz). De Wet op de jeugdzorg bevat ten aanzien van «zorgeenheden» eenzelfde regeling inzake cliëntenraden, hun adviesrecht en hun recht een bindende voordracht te doen voor een lid van bestuur of raad van toezicht (respectievelijk de artikelen 58, 59 en 63). Instellingen met de rechtsvorm vereniging of stichting zijn verplicht statutair het recht van enquête toe te kennen aan de cliëntenvertegenwoordiging (artikel 6.2 van het Uitvoeringsbesluit WTZi). In de **Zorgbrede Governancecode** wordt een belanghebbendenvertegenwoordiging niet verplicht gesteld. De betrokkenheid van belanghebbenden wordt nadrukkelijk vormvrij gehouden. De code bevat wel de verplichting om een beleid te hebben voor de dialoog met belanghebbenden (punt 1.2 sub 1). In de voetnoot bij deze bepaling wordt onderscheid gemaakt tussen externe belanghebbenden (bijvoorbeeld gemeentes, zelfstandige bestuursorganen, Volksgezondheid, Welzijn en Sport, patiënten- of cliëntenvertegenwoordigingen of patiëntenverenigingen, andere zorgorganisaties of zorgaanbieders of zorgverzekeraars) en interne belanghebbenden (cliëntenraad, ouder- of verwantenraad, ondernemingsraad of medische staf). De code bevat inzake belanghebbenden verder de volgende verplichtingen:

<sup>1</sup> In december 2005 ondertekend door: Arcas (brancheorganisatie verpleging, verzorging en zorg thuis), GGZ Nederland, Nederlandse Federatie van Universitair medische centra, NVZ, Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland, Z-org (organisatie van zorgondernemers).

- relevante (dat wil zeggen rechtstreeks geraakte) belanghebbenden hebben het recht geraadpleegd te worden over een aantal onderwerpen (missie, zeggenschap, fusie, opheffing, inkrimping, uitbreiding, kwaliteitsbewaking). 1.2 sub 2. Toelichting: strekking is niet om afbreuk te doen aan wettelijke of contractuele rechten van bepaalde groepen belanghebbenden (ondernemingsraad, cliëntenraad, medische staf).
- recht van enquête voor één of meer in de statuten nader omschreven belanghebbenden. 1.2 sub 3.
- alle belanghebbenden hebben recht op jaarlijkse verantwoording door een openbare publicatie. 1.3 sub 1.