

Rapport van de projectgroep Rechtsvorm maatschappelijke onderneming

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 Inleiding

- 1.1. Inleiding; bruikbare rechtsorde
- 1.2. Vraagstelling; maatschappelijke onderneming als antwoord op maatschappelijke ontwikkelingen
- 1.3. Doelstelling; institutionele maatschappelijke verantwoordelijkheid
- 1.4. Randvoorwaarden en opbouw rapport

Hoofdstuk 2 Ontwikkelingen bij en wensen van de vakdepartementen

- 2.1. Inleiding
- 2.2. Onderwijs
- 2.3. Zorg
- 2.4. Wonen

Hoofdstuk 3 Aspecten van de vormgeving van de maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk

- 3.1. Inleiding
- 3.2. Omschrijving van de maatschappelijke onderneming
- 3.3. Het vermogen van de maatschappelijke onderneming
- 3.4. Algemene (rechtspersonenrechtelijke) aspecten
- 3.5. Het bestuur en de raad van toezicht
- 3.6. De belanghebbendenvertegenwoordiging
- 3.7. Enquêterecht en geschillenbeslechting
- 3.8. Fiscale aspecten

Hoofdstuk 4 Beleidsvarianten

- 4.1. Inleiding
- 4.2. Eerste mogelijkheid: certificering
- 4.3. Tweede mogelijkheid: een horizontaal beleidskader
- 4.4. Derde mogelijkheid: modaliteit van bestaande rechtsvorm
- 4.5. Vierde mogelijkheid: aparte rechtsvorm
- 4.6. Vijfde mogelijkheid: groeimodel

Hoofdstuk 5 Afweging en voorstel

Bijlagen. Uitgebrachte commentaren

1. HBO-raad
2. NVZ
3. Aedes
4. MOgroep Welzijn en maatschappelijke dienstverlening
5. Commissie vennootschapsrecht

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Inleiding; bruikbare rechtsorde

Het programma "Bruikbare rechtsorde" is gericht op het onderzoeken van de aard en de oorzaken van regelgroei en de ongewenste effecten daarvan, alsmede de aanpak van terreinen waar de regeldichtheid verminderd moet worden. Het kabinet wil de verhouding tussen overheid en samenleving verbeteren door de regeldruk te beperken. Het wil daarbij tot bestendige resultaten komen en de problemen aanpakken door een fundamentele benadering te kiezen. De weg is niet die van beperking van regels zonder meer, maar de meer principiële aanpak, die inhoudt dat de verantwoordelijkheden tussen overheid en burgers anders moeten worden verdeeld. Burgers moeten in de gelegenheid worden gesteld zoveel en zo goed mogelijk zelf hun problemen op te lossen. In het kader van het programma Bruikbare rechtsorde worden daartoe alternatieve wetgevingsconcepten zoals "zorgplichtbepalingen", "erkenning van zelfzorgsystemen" en "verbindend verklaren van overeenkomsten" ontwikkeld. Die wetgevingsconcepten hebben gemeenschappelijk, dat zij verantwoordelijkheden toedelen, maar ruimte laten voor diversiteit in gedrag om die verantwoordelijkheden ook te nemen. Wetgeving is in die benadering dus niet zozeer een instrument voor de overheid om het gedrag van burgers in verregaande mate te sturen, maar biedt veeleer een kader waarbinnen deelnemers aan het rechtsverkeer zelf kunnen regelen wat nodig is of wordt geacht. De alternatieve wetgevingsconcepten dragen daarmee bij aan een voor justitiabelen bruikbare rechtsorde.

In het kader van het programma is een interdepartementale projectgroep ingesteld die onder voorzitterschap van dhr. dr. H.H.F. Wijffels heeft onderzocht of een nieuwe rechtsvorm, een modaliteit van één of meer bestaande rechtsvormen dan wel een keurmerk voor de maatschappelijke onderneming tot aanbeveling strekt, om de instellingen in de semi-publieke sector beter in staat te stellen zoveel en zo goed mogelijk invulling te geven aan hun maatschappelijke verantwoordelijkheid. De projectgroep "Rechtsvorm maatschappelijke onderneming", waarin één of meer vertegenwoordigers van (in alfabetische volgorde) BZK, EZ, Financiën, Justitie (secretariaat), OCW, VROM, V&W en VWS zitting hadden, heeft onderzoek gedaan naar de mogelijkheden van een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk en daaronder een privaatrechtelijke rechtsvorm begrepen die één of meer ondernemingen in stand houdt en die zich blijkens de statuten specifiek en uitsluitend in dienst stelt van de betrokken publieke belangen. Deze maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk onderscheidt 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. Het is aan de politiek te bepalen wat een publiek belang precies is en hoe dat het beste kan worden geborgd. In het onderhavige rapport ligt de nadruk op de mogelijke betekenis van een generieke regeling van de maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk in de sectoren onderwijs, wonen en zorg. De projectgroep heeft de eventuele betekenis van zo'n regeling voor andere sectoren met die keuze evenwel niet op voorhand willen uitsluiten.

1.2. Vraagstelling; maatschappelijke onderneming als antwoord op maatschappelijke ontwikkelingen

Voor het drijven van een maatschappelijke onderneming voldoen de bestaande privaatrechtelijke rechtspersonen niet zonder meer. De naamloze en besloten vennootschappen zijn voor alles dienstbaar aan het belang van de kapitaalverschaffers. De vereniging richt zich op de belangen van de leden. De stichting is op zichzelf gericht; belanghebbenden kunnen alleen invloed uitoefenen als de statuten daarin voorzien, of specifieke wettelijke bepalingen de instelling daartoe verplichten; een verantwoording aan belanghebbenden (waartoe in ieder geval doch niet uitsluitend de afnemers van het dienstenaanbod - patiënten, studenten en woningzoekenden – worden gerekend) is niet structureel verankerd.

Het overgrote deel van de instellingen in de sectoren onderwijs, wonen en zorg, maar ook in andere semi-publieke sectoren, die publieke diensten verlenen, wordt thans in stand gehouden door stichtingen en, in mindere mate, door verenigingen. In de voornoemde sectoren hebben zich de afgelopen jaren vergelijkbare ontwikkelingen voorgedaan. Er is sprake van schaalvergroting, van financiële groei en van hogere eisen aan de kwaliteit van de dienstverlening. Deze ontwikkelingen hebben geleid tot professionalisering van management en bestuur. Van bescheiden vrijwilligersorganisaties zijn de instellingen veranderd in grote ondernemingen, waarin veel geld omgaat en hoge eisen worden gesteld aan de werkprocessen en de organisatie.

Het rechtspersonenrecht heeft geen gelijke tred gehouden met deze ontwikkelingen. De rechtsvormen waarvan deze instellingen zich bedienen zijn vaak nog dezelfde als in de tijd dat het nog om kleine vrijwilligersorganisaties ging. Een overstap naar de wettelijk het verst uitgewerkte structuur van kapitaalvennootschappen (dat geldt in het bijzonder voor de structuurregeling) ligt niet zonder meer voor de hand en wordt door de beleidsmatig eerstverantwoordelijke departementen voor de sectoren onderwijs, wonen en zorg ook niet (zonder meer) wenselijk geacht. Kapitaalvennootschappen zijn – als hiervoor aangegeven – gericht op de belangen van de aandeelhouders en die lopen niet zonder meer gelijk op met de belangen van de afnemers van de aangeboden diensten.

Men blijft dus gebruik maken van stichtingen en in mindere mate verenigingen (soms wordt zulks zelfs met zoveel woorden in de toetredings- en gedragsregels voor bepaalde sectoren dwingend voorgeschreven). Aan een gebrek aan interne controle en horizontale verantwoording wordt een mouw gepast door in sectorspecifieke wet- en regelgeving aan de inrichting van de instellingen op toezicht en verantwoording betrekking hebbende procedurele of zelfs materieel-inhoudelijke eisen te stellen. Vanwege de betrokken publieke belangen was tot voor kort bovendien ook een belangrijke rol weggelegd voor externe controle van overheidswege. De dienstverlening in de sectoren onderwijs, zorg en wonen is echter in de loop der jaren sterk verstatelijkt. Dit heeft desalniettemin bij gebrek aan een eenvormige wettelijke structuur voor de instellingen in de semi-publieke sectoren geleid tot een grote diversiteit aan verschijningsvormen. Door de uiteenlopende invulling van de vrijheid om rechtspersonen nader vorm te geven, missen zij herkenbaarheid als maatschappelijke onderneming terwijl daaraan in het economisch en rechtsverkeer bij zowel de dienstverleners als de afnemers van die diensten wel behoefte bestaat.

De eerder geschetste ontwikkeling naar professionalisering van de instellingen heeft ook geleid tot het ter discussie stellen van de verhouding tussen overheid en dienstverleners. De gewenste professionaliteit komt beter tot zijn recht als de instellingen meer op eigen benen kunnen staan en zelf kunnen bepalen hoe zij inspelen op de behoeften van de afnemers van de aangeboden diensten en die van andere belanghebbenden. Het ingrijpen door de overheid is vanwege de betrokken

publieke belangen weliswaar gerechtvaardigd, maar kent als de spreekwoordelijke keerzijde van de medaille ook nog een aantal inmiddels onderkende schaduwzijden. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) heeft in het rapport “Bewijzen van goede dienstverlening” geconstateerd dat de overheid de neiging heeft om te sturen op meetbare prestaties, om af te rekenen op gemiddelde “scores”, om het extern toezicht en de verantwoording te richten op risicobeperking. Dat heeft geleid tot perverse effecten, zoals een bovenmatige aandacht voor beheren en beheersen, voor management boven kwaliteitsverbetering van de aangeboden diensten. Controle is een doel op zich geworden en de kwaliteit van de dienstverlening is daarmee niet gediend. De WRR zoekt de oplossing voor het hiervoor geconstateerde probleem in een herijking van het systeem van checks and balances, in kennisallianties en in het organiseren van actieve en betrokken tegenspelers. Een belangrijke randvoorwaarde daarbij is dat de instellingen die publieke diensten verlenen in het openbaar verantwoording afleggen. Op een gebrekkige taakuitoefening door de dienstverleners zouden onafhankelijke sancties moeten worden gesteld.

De Sociaal Economische Raad (SER) zoekt in het advies “Ondernemerschap voor de publieke zaak” de oplossing voor betere dienstverlening in een versterking van het ondernemerschap. Aan de betrokken instellingen moet ruimte worden geboden om te luisteren en in te spelen op de bij afnemers van de diensten levende wensen. Om echt effectief te kunnen functioneren, is volgens de SER een breed maatschappelijk draagvlak nodig. Het gaat steeds om een bij de gekozen rechtsvorm en bij de aard van het desbetreffende publieke belang passende combinatie van intern toezicht, horizontale verantwoording aan belanghebbenden en verticale controle van overheidswege. Tussen de horizontale verantwoording en de verticale controle bestaat een omgekeerd evenredige verhouding. Naarmate de horizontale verantwoording en de daarmee gepaard gaande maatschappelijke inbedding beter zijn geregeld, kan de verticale controle van overheidswege selectiever en gericht worden ingezet. Dat laat te allen tijde onverlet dat de overheid verantwoordelijk is en blijft voor het naar behoren functioneren van het stelsel van publieke dienstverlening. Die systeemverantwoordelijkheid begint met een heldere omschrijving van de publieke belangen die relevant zijn voor de dienstverlening in sectoren als onderwijs, wonen en zorg en betreft onder meer toetredings- en gedragsregels.

Het kabinet en in het bijzonder de beleidsmatig eerstverantwoordelijk departementen voor de voornoemde sectoren streven er thans in hun governancebeleid, mede naar aanleiding van het rapport van de WRR en het advies van de SER, naar om meer verantwoordelijkheid te leggen bij de instellingen die publieke diensten verlenen.¹ Door het accent op interne controle en horizontale verantwoording aan belanghebbenden te leggen, wordt ruimte voor een terugtrek van de centrale overheid geschapen. De verschuiving van verantwoordelijkheden van de centrale overheid naar de publieke dienstverleners in de sectoren onderwijs, zorg en wonen doet een aantal gemeenschappelijke vragen – zoals: op welke wijze kan c.q. moet aan de vereisten van intern toezicht en horizontale verantwoording invulling worden? – rijzen. De projectgroep heeft onderzocht of een nieuwe rechtsvorm, één of meer modaliteiten van een bestaande rechtsvorm of een keurmerk voor de maatschappelijke onderneming tot aanbeveling strekt. De projectgroep heeft daartoe bevestigend geantwoord en zo ja in hoeverre het mogelijk is op de gemeenschappelijke vragen in één overkoepelende privaatrechtelijke regeling

¹ Kabinetsstandpunt tav rapport WRR en advies SER

antwoorden te formuleren waarmee de eerder geschetste maatschappelijke ontwikkelingen zo goed mogelijk worden ondersteund en ingekaderd.

1.3. Doelstelling; institutionele maatschappelijke verantwoordelijkheid

De hypothese die in dit rapport wordt getoetst is, dat met een generieke regeling van de maatschappelijke onderneming de volgende, goeddeels samenhangende en hieronder nader toe te lichten doelen - (1) meer zelfstandigheid van de instellingen ten opzichte van de overheid, waardoor ruimte voor eigenverantwoordelijkheid van de instellingen ontstaat en de informatieverplichtingen jegens de overheid kunnen worden beperkt, (2) creëren van ruimte voor professionals en ondernemerschap en (3) stevige maatschappelijke inbedding door het afleggen van verantwoording aan belanghebbenden – beter kunnen worden gediend. In op onderwijsinstellingen, woningcorporaties alsmede zorg- en ziekenhuizen betrekking hebbende wet- en regelgeving worden voorschriften gegeven over de juridische vormgeving van de instellingen in het algemeen en het afleggen van verantwoording aan de overheid in het bijzonder. Die regels zouden tot hun essentie kunnen worden teruggebracht, wanneer in een algemene regeling al dan niet in het Burgerlijk Wetboek zou kunnen worden voorzien. Door het interne toezicht en de horizontale verantwoording in die wettelijke regeling behoorlijk te verankeren, wordt een aanzet gegeven om te bezien of de externe controle door de overheid en de daarmee gepaard gaande administratieve lasten verminderd kunnen worden.

Met een terugtred van de overheid zou ruimte kunnen worden gecreëerd voor ondernemerschap. Voor bij woningcorporaties, in het onderwijs en de zorg werkzame professionals ontstaan aldus mogelijkheden om meer variëteit in de aangeboden producten en de geleverde diensten aan te brengen en wellicht zelfs om in maatwerk te voorzien. Professionals zouden een grotere bijdrage aan het publieke belang kunnen leveren dan de overheid middels uitgeschreven voorschriften in wet- en regelgeving.

Door de positie van de belanghebbenden rondom de maatschappelijke onderneming te institutionaliseren zou de maatschappelijke onderneming beter in de samenleving kunnen worden ingebed. De maatschappelijke onderneming zou haar legitimatie mede gaan ontleen aan het veld waarin de onderneming werkzaam is en waaraan verantwoording wordt afgelegd. Er zal sprake zijn van een grotere maatschappelijke legitimatie en verantwoording in aanvulling op en deels in plaats van de mechanismen van de landelijke politieke democratie, waarbij de nadruk toch vooral ligt op verticale controle van overheidswege.

Een nieuwe rechtsvorm, één of meer modaliteiten van een bestaande rechtsvorm of een keurmerk voor de maatschappelijke onderneming zou volgens deze hypothese een alternatief kunnen zijn voor de bestaande en in voorbereiding zijnde publiekrechtelijke (potentieel) uiteenlopende verplichtingen die gelden voor bestaande rechtsvormen in de diverse sectoren (ook al hebben de verplichtingen op een hoog abstractieniveau gemeenschappelijk dat de nadruk thans steeds meer op interne controle en horizontale verantwoording wordt gelegd in plaats van externe controle van overheidswege). Daarmee zou de herkenbaarheid van de desbetreffende instellingen kunnen worden vergroot. Een gemeenschappelijk antwoord op de vragen die thans van sector tot sector moeten worden beantwoord, biedt verder bestendigheid en werpt een dam op tegen wijzigingen die het gevolg zijn van het beleid dat aan de hand van de waan van de dag wordt gemaakt en dat het risico bergt dat per saldo de bewegingsvrijheid van de instellingen alleen maar wordt beperkt.

De discussie over de vorm en inhoud van de maatschappelijke onderneming moet niet worden vermengd met die over de inrichting van onderzochte sectoren. Over een bepaalde, wenselijk geachte inrichting van het bestel of over welke instellingen of welke rechtsvormen in het desbetreffende stelsel worden toegelaten laat de projectgroep zich in dit rapport niet uit. Op deze plaats zij te dien aanzien slechts opgemerkt dat er in hybride sectoren (waarin behalve maatschappelijke ook commerciële ondernemingen actief zijn) voor gewaakt moet worden dat er een level playing field bestaat.

1.4. Randvoorwaarden en opbouw rapport

In dit rapport staan voorstellen die zowel betrekking hebben op de vorm als de inhoud van een eventuele wettelijke regeling van de maatschappelijke onderneming. Het gaat dan om een regeling van een rechtsvorm die in alle sectoren toepasbaar is, zonder daarbij de vraag te beantwoorden of en in hoeverre deze verplichtend zou moeten worden voorgeschreven; dit is de verantwoordelijkheid van de desbetreffende vakdepartementen en de door hen beheerde wetgeving. Daarbij is zoveel mogelijk rekening gehouden met de wensen van de beleidsmatig eerstverantwoordelijke departementen voor de sectoren onderwijs, zorg en wonen ten aanzien van governancemodellen voor “hun” maatschappelijke ondernemingen. Om antwoord te kunnen geven op de vraag of een regeling van de maatschappelijke onderneming gewenst is, wordt bezien of aan de eerder geduide doelstelling ook een bijdrage kan worden geleverd. Als belangrijke randvoorwaarde is gehanteerd dat de betrokken publieke belangen genoegzaam moeten kunnen worden geborgd. Een andere belangrijke randvoorwaarde is dat de voorstellen met het oog op de vigerende (Europese) mededingings- en/of vennootschapsrechtelijke regelgeving geen complicaties mogen oproepen. Om op een zo breed mogelijk draagvlak te kunnen bogen, is het Netwerk Toekomst Maatschappelijk Ondernemen (NTMO) in de gelegenheid gesteld op de ideeën van de projectgroep commentaar te leveren, waarmee bij het opstellen van het definitieve rapport rekening is gehouden. Reacties op de conceptversie van dit rapport zijn gestuurd door Aedes, de vereniging van woningbouwcorporaties, de HBO-raad, de NVZ vereniging van ziekenhuizen en de MOgroep Welzijn&maatschappelijke dienstverlening. Voorts is de Commissie vennootschapsrecht geraadpleegd.

Daarbij is in de eerste plaats beoogd om recht te doen en een oplossing voor problemen te bieden voor de niet op winst gerichte instellingen. Voor zover in bepaalde sectoren op winst gerichte ondernemingen door de desbetreffende vakdepartementen worden toegelaten, lijken de rechtspersonenrechtelijke structuren daarvoor voldoende mogelijkheden te bieden.

Het rapport is als volgt opgebouwd. In hoofdstuk 2 worden de ontwikkelingen bij en wensen van de vakdepartementen in kaart gebracht. De ministeries van OCW, VWS en VROM hebben alle beleidsstukken uitgebracht die de strekking hebben dat scholen, zorginstellingen en woningcorporaties meer autonoom hun werk moeten kunnen doen. Dat doet een aantal gemeenschappelijke vragen rijzen die betrekking hebben op onder meer intern toezicht, horizontale verantwoording aan de belanghebbenden, geschillenbeslechting, en de toepassing van governancecodes.

In hoofdstuk 3 worden aan de hand van de wensen van de vakdepartementen de verschillende ingrediënten geformuleerd voor de vormgeving van de maatschappelijke onderneming. Er wordt niet zozeer ingegaan op de vraag of de maatschappelijke onderneming een nieuwe rechtsvorm moet zijn of dat kan worden volstaan met een modaliteit van één of meer bestaande rechtsvormen dan wel een

keurmerk. Veeleer komt de vraag aan de orde welke inhoudelijke aspecten bij de vormgeving van een maatschappelijke onderneming in ogenschouw zouden moeten worden genomen, waarbij met de bevindingen uit het tweede hoofdstuk rekening wordt gehouden.

In hoofdstuk 4 worden verschillende mogelijke beleidsvarianten weergegeven voor de invoering van een generieke regeling van de maatschappelijke onderneming. Aan de orde komen achtereenvolgens de mogelijkheden van certificering, beleidskader, modaliteit van een bestaande rechtsvorm c.q. bestaande rechtsvormen, aparte rechtsvorm en groeimodel.

In hoofdstuk 5, ten slotte, is worden de verschillende opties afgewogen. Er worden conclusies getrokken en aanbevelingen gedaan.

Hoofdstuk 2 Ontwikkelingen bij en wensen van de vakdepartementen

2.1. Inleiding. Stand van het beleid

De ministeries van OCW, VWS en VROM hebben beleidsstukken uitgebracht die de strekking hebben dat scholen, zorginstellingen en woningcorporaties meer autonoom hun werk moeten kunnen doen. Bij alle komen dezelfde vraagstukken voor. Het gaat om:

- Zo goed mogelijk kunnen beantwoorden aan de behoeften van de samenleving in de desbetreffende sector en de vrijheid om daarbij een eigen benadering te kunnen kiezen
- De versterking van het interne toezicht op het bestuur of de bestuurders. Het model van het verenigings- of stichtingsbestuur met een directeur als eerste werknemer voldoet niet meer aan de eisen die de professionele organisatie stelt. Liever kiest men voor een professionele bestuurder met een raad van toezicht.
- De verhouding tot de belanghebbenden; de vraag welke rechten deze moeten worden gegeven en in hoeverre of op welke wijze aan hen verantwoording moet worden afgelegd.
- Modernisering van het externe toezicht. Beter dan te voldoen aan door de overheid gestelde regels, lijkt te zijn dat de instellingen publiek en algemeen verantwoording afleggen over hun prestaties door middel van benchmarking en visitaties. En welke rol voor de overheid dan is weggelegd in het uitvoeren van het externe toezicht.
- De vraag of en in hoeverre het aantrekken van risicodragend kapitaal en het uitkeren van winsten kunnen bijdragen aan het bevorderen van de door de instellingen behartigde publieke belangen; welke risico's daarbij aanvaardbaar zijn en wat dit betekent voor de verhouding met ondernemingen die zich in dezelfde sector bewegen maar in de eerste plaats op winst gericht zijn.
- De wenselijkheid van een gedragscode voor die handelingen die publieke aandacht trekken, omdat zij voor het maatschappelijke functioneren van de instellingen van bijzondere betekenis zijn, zoals de beloning van bestuurders en toezichthouders.

De ministeries die het aangaat ontwikkelen alle voorstellen op deze terreinen, die via de publiekrechtelijke wetgeving gestalte lijken te krijgen. De gekozen oplossingen betreffen echter vooral de privaatrechtelijke positie van de instellingen en de vragen hebben betrekking op de positie van belanghebbenden rond de instellingen en de instrumenten die zij daarbij kunnen inzetten. Opvallend is bijvoorbeeld de vraag naar de toepassing van het enquêterecht die in deze stukken steeds opduikt.

2.2. Onderwijs, cultuur en wetenschappen

Op grond van de onderwijswetgeving wordt een bijzondere school of instelling in stand gehouden door een rechtspersoon die zich het geven van onderwijs ten doel stelt zonder daarbij het maken van winst te beogen. De Mediawet schrijft voor deelname aan het omroepbestel de verenigingsvorm voor. De cultuursector kent vele door de minister opgerichte stichtingen (voormalige rijksmusea en diverse fondsen).

Er zijn verschillende ontwikkelingen gaande op het terrein van OCW. Zo worden voor alle onderwijssectoren wetten voorbereid op het terrein van de governance. Deze bepalen dat bestuurlijke en toezichthoudende taken binnen de instelling moeten worden gescheiden en dat bij ministeriële regeling

governancecodes kunnen worden benoemd. In bijna alle onderwijssectoren hebben besturenorganisaties al een dergelijke code vastgesteld.

Ook voor de media wordt een nieuwe wet voorbereid (de Mediawet 2007). Op grond daarvan kunnen ook stichtingen toetreden tot het omroepbestel en moeten alle activiteiten dienstbaar zijn aan de publieke taak. De landelijke omroepen vallen sedert 1 januari 2006 onder een door de NOS opgestelde governancecode.

Voor de cultuursector wordt geen wettelijke regeling op het gebied van de governance voorbereid. Wel kent deze sector een soort governancecode (aanbevelingen die de stichting Kunst en zaken in opdracht van het ministerie heeft opgesteld).

Het feit dat de maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk een privaatrechtelijke rechtspersoon is, betekent, dat deze geen betekenis heeft voor openbare scholen die in stand worden gehouden door een publiekrechtelijke rechtspersoon.

Om een rechtsvorm toe te kunnen passen moet dit in de sectorwetgeving worden bepaald. Voor zover in de sectorwetgeving is geregeld dat instellingen gebruik moeten maken van een maatschappelijke onderneming, kunnen onderwerpen die al in het Burgerlijk Wetboek worden geregeld uit de sectorwetten worden geschrapd.

Uitgangspunt moet zijn dat een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming voor het veld (scholen, regionale opleidingscentra, hogescholen, universiteiten, academische ziekenhuizen, musea, omroepverenigingen e.d.) een meerwaarde moet hebben. Daarvoor is het noodzakelijk om te peilen bij de scholen en instellingen of hun besturenorganisaties welke wensen en welke belemmeringen er nu zijn. Een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming wordt bij voorkeur gezien als modaliteit van bestaande rechtsvormen (een instelling zou dan kunnen kiezen voor een maatschappelijke onderneming in stichtings- of verenigingsvorm of in vennootschapsvorm).

Ook de vraag, of in een sector op winst gerichte instellingen worden toegelaten, is een zaak van de sectorwetgeving.

Uitgangspunt is scheiding van bestuur en toezicht. De positie van het bestuurlijk en die van het toezichthoudend orgaan kunnen in het Burgerlijk Wetboek worden geregeld (onafhankelijkheid bestuurders en toezichthouders enz). In principe moet er ruimte zijn bij de vormgeving van het bestuurlijk en toezichthoudend orgaan, zodat kleine scholen ervoor kunnen kiezen om geen afzonderlijke raad van toezicht te hebben. Als de maatschappelijke onderneming in de sectorwetten niet als verplichte rechtsvorm wordt aangewezen, kan een afzonderlijke raad van toezicht wel als vereiste bij die rechtsvorm worden opgenomen. In dat geval zou een kleine school gewoon gebruik kunnen maken van een andere rechtsvorm

De horizontale verantwoording kan voor een gedeelte ook in het BW geregeld worden. Dit zou kunnen door een bepaling dat in de statuten wordt vastgelegd dat afstemming met en verantwoording aan belanghebbenden binnen en buiten de instelling plaatsvindt. In de sectorwetgeving kunnen meer uitgewerkte voorschriften worden opgenomen (bijvoorbeeld de medezeggenschapsregelingen in diverse onderwijswetten). De regeling in het BW voor de horizontale verantwoording mag niet in strijd zijn met de huidige en toekomstige sectorwetgeving en omgekeerd.

Er moet duidelijkheid komen over de mogelijkheden tot inschakeling van de Ondernemingskamer. In het Burgerlijk Wetboek zou bijvoorbeeld kunnen worden bepaald dat in de statuten wordt vastgelegd welke groepen van belanghebbenden

een enquêteverzoek kunnen richten aan de Ondernemingskamer (vgl. art. 346, derde lid, boek 2 BW voor de stichting en vereniging waarvoor een ondernemingsraad moet worden ingesteld).

In het BW kan voorts worden bepaald dat de minister die het aangaat een of meer governancecodes kan benoemen (vgl. art. 7.16 WHOO).

Er is geen 1 op 1 relatie tussen een maatschappelijke onderneming en een instelling. Naast de maatschappelijke onderneming als rechtspersoon dient de mogelijkheid van regelgeving op het niveau van instellingen in stand te blijven. De maatschappelijke onderneming kan één of meerdere instellingen beheren. (vgl. vennootschappen met meerdere ondernemingen in het kader van de WOR).

Voorkomen moet worden dat rechtspersonen die aan de kenmerken van een maatschappelijke onderneming voldoen, alleen na veel administratieve lasten als zodanig te duiden zijn. Bijvoorbeeld door de mogelijkheid van simpele overgangsvoorzieningen. Een vorm van externe validering van de aard van de rechtspersoon is wellicht onvermijdelijk uit een oogpunt van transparantie in het rechtsverkeer. Omdat uit de statuten dient te blijken dat sprake is van een maatschappelijke onderneming, is waarschijnlijk wel in alle gevallen een statutenwijziging nodig.

Er blijft behoefte aan controle door de overheid. Dit kan proportioneel zijn (als het intern toezicht en de horizontale verantwoording bij een instelling goed geregeld zijn, kan de overheid met minder toezicht volstaan).

2.3. Zorg

Voor wat betreft de volksgezondheid zou een generieke regeling van de maatschappelijke onderneming in het Burgerlijk Wetboek, los van de vorm (een nieuwe rechtsvorm of een update van de stichtingsvorm) kunnen betekenen dat de transparantie-eisen Wet toelating zorginstellingen (onafhankelijk toezicht, transparante bestuursstructuur) komen te vervallen. De lijn om het onafhankelijke toezicht en het enquêterecht in het BW vast te leggen, is voor het veld ook zuiverder dan het regelen in de zorgspecifieke wetgeving.

Voor de zorgsector geldt dat de keuze van een rechtsvorm aan de instelling wordt overgelaten. Ook de rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming zou daarom niet in de wet moeten worden voorgeschreven. De Wtzi stelt – in het kader van borging van de publieke belangen – wel voorschriften aan de toelating van zorginstellingen die verzekerde zorg (AWBZ of zorgverzekeringswet) willen leveren. Bijvoorbeeld over de bereikbaarheid van zorg.

De zorgsector heeft zich met een zorgbrede governancecode verdergaande regels opgelegd dan de wetgever stelt (zoals openbare werving van de leden van de raad van toezicht op basis van een deskundigheidsprofiel en maximaal 2 zittingstermijnen voor de leden van de Raad van Toezicht). De naleving van de code, en de handhaving, ligt bij de brancheorganisaties. De zorgsector zet hiervoor de instrumenten van het verbindend lidmaatschap en het Scheidsgerecht in. De verantwoording van de zorgbrede governancecode is vervlecht in het jaarverslag van de zorginstelling. Voor VWS is de zorgbrede governancecode een gespreksonderwerp voor het afstemmen van intern en extern toezicht. Zie de toezichtvisie curatieve zorg 'verdien(d) vertrouwen'. Uitgangspunt is dat als het interne toezicht op orde is, de overheid wat meer op afstand kan blijven.

De positie van de belanghebbenden is één van de onderwerpen die daarbij de aandacht heeft. De lijn die bij de toelating van instellingen wordt gevolg doortrekken, ligt het voor de hand om, conform het WRR-advies bewijzen van goede

dienstverlening, voor te schrijven *dat* bepaalde zaken geregeld moeten worden en niet in de wet vastleggen *hoe* dat precies moet gebeuren. De instellingen zijn daartoe beter in staat dan de overheid. Dan kan ook voor een passende regeling worden gekozen. In instellingen waar cliënten wonen en leven (zoals instellingen voor de gehandicaptenzorg) is immers een andere betrokkenheid gewenst dan in een ziekenhuis waar cliënten slechts kort verblijven om een behandeling te ondergaan.

Door de werking van het systeem zijn genoeg prikkels ingebouwd dat niet hoeft worden gevreesd dat besturen van zorginstellingen nalaten om cliëntenbetrokkenheid/inspraak te regelen. Een zorginstelling anno 2006 kan niet goed functioneren zonder klanttevredenheidsonderzoek en/of goed overleg met cliënten (of vertegenwoordigers van cliënten). Dit is ook geregeld in contracten met verzekeraars. De wet- en regelgeving kunnen aldus sober blijven.

Van de werking van de Wet medezeggenschap cliënten zorgsector kan worden geleerd (met name ook voor de debatten met de politiek over dit vraagstuk). Het is lastig (zeker in de sectoren waar marktwerking is geïntroduceerd) om de cliëntenvertegenwoordiging advies/goedkeuringsrechten te geven over de financiële/bedrijfsmatige stukken. Kan bijvoorbeeld van bewoners van een verpleeghuis goedkeuring over een fusie worden gevraagd?

De betrokkenheid/inspraak van cliëntenorganisaties blijkt in de praktijk waardevol - en noodzakelijk- in de zaken die de woon/leefomgeving van cliënten raken (wonen, eten, verbouwplannen, vrije tijdsbesteding, e.d.).

In de praktijk komen verschillende vormen van cliëntenvertegenwoordiging voor. Een wettelijke regeling zou niet bepaalde vormen moeten uitsluiten door één bepalende term, zoals "cliëntenraad" te gebruiken (wat bijvoorbeeld dat te doen met organisaties van ouders van cliënten?).

Momenteel wordt door VWS, zoals in het kabinet besproken, de mogelijkheden van winstuitkering bij zorginstellingen onderzocht. De Wtzi laat ruimte om bij AMVB daartoe categorieën van zorginstellingen aan te wijzen.

Tevens biedt de Wtzi de mogelijkheid voor het doen van een experiment rondom de rechtsvorm (soortgelijk ook het experiment met de tarieven).

2.4. Wonen

In de Woningwet wordt het publieke belang verwoord dat de overheid zich stelt op het terrein van wonen en dat dientengevolge ook door de overheid moet worden verzekerd. Toegelaten instellingen zijn uitsluitend werkzaam in het belang van de volkshuisvesting en beogen niet uitkeringen te doen anders dan in het belang van de volkshuisvesting. De nadere uitwerking van het publiek belang is neergelegd in het Besluit beheer sociale huursector (Bbsh).

Het toezicht moet dit publieke belang waarborgen. Daarbij gaat het om:

1. toezicht op de rechtmatigheid van het handelen van de toegelaten instellingen;
2. financieel toezicht op de toegelaten instellingen; en
3. toezicht op het volkshuisvestelijk handelen.

Enkele activiteiten van woningcorporaties zijn onderworpen aan voorafgaande toestemming van de minister van VROM. Voor fusies en splitsingen is thans een statutenwijziging nodig die aan de minister van VROM moet worden voorgelegd. Daarbij moet een verklaring van de belangrijkste belanghebbenden (gemeente en huurders) bij een voorstel tot fusie dan wel splitsing worden overgelegd. De minister kan van de verklaring(en) afwijken, maar daarvoor geldt een zware motiveringsplicht.

De overheid beschikt over een instrumentarium om – zo nodig – het publieke belang af te dwingen. De overheid kan bestuurlijke druk uitoefenen, aanwijzingen

geven, handelingen van het bestuur aan goedkeuring onderwerpen en een en ander kracht bij zetten door daaraan dwangsommen te verbinden. Als ultimum remedium kan een toelating worden ingetrokken. Tot nu toe is daarvan nooit gebruik gemaakt. Verder kent de Woningwet een uitvoerige en specifieke bewindvoerdersregeling.

Mocht er inderdaad een generieke regeling van de maatschappelijke onderneming komen, dan wordt de rechtsfiguur waarschijnlijk voorgeschreven en kunnen de toelatingsvoorwaarden die thans bestaan en die betrekking hebben op de inrichting van de rechtspersoon komen te vervallen in Woningwet en Bbsh. Ook zou er een verschuiving van verticaal toezicht naar intern toezicht en horizontale verantwoording plaatsvinden. Dit vormt onderdeel van de beleidsvoornemens die onlangs naar de Tweede Kamer zijn verzonden². In opdracht van de minister van VROM heeft dhr Schilder van de Nederlandsche Bank recentelijk een analyse uitgevoerd van het geheel van toezicht op woningcorporaties. Aanbevolen wordt het externe toezicht te bundelen bij het Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting. Dit moet gecombineerd worden met een professionalisering van het interne toezicht. Geconstateerd wordt dat het interne toezicht zich weliswaar in een professionaliseringsslag bevindt maar dat het uiteindelijke ambitieniveau nog niet gehaald is. Het gehele systeem van toezicht dient gericht te zijn op de vlakken van financiën en governance, maatschappelijke prestaties en rechtmatigheid, efficiëntie, en integriteit. Moeilijker voorstelbaar is een terugtred van de overheid bij de beoordeling van de vraag of daadwerkelijk is gepresteerd in het belang van de volkshuisvesting. De markt kent grote regionale en lokale verschillen. Een belangrijke rol is en blijft weggelegd voor de lokale overheid (gemeentebestuur). Ook zal het toezicht van de centrale overheid nooit geheel verdwijnen.

Er bestaan precedentes op het gebied van wonen, waar de minister niet kan ingrijpen, maar waarbij ingeval van een geschil de rechter – zoals in het privaatrecht gebruikelijk – uiteindelijk de knoop moet doorhakken. Het gaat om de Wet overleg huurders-verhuurders. Niet alle geschillen lenen zich echter voor volledige horizontale, privaatrechtelijke beslechting. De Stichting Stuurgroep Experimenten Volkshuisvesting (SEV) zou kunnen worden ingeschakeld voor het houden van een experiment waarbij wordt onderzocht waar de overheid (enigszins) kan terugtreden ten faveure van intern toezicht en horizontale verantwoording.

² TK 2005-2006, 29453, nr. 30

Hoofdstuk 3 Aspecten van de vormgeving van de maatschappelijke onderneming

3.1. Inleiding

In de publiekrechtelijke regelgeving zoals die thans geldt op de terreinen van het onderwijs, de zorg en wonen worden direct of indirect regels gegeven voor de inrichting van het bestuur van de desbetreffende regelingen. Soms wordt in de wet een bepaalde rechtsvorm voorgeschreven, of bepaald dat deze niet op winst gericht mag zijn, (onderwijs), of bestaat een toelatingsregeling waarin eisen worden gesteld omtrent de elementen van de rechtsvorm, zoals het hebben van een raad van toezicht. Zoals uit het vorige hoofdstuk blijkt, zijn er op alle terreinen ontwikkelingen gaande en bestaan er wensen waarin de nodige overeenkomsten vallen te onderkennen. Het is de moeite waard om te bezien of het mogelijk is tot een soort codificatie van deze gemeenschappelijke kenmerken te komen. In dit hoofdstuk worden onderwerpen geïdentificeerd die in een generieke regeling van de maatschappelijke onderneming aandacht behoeven.

3.2. Omschrijving van de maatschappelijke onderneming

De instellingen die de vakdepartementen tot de maatschappelijke onderneming rekenen, vallen uiteen in vennootschappen enerzijds en stichtingen en verenigingen anderzijds. De vennootschappen kenmerken zich door een winstoogmerk. Bij stichtingen en verenigingen is dat niet het geval. Eventueel rendement komt geheel ten goede aan het publieke doel dat door de desbetreffende instellingen wordt nagestreefd. Dit rapport richt zich in het bijzonder op de tweede categorie, die van de non-profit organisaties, omdat het rechtspersonenrecht hier geen gelijke tred heeft gehouden met de maatschappelijke ontwikkelingen (schaalvergroting, financiële groei, hogere eisen aan de kwaliteit van de dienstverlening, professionalisering van management en bestuur).

De maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk is dan een privaatrechtelijke rechtsfiguur waarin ondernemingsactiviteiten worden ondergebracht die blijkens de statuten () specifiek en uitsluitend gericht blijven op de betrokken publieke belangen. wat de formulering betreft zou om voor een keurmerk in aanmerking te komen of in een eventuele wettelijke regeling in verregaande mate aansluiting kunnen worden gezocht bij art. 2:53 lid 2 BW. Het is aan de politiek te bepalen wat een publiek belang precies is en hoe dat het beste kan worden geborgd. De maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk heeft geen interne, op de belangen van de oprichters en bestuurders gerichte doelstelling, maar een externe, op de belangen van de afnemers van de diensten gerichte doelstelling. Aangezien in, of op basis van de publiekrechtelijke sectorwetgeving wordt bepaald of en onder welke voorwaarden een instelling tot het bestel wordt toegelaten, moet de omschrijving van de doelstelling van de onderneming daarop worden toegespitst. Wijziging van de doelstelling in de statuten kan ertoe leiden dat niet meer voldaan wordt aan de eisen van de sectorwetgeving en dient daarom met bepaalde waarborgen te worden omgeven. Gedacht kan worden aan het vereiste van instemming van het toezichthoudende orgaan en de belangenvertegenwoordiging. Eventuele winst wordt geheel noch gedeeltelijk uitgekeerd aan de kapitaalverschaffers, doch dient geheel ten goede te komen aan het doel dat door de maatschappelijke onderneming wordt nagestreefd (vgl. het winstuitkeringsverbod bij de stichting ex art. 2:285 lid 3 BW). Omdat winstuitkering aan aandeelhouders van kapitaalvennootschappen nimmer geheel kan worden onthouden, kan de

maatschappelijke onderneming geen modaliteit van een vennootschap zijn. Voor de goede orde zij opgemerkt dat het winstuitkeringsverbod niet in de weg staat aan het aantrekken van kapitaal tegen een bepaald rentepercentage.

Het is duidelijk, dat in een aantal sectoren vennootschappen opereren die, door hun geschiedenis, of de wijze waarop de overheid zich altijd met hen heeft bemoeid, door de beleidsmakers ook als maatschappelijke ondernemingen worden beschouwd. We kunnen hierbij bijvoorbeeld denken aan drinkwater- en openbaarvervoersbedrijven. De voorzieningen die zij bieden hebben niet zelden een monopolie karakter en hun optreden in de markt is vanwege de betrokken publieke belangen aan strakke regels gebonden. Ook voor deze ondernemingen geldt, dat de overheid eisen zou willen stellen aan de wijze waarop zij inspelen op de behoeften van en verantwoording afleggen aan de afnemers van de aangeboden diensten en van andere belanghebbenden. Desbetreffende bedrijven hebben een winsttoogmerk en worden daarom niet als een maatschappelijke onderneming in de zin van het onderhavige rapport gekwalificeerd. Het feit dat de aandelen geheel of in meerderheid in overheidshanden zijn, kan daaraan niet afdoen.

Om ervoor te zorgen dat de maatschappelijke onderneming zonder winsttoogmerk als zodanig herkenbaar is in het economische rechtsverkeer zou, naast de mogelijkheid van een keurmerk, in een eventuele wettelijke regeling navolging van onder meer de art. 2:66 lid 2 en 2:177 lid 2 BW kunnen worden bepaald dat de naam aanvangt of eindigt met maatschappelijke onderneming of een afkorting daarvan (m.o.). In lijn met art. 2:63 BW zou in aanvulling daarop bovendien kunnen worden bepaald dat andere rechtspersonen de aanduiding "maatschappelijke onderneming" niet mogen gebruiken.

3.3. Het vermogen van de maatschappelijke onderneming

De maatschappelijke onderneming is een institutioneel samenwerkingsverband. Het vermogen van de onderneming wordt ingezet om de statutaire doelstelling te verwezenlijken. Er moeten waarborgen worden geschapen dat voldoende vermogen beschikbaar is en blijft voor het verrichten van daarop gerichte activiteiten. Dat pleit voor toepassing van regels over het bijeenbrengen van het kapitaal. De bepalingen over het kapitaal kunnen betreffen de noodzaak van vermelding in de statuten van het vermogen en de wijze van inbreng.

Op grond van dezelfde reden is er behoefte aan een regeling inzake de aansprakelijkheid van de oprichters voor verplichtingen aangegaan voordat het statutair vermogen is bijeengebracht, kunnen worden voorzien. In lijn met de op naamloze en besloten vennootschappen betrekking hebbende art. 2:93 en 2:203 BW zou in de wet kunnen worden bepaald dat uit rechtshandelingen, verricht namens een op te richten maatschappelijke onderneming, slechts rechten en verplichtingen ontstaan voor die onderneming wanneer zij die rechtshandelingen na haar oprichting uitdrukkelijk of stilzwijgend worden bekrachtigd. Degenen die een rechtshandeling verrichten namens een op te richten maatschappelijke onderneming zonder winsttoogmerk zijn, tenzij met betrekking tot die rechtshandeling uitdrukkelijk anders is bedongen, daardoor hoofdelijk verbonden, totdat de onderneming na haar oprichting de rechtshandeling heeft bekrachtigd. Indien zij haar verplichtingen uit de bekrachtigde rechtshandeling niet nakomt, zijn degenen die namens de op te richten onderneming handelden hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die de derde dientengevolge lijdt, indien zij wisten of redelijkerwijs konden weten dat de onderneming haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen, onverminderd de aansprakelijkheid terzake van de bestuurders wegens de bekrachtiging. De

wetenschap dat de maatschappelijke onderneming haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen, wordt vermoed aanwezig te zijn, wanneer de onderneming binnen een jaar na de oprichting in staat van faillissement wordt verklaard. De oprichters van de maatschappelijke onderneming kunnen de onderneming in de akte van oprichting slechts verbinden door het aanstellen van bestuurders en het benoemen van commissarissen. Indien een oprichter hierbij onvoldoende zorgvuldigheid heeft betracht, zijn de art. 2:9 en 2:138 BW van overeenkomstige toepassing.

Ook is er behoefte aan transparantie van het financiële reilen en zeilen van de onderneming. Transparantie kan worden gewaarborgd door toepassing van de jaarrekeningvoorschriften van titel 9. Wanneer zulks in een wettelijke regeling (aparte rechtsvorm dan wel modaliteit van een bestaande rechtsvorm) tot uitdrukking wordt gebracht dan is daarmee, en passant op grond van art. 2:391 lid 5 BW, de mogelijkheid gegeven een code voor behoorlijk maatschappelijk ondernemerschap voor bepaalde sectoren aan te wijzen. Over de naleving van een dergelijke code dient verantwoording te worden afgelegd (pas toe of leg uit).

3.4. Algemene (rechtspersonenrechtelijke) aspecten

De maatschappelijke onderneming moet zelfstandig aan het economisch verkeer kunnen deelnemen en dient daartoe over rechtspersoonlijkheid te beschikken. Uitgaande van de rechtspersoonlijkheid van de maatschappelijke onderneming ligt het voor de hand de algemene bepalingen uit Titel 1 van toepassing zijn en bij een eventuele nieuwe rechtsvorm van toepassing te verklaren:

- (gebreken bij) de oprichting (art. 4)
- gelijkstelling voor het vermogensrecht (art. 5)
- vertegenwoordiging (art. 6)
- doeloverschrijding (art. 7)
- gedragsregels (art. 8)
- taak van de bestuurder (art. 9)
- boekhoudverplichting (art. 10 en 10a)
- aansprakelijkheid bestuurder (art. 11)
- ontzegging stemrecht (art. 12)
- nietigheid stem (art. 13)
- nietige en vernietigbare besluiten (art. 14 - 16)
- oprichting voor onbepaalde tijd (art. 17)
- omzetting (art. 18)
- ontbinding, vereffening e.d. (art. 19 - 24)
- dochtermaatschappij (art. 24a)
- groep (art. 24b)
- deelneming (art. 24c)
- het dwingendrechtelijke karakter (art. 25)

In de statuten zou in een regeling moeten worden voorzien van de bestemming van het overschot van de maatschappelijke onderneming na vereffening ingeval van ontbinding, of – meer procedureel – de wijze waarop die bestemming alsdan zal worden vastgesteld. In een eventuele wettelijke regeling kan daarenboven worden bepaald dat de notaris er zorg voor moet dragen dat de statuten aan deze en andere eisen moeten voldoen. Bij verzuim is hij hoofdelijk aansprakelijk jegens hen die daardoor schade hebben geleden (vgl. art. 2:286 lid 5 BW voor (een modaliteit van) de stichting).

Ook Titel 7 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (fusie en splitsing) zou van toepassing moeten zijn. De mogelijkheden die stichtingen en verenigingen hebben

om dochtermaatschappijen in stand te houden, zouden ook op de maatschappelijke onderneming zonder winsttoogmerk van toepassing kunnen zijn (2:24a BW e.v.)

3.5. Het bestuur en de raad van toezicht

De maatschappelijke onderneming zoals die thans door stichtingen in stand wordt gehouden, heeft blijkens de beleidsstukken van de vakdepartementen over goed bestuur (“governance”) in hun sectoren, behoefte aan voorzieningen die voor kapitaalvennootschappen zijn getroffen. Om garanties te bieden voor het op verantwoorde wijze verrichten van ondernemingsactiviteiten en de belangen van de aandeelhouders te beschermen scheidt de wet ruimte voor een toezichthoudend orgaan. In de structuurregeling is een raad van commissarissen zelfs dwingend voorgeschreven. Een professionele maatschappelijke onderneming heeft te maken met vergelijkbare belangen en risico’s. Daarom is ook daar een toezichthoudend orgaan op zijn plaats.

Het bestuur vertegenwoordigt de maatschappelijke onderneming en is belast met het besturen van de maatschappelijke onderneming. Het bestuur is verplicht de maatschappelijke onderneming in het handelsregister in te schrijven. Iedere bestuurder is hoofdelijk aansprakelijk naast de maatschappelijke onderneming voor rechtshandelingen die de onderneming binden zolang de onderneming niet is ingeschreven.

Gebruikelijk is thans ook een onafhankelijk toezichthoudend orgaan (die gelijk de structuurregeling uit ten minste drie leden – natuurlijke personen – bestaat) met bepaalde bevoegdheden die in de eerste plaats betreffen de benoeming en het ontslag van bestuurders en in de tweede plaats de goedkeuring van bepaalde belangrijke besluiten. Tot die besluiten zou de wijziging van de statuten met inbegrip van de doelstelling kunnen behoren. Tot die besluiten zouden ook, geïnspireerd door de art. 25 Wet op de ondernemingsraden en de art. 2:107a en 2:164 BW, kunnen behoren:

- overdracht van de zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan;
- het vestigen van, dan wel het overnemen of afstoten van de zeggenschap over, een andere onderneming, alsmede het aangaan van, het aanbrengen van een belangrijke wijziging in of het verbreken van duurzame samenwerking met een andere onderneming, waaronder begrepen het aangaan, in belangrijke mate wijzigen of verbreken van een belangrijke financiële deelneming vanwege of ten behoeve van een dergelijke onderneming;
- beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of van een belangrijk onderdeel daarvan;
- belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming;
- het doen van een belangrijke investering ten behoeve van de onderneming;
- het aantrekken van een belangrijk krediet ten behoeve van de onderneming;
- het verstrekken van een belangrijk krediet en het stellen van zekerheid voor belangrijke schulden van een andere ondernemer, tenzij dit geschiedt in de normale uitoefening van werkzaamheden in de onderneming;
- ontbinding van de maatschappelijke onderneming;
- aangifte van faillissement en aanvraag van surséance van betaling;

Het ontbreken van de goedkeuring van het toezichthoudend orgaan op dergelijke besluiten tast de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuur of bestuurders evenwel niet aan. De goedkeuring heeft derhalve uitsluitend interne en geen externe werking. Derden moeten op de rechtsgeldigheid van de door de maatschappelijke onderneming verrichte rechtshandelingen kunnen vertrouwen .

Het bestuur en de raad van toezicht dienen zich te richten op de taakvervulling en het belang van de onderneming. De raad van toezicht is dus niet de verlengde arm van de overheid. De behartiging van publieke belangen die de overheid zich stelt, moet een publiekrechtelijke grondslag hebben en langs publiekrechtelijke weg worden verzekerd.

- Volledigheidshalve zij opgemerkt dat geen afzonderlijke aandacht is noch behoeft te worden besteed aan de beloning van bestuurders en toezichthouders. De reden daarvoor is dat het kabinet in reactie op de motie Bakker bezig is met een traject om tot een normering van salarissen in de semi-publieke sector te komen.

3.6. De belanghebbendenvertegenwoordiging

Bij de naamloze en besloten vennootschap worden de belangen van de aandeelhouders vertegenwoordigd door de algemene vergadering van aandeelhouders. Bij een maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk kan met het oog op een adequate maatschappelijke inbedding een belanghebbendenvertegenwoordiging bestaande uit belanghebbenden, waaronder in ieder geval de afnemers van de diensten van de maatschappelijke onderneming worden begrepen, met bepaalde bevoegdheden worden voorgeschreven. Zo kan om voor een keurmerk in aanmerking te komen of in een wettelijke regeling worden bepaald dat in de statuten wordt geregeld welke invloed de belanghebbendenvertegenwoordiging heeft op de benoeming van het toezichthoudend orgaan.. Ook zou kunnen worden voorschreven dat het bestuur een keer jaar het ontwerpjaarverslag met de belanghebbendenvertegenwoordiging bespreekt. In het definitieve jaarverslag moet verantwoording worden afgelegd over de uitvoering van de taken en de voorzienbare risico's. Die risico's kunnen bijvoorbeeld zijn dat de budgetten onvoldoende zijn, of dat het beschikbare woon-, studie- of zorgaanbod niet spoort met de daarnaar bestaande vraag. De belanghebbendenvertegenwoordiging is net zo min als de raad van toezicht de verlengde arm van de Rijksoverheid. De behartiging van publieke belangen die de Rijksoverheid zich stelt, moet een publiekrechtelijke grondslag hebben en moet door middel van wet- en regelgeving of bekostigingsvoorwaarden worden verzekerd. Er bestaan echter geen principiële of zwaarwegende bezwaren tegen dat de lokale overheid vanuit zijn eigen specifieke belang dan de Rijksoverheid zitting heeft in een belanghebbendenvertegenwoordiging. De statuten zouden een regeling moeten bevatten over de benoeming en ontslag van de leden van de belanghebbendenraad. Wie belanghebbenden zijn en wie in zo'n orgaan vertegenwoordigd worden, kan per sector verschillen. Daar waar bepaalde belanghebbenden volgens de desbetreffende sectorwetgeving al een wettelijk geregelde positie hebben, zou de belanghebbendenvertegenwoordiging statutair kunnen worden beperkt tot de andere belanghebbenden.

3.7. Enquêterecht en geschillenbeslechting

Het stelsel van het recht van enquête behelst twee afzonderlijke procedures. Voordat de vraag kan worden beantwoord of er sprake is van wanbeleid in de zin van art. 2:355 moet op grond van art. 2:345 een onderzoek zijn gedaan naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon. Als er sprake is van wanbeleid dan kunnen de in art. 2:356 BW genoemde voorzieningen worden getroffen. Het gaat om (1) schorsing of vernietiging van een besluit van de bestuurders, van commissarissen, van de algemene vergadering of van enig ander orgaan van de rechtspersoon; (2) schorsing of ontslag van een of meer bestuurders of commissarissen; (3) tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen; (4) tijdelijke afwijking van de door de ondernemingskamer aangegeven bepalingen van de statuten; (5) tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer; en/of (6) ontbinding van de rechtspersoon. Het recht van enquête is blijkens art. 2:344 BW van toepassing op coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, en kapitaalvennootschappen. Ook bij stichtingen en verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid kan een enquête worden uitgelokt mits zij een of meer ondernemingen in stand houden en er op grond van de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld. De art. 2:345 t/m 346 BW geven aan wie tot het uitlokken van een enquête bevoegd zijn. De ondernemingsraad en de hiervoor behandelde belanghebbendenraad behoren daar vooralsnog niet toe. Art. 2:346 onderdeel c, BW maakt het evenwel mogelijk de bevoegdheid vrijwillig aan die raden te verlenen bij de statuten of bij overeenkomst. De Sociaal Economische Raad heeft in het op 15 april 2005 verschenen advies over "Ondernemerschap voor de publieke zaak" unaniem gepleit voor de invoering van een wettelijk verankerd enquêterecht voor de ondernemingsraad in de publieke sector (onderwijs, zorg en wonen).

Bij een generieke wettelijke regeling van de maatschappelijke onderneming in de wet zou kunnen worden bepaald dat met het oog op een effectieve maatschappelijke inbedding ook de belanghebbendenraad de ondernemingskamer van het Hof te Amsterdam kan verzoeken een enquête te houden naar het beleid en de gang van zaken in de onderneming. De kosten die redelijkerwijs noodzakelijk zijn voor de vervulling van de taken van de ondernemings- en belanghebbendenraad, waaronder begrepen het voeren van rechtsgedingen, komen voor rekening van de onderneming.

Bedacht dient wel te worden dat het enquêterecht een instrument is om toezicht op (falend) intern toezicht en bestuur vorm te geven en niet steeds een geschikt middel is voor in de belanghebbendenvertegenwoordiging zitting hebbende cliënten omdat zij vooral in de *dienstverlening* van de maatschappelijke onderneming geïnteresseerd zijn. Een verzoek om een enquête te houden vanwege lange wachttijden in de zorg, om een volstrekt willekeurig voorbeeld te noemen, is niet ontvankelijk wanneer het verzoek niet valt terug te voeren op het beleid en de gang van zaken in de onderneming, maar op tekortschietende budgetten of de kwaliteit van de ingekochte zorg, hetgeen meer waarschijnlijk is.

Bovendien kan een enquête alleen resulteren in de voorzieningen die met zoveel woorden zijn genoemd in art. 2:356 BW. De statuten moeten ruimte om desgewenst naast het enquêterecht ook in een behoorlijke geschillenregeling te voorzien voor gevallen waarin het enquêterecht gelet op de inherente beperkingen niet geëigend is.

3.8. Fiscale aspecten

De huidige belastingplicht voor de vennootschapsbelasting hangt enerzijds af van de rechtsvorm – BV en NV zijn altijd belast, stichtingen en verenigingen indien

en voor zover ze een onderneming drijven – en anderzijds van de vrijstellingen die in de Wet Vpb zijn opgenomen, bijvoorbeeld ten aanzien van bepaalde activiteiten van woningcorporaties of ziekenhuizen.

Of er al dan niet sprake is van een onderneming en derhalve van belastingheffing wordt voor de vennootschapsbelasting aan de hand van een viertal criteria bepaald (organisatie van kapitaal en arbeid, deelname aan het economisch verkeer, winst beogen en een concurrentie criterium).

Fiscaal gezien zal er naar verwachting bij én een modaliteit van een bestaande rechtsvorm én een nieuwe rechtsvorm niet veel hoeven veranderen. De keuze voor een modaliteit verandert in beginsel niet de belastingheffing voor wat betreft de vennootschapsbelasting. Wanneer echter gekozen wordt voor een nieuwe rechtsvorm zal de omvang van de belastingplicht voor die rechtsvorm moeten worden bepaald en wettelijk vastgelegd, evenals een eventuele vrijstelling voor bepaalde activiteiten van die rechtsvorm. Een dergelijke algemene vrijstelling lijkt ongewenst, aangezien het een ongelijk speelveld creëert ten aanzien van andere (belaste) ondernemingen die vergelijkbare activiteiten verrichten in die markt.

Ook voor de omzetbelasting geldt, dat de omzetting van bijv. een stichting in een rechtsvorm voor een maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk op zichzelf niets hoeft te veranderen. Voor de belasting zijn de activiteiten het aanknopingspunt, niet de rechtsvorm.

Hoofdstuk 4. Beleidsvarianten

4.1. Inleiding

Om te bewerkstelligen dat de maatschappelijke onderneming zonder winst oogmerk voldoet aan de gemeenschappelijke kenmerken c.q. eisen zoals in het vorige hoofdstuk geïndiceerd, is er een aantal mogelijkheden. Deze mogelijkheden verschillen enerzijds in de mate waarin zij ruimte laten in de verschillende sectoren om eigen varianten vorm te geven en anderzijds in herkenbaarheid en coherentie van de voorschriften volgens welke zij werken, alsmede in de privaatrechtelijke mogelijkheden voor geschillenbeslechting.

4.2. Eerste mogelijkheid: certificering

Er wordt een certificaat ontwikkeld dat wordt afgegeven aan maatschappelijke ondernemingen zonder winst oogmerk die blijkens de statuten aan bepaalde kenmerken voldoen: een toezichthoudend orgaan, een belanghebbendenvertegenwoordiging, een geschillenbeslechtigingsregeling, jaarlijkse verantwoording volgens bepaalde standaards, het in acht nemen van een gedragscode. Dit certificaat wordt afgegeven door een privaatrechtelijk georganiseerd instituut. Dit instituut controleert of de instellingen zich aan de voorschriften houden. Het effect van het certificaat is in de eerste plaats gericht op de gebruiker, die weet dat hij een bepaalde wijze van dienstverlening van de instelling kan verwachten. De overheid kan het toezicht dat zij zelf nodig acht afstemmen op de verwachting die zij heeft van instellingen die volgens de eisen van een dergelijk certificaat werken. Voordeel van deze variant is, dat de sector zelf geheel uitmaakt wat verstandig is. De overheid komt er verder niet aan te pas. Dit model heeft echter diverse nadelen:

- Om dit effect te doen hebben voor de instellingen in een bepaalde sector en voor het wijzigen van de verantwoordelijkheidsverdeling tussen overheid en de instellingen is steeds een wetgevingsactie nodig van het desbetreffende ministerie.
- Dit impliceert tevens, dat harmonisatie niet vanzelfsprekend is, terwijl de vraagstukken in de verschillende sectoren wel ongeveer dezelfde zijn. Er vindt geen codificatie van ontwikkelingen in het privaatrecht plaats.
- De instellingen krijgen er een verantwoordingsstructuur bij; zij hebben immers voortaan ook met de regels van het certificerend orgaan te maken. Een eventuele terugtred van de overheid maakt dan plaats voor toezicht door het certificerende orgaan, hetgeen op zichzelf weer de nodige lasten met zich brengt.
- Verder kan langs deze weg niet aansprakelijkheden van bestuurders, toezichthouders en notarissen, het enquêterecht of een vergelijkbaar rechterlijk toezicht worden gerealiseerd, althans niet voor stichtingen met minder dan 50 werknemers; voor grotere kan dit in de statuten worden geregeld; ook is het niet mogelijk een bepaalde governancecode algemeen verbindend te verklaren; daarvoor is in elk geval een wettelijke voorziening nodig.

4.3. Tweede mogelijkheid: een gemeenschappelijk beleidskader voor het sectoraal overheidsbeleid

Het is mogelijk beleidsafspraken te maken, waarbij een aantal gemeenschappelijke eisen wordt vastgesteld waaraan alle maatschappelijke ondernemingen zonder winst oogmerk moeten voldoen. Het is mogelijk dit voor alle sectoren gemeenschappelijk te doen, of per sector, zoals thans al gebeurt. Deze worden vervolgens vastgelegd in de verschillende publiekrechtelijke wetten voor de

onderscheiden sectoren. Aangezien die sectorwetten niet op dezelfde manier werken, zal de wettelijke uitvoering ook verschillen. Voor onderwijsinstellingen zullen eisen aan de inrichting van het bestuur in de wet moeten worden vastgelegd, voor zorginstellingen zullen die eisen in toelatingseisen moeten worden vertaald, voor de volkshuisvesting zullen die eisen in de desbetreffende AMVB moeten worden vastgelegd. Voordeel: elke sector kan de regeling op zijn eigen wijze invullen. Nadeel: een eigen invulling vermindert de herkenbaarheid van de maatschappelijke onderneming; het concept is eigenlijk alleen nog relevant bij de aanpassing van de desbetreffende wettelijke regelingen en kan daarna worden vergeten. Die herkenbaarheid is kleiner dan bij de certificeringsvariant. Voordeel boven die variant is dat er geen extra verantwoordingsstructuur met de daarbij behorende lasten ontstaat. Enkele nadelen hebben deze varianten echter gemeenschappelijk: er vindt geen codificatie van gemeenschappelijke ontwikkelingen plaats. Een publiekrechtelijke regeling is alleen geschikt voor het regelen van de verhoudingen tussen overheid en instelling. Voor alle zaken die men zou willen regelen terzake van bijv. de aansprakelijkheid van het bestuur en het toezichthoudend orgaan en alle andere zaken die gewenst zouden kunnen zijn om een zorgvuldige balans van rechten en plichten te creëren tussen de verschillende organen binnen de onderneming, zou toch een regeling binnen het BW nodig zijn. Ook een uitbreiding van het enquêterecht is alleen mogelijk als het BW daartoe de mogelijkheden geeft.

4.4. Derde mogelijkheid: een modaliteit van een bestaande rechtsvorm

In het BW zou kunnen worden bepaald, dat een bestaande rechtsvorm die aan bepaalde kenmerken voldoet wordt gekwalificeerd als een maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk. Dit is een geschikte oplossing, als de maatschappelijke onderneming zoals we ons die voorstellen reeds belangrijke trekken van een bepaalde rechtsvorm heeft, bijvoorbeeld van een stichting en als de overige kenmerken van de maatschappelijke onderneming niet haaks staan op de eisen die aan de rechtsvorm worden gesteld. Dus, als het gaat om een stichting, dan is ook de maatschappelijke onderneming te kwalificeren als een doelvermogen. Als het gaat om een kapitaalvennootschap, kan het recht op een winstuitkering niet geheel aan een aandeelhouder worden onttrokken. Deze variant heeft een aantal voordelen:

- de herkenbaarheid, vanwege de eenvormigheid
- de mogelijkheid om de gemeenschappelijke wensen voor de inrichting van de rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming in de wet te codificeren, met name de interne verantwoording aan een belangenvertegenwoordiging, geschillenbeslechting en enquêterecht, het toepassen van het jaarrekeningenrecht en de vaststelling van gedragscodes, terwijl de bestaande instellingen weinig of geen veranderingen in hun statuten behoeven aan te brengen om aan de eisen te voldoen.
- de wensen die de vakdepartementen hebben ten aanzien van de inrichting van de rechtsvorm voor "hun" instellingen behoeven niet via aparte publiekrechtelijke regelingen te worden gerealiseerd. De wetgeving kan worden beperkt tot een aanpassing van het BW.
- langs deze weg kunnen instellingen ontstaan waarin een balans tussen rechten en plichten van de verschillende organen wordt gerealiseerd, die het mogelijk maakt dat de overheid zijn externe toezicht via het publiekrecht kan beperken of vereenvoudigen.

Nadeel is, dat de basisvorm waarvan de maatschappelijke onderneming de modaliteit is, ook beperkingen oplegt. Voor de stichting zijn die beperkingen

weliswaar gering omdat uitsluitend een bestuur wordt voorgeschreven, maar naarmate de maatschappelijke onderneming meer juridische kenmerken heeft van bijvoorbeeld de vennootschap, zou de vraag kunnen rijzen of het niet meer voor de hand ligt daarbij aansluiting te zoeken. De wettelijke eisen in het privaatrecht kunnen ver of minder ver gaan, dus rechten en plichten van de verschillende organen voorschrijven of daarin ruimte laten voor uitwerking en ook afwijking in de statuten.

4.5. Vierde mogelijkheid: een aparte rechtsvorm

Voor de maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk zou een aparte rechtsvorm kunnen worden geschapen, waarin alle kenmerken van de maatschappelijke onderneming geregeld zijn.. Dat impliceert niet noodzakelijkerwijs regeling in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Sommige rechtspersonen zijn in Boek 2 geregeld: de stichting, de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij, de naamloze en de besloten vennootschap. Andere rechtspersonen, die hun oorsprong vinden in communautaire regelgeving, in aparte wetten: de EESV, de SE en (binnenkort) de ECV. Een deel van de bepalingen van Boek 2 is op die rechtsvormen van toepassing. De personenvennootschap (ook met rechtspersoonlijkheid) zal regeling vinden in Boek 7 als een rechtsfiguur van vooral contractuele aard. Kerken e.d. worden op grond van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek door hun eigen statuten geregeld. Publiekrechtelijke rechtspersonen hebben hun eigen regeling.

De rechtsvorm kan geheel worden ingericht naar behoefte. Doel moet zijn gelegen in het verrichten van activiteiten met een publiek belang. De rechtsvorm moet in die mate voldoen aan de behoeften in de verschillende sectoren, dat die daar ook daadwerkelijk mee kunnen doen. Dat kan ook betekenen, dat er in de wet ruimte wordt gelaten om in de statuten de meest gewenste voorzieningen te treffen. De wet kan een basisvorm geven waarvan op bepaalde punten in de statuten mag worden afgeweken, of de wet duidt het onderwerp aan waarvoor een voorziening moet worden getroffen en leidt de uitwerking aan de statuten over. Op grond van de desbetreffende publiekrechtelijke wetgeving kan vervolgens worden bepaald of bijvoorbeeld het toezicht van de overheid op deze ondernemingen anders kan worden ingericht dan het toezicht op de andere instellingen. Voordelen:

- hoe meer wordt vastgelegd, hoe groter de herkenbaarheid, hoe meer aan de statuten wordt overgelaten, hoe groter de mogelijkheden om rekening te houden met diversiteit aan wensen.
- het is mogelijk om alle verhoudingen goed te regelen en aan alle wensen tegemoet te komen, voor zover die gemeenschappelijk zijn. Het voordeel is groter naarmate meer zaken voor de instellingen in de verschillende sectoren op dezelfde wijze blijken te kunnen worden geregeld.
- evenals in de modaliteitsvariant is het mogelijk om de wensen van de vakdepartementen in privaatrechtelijke regelingen betreffende de belangenvertegenwoordiging, de interne toezichthouder, de geschillenbeslechting en het enquêterecht en het toepassen van het jaarrekeningenrecht en het vaststellen van gedragscodes daarbij te codificeren.

Nadeel: eenvormigheid kan een handicap zijn voor de variëteit in een bepaalde sector, hoewel de keuze voor toelating van de maatschappelijke onderneming en andere rechtsvormen aan de sector zelf is.

4.6. Vijfde mogelijkheid: de rechtsvorm in het ontwikkelingsproces

In het BW of een afzonderlijke wet wordt een beperkte regeling van de maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk opgenomen, als aparte rechtsvorm of als modaliteit van de stichting, waarin de basiskenmerken van de maatschappelijke onderneming, zoals die bij alle sectoren herkenbaar zijn, worden vastgelegd. Deze variant onderscheidt zich van de derde en de vierde variant, doordat alleen de essentiële zaken in het BW worden vastgelegd en zoveel mogelijk aan invulling in de statuten wordt overgelaten. De vakdepartementen laten deze instellingen toe in hun sectoren, op basis van hun publiekrechtelijke regelgeving. Daarbij wordt een aantal experimenten gedaan met instellingen die hun statuten volgens deze structuur inrichten en die een stap verder gaan door in de statuten, het geheel van rechten en plichten verder te modificeren en te verfijnen. Na een zekere evaluatieperiode wordt bezien of de regeling moet worden aangepast. Voordeel: een aantal praktische problemen, zoals de realisering van het enquêterecht, wordt daarmee opgelost. Door de beperking in zaken die worden vastgelegd, worden geen ontwikkelingen belemmerd. Nadeel: De openheid van dit model zou kunnen uitmonden in vrijblijvendheid; hoe minder er wordt vastgelegd, hoe groter de mogelijkheden om bijvoorbeeld de bevoegdheden van toezichthouder en belanghebbendenvertegenwoordiging slechts summier in te vullen.

Hoofdstuk 5 Afweging en voorstel

Met het onderhavige project wordt beoogd de mogelijkheden te verkennen om met behulp van de ontwikkeling van een juridisch instrument de ruimte voor maatschappelijk ondernemen te vergroten, de professionalisering in de semi-publieke sector te ondersteunen met rechtspersonenrechtelijke voorzieningen, de governance-ontwikkelingen in de verschillende sectoren met juridisch instrumentarium te ondersteunen en tegemoet te komen aan de in deze sectoren levende wensen met betrekking tot de privaatrechtelijke inrichting van de daar opererende rechtspersonen.

Niet wordt beoogd de discussies in de verschillende sectoren over de vraag, in hoeverre commerciële instellingen moeten worden toegelaten, of het bestel verder moet worden ingericht, in een bepaalde richting te sturen. Wel kan men constateren, dat daar waar men de inrichting van een bepaald bestel wil openbreken door commerciële instellingen toe te laten, de behoefte groeit om via publiekrechtelijke regels of anderszins, nadere eisen aan die instellingen te stellen, bijvoorbeeld om te verzekeren dat de in het geding zijn de belangen zodanig worden behartigd dat tegemoet wordt gekomen aan de behoeften en verlangens van de afnemers van de diensten. Het bieden van een privaatrechtelijk instrumentarium voor de desbetreffende instellingen zou de noodzaak daartoe kunnen beperken.

De projectgroep constateert dat de verschillende sectoren een aantal verschillen vertonen in het gebruik van rechtspersonen, maar ook dat er een aantal gemeenschappelijke wensen is.

Een in het oog springend *verschil* is, dat in sommige sectoren of onderdelen daarvan op dit moment alleen rechtspersonen zonder winstoogmerk worden toegelaten, terwijl elders ook vennootschappen met winstoogmerk worden toegelaten. Zo zijn of komen er experimenten met commerciële ziekenhuizen, opereren drinkwaterbedrijven doorgaans als vennootschappen waarvan de aandelen in handen zijn van (decentrale) overheden, gaan bekostigde scholen voor primair en voortgezet onderwijs uit van stichtingen of verenigingen, maar wil OCW met name op de “markt” voor het hoger onderwijs ook experimenten met commerciële instellingen.

Een *overeenkomst* is, dat in alle sectoren schaalvergrotingen en professionalisering van de activiteiten plaats vindt. Met name in de non-profit sectoren bestaat het gevoel, dat dit moet leiden tot professionalisering van de wijze van besturen. De constructies die in de meeste stichtingen worden gehanteerd en die als basismodel geldt, namelijk een bestuur dat de leiding heeft en een directie die het werk doet, voldoet niet meer. Er is behoefte aan toezichthoudende organen, een professioneel bestuur en reflectie op de behoeften van de belanghebbenden en het al dan niet institutionaliseren van die reflectie door middel van overleg met belanghebbendenraden of andere vormen van verantwoording. De inrichting van nieuwe organen binnen de rechtspersoon roept ook de behoefte op om geschillen te kunnen beslechten en het bestuur naar huis te kunnen sturen met behulp van het enquêterecht. Maar ook daar waar op winst gerichte ondernemingen opereren waarvoor een zekere overheidsverantwoordelijkheid geldt, ziekenhuizen, of drinkwaterbedrijven, wil de overheid dat het toezicht goed geregeld is en rekening wordt gehouden met de wensen van de belanghebbenden.

Afweging

Doelstelling van het onderhavige project is, de vraag te beantwoorden 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 kunnen komen aan de behoeften van hun belangenhouders en een basis kan worden gelegd voor een vereenvoudiging van hun verhouding tot de overheid.

Daarbij moet de volgende aantekening worden gemaakt. Het vaststellen van een regeling voor de maatschappelijke onderneming wijzigt op zichzelf de verhouding tussen overheid en instellingen niet. Om de rechtsvorm in een bepaalde sector ingang te doen vinden, moeten in de eerste plaats de instellingen die in die sector werken zich in die rechtsvorm omzetten. Ten tweede moet de sectorwetgeving, of het op grond daarvan gevoerde toelatingsbeleid, die rechtsvorm in het bestel toelaten. Daarna is de vraag, welke consequenties het optreden van die instellingen heeft voor de bestaande sectorwetgeving. Voor zover de instellingen zo zijn ingericht dat zij voldoen aan de eisen van goed bestuur die in de desbetreffende sector zijn gesteld, kunnen de eisen die in de desbetreffende publiekrechtelijke wetgeving zijn gesteld vervallen. Dit wijzigt op zichzelf die verhoudingen nog niet, wel verbetert door harmonisatie de transparantie van de wetgeving. Hoe beter de instellingen echter in de gelegenheid zijn om hun bestuurlijke structuur evenwichtig samen te stellen en de profilatie van de verschillende belangen daarin een plaats te geven, hoe meer ze op eigen benen kunnen staan en hoe minder overheidstoezicht er nodig is. De vraag is dus, welke variant de beste mogelijkheden biedt voor het scheppen van een solide belangenevenwicht, dat de basis kan zijn voor nader te nemen beslissingen over veranderingen in de verhouding met de overheid.

Voor het antwoord op deze vraag moeten de mogelijkheden van de verschillende varianten als geschetst in hoofdstuk 4 worden afgewogen.

- Als het alleen gaat om die instellingen die serieus werk willen maken van intern toezicht en externe belangenvertegenwoordiging herkenbaar naar buiten te maken, kan worden volstaan met een certificaat, of een beleidskader. Voor een certificaat kiest men, als men de invulling geheel aan de instellingen wil overlaten. Deze bepalen zelf of zij mee willen doen en of zij daar een meerwaarde in zien. Instellingen kunnen deze variant gebruiken om zichzelf in de markt te profileren. Het keurmerk maatschappelijke onderneming dient dan om vertrouwen te wekken bij de gebruikers en eventueel bij de overheid. De overheid kan in zijn beleid rekening houden met dit profiel, al geldt dan wel de eis van het level playing field. Als er een beleidskader wordt vastgesteld, zal dit dienen om de omgang van de overheid met deze instellingen vast te stellen, al dan niet via separate publiekrechtelijke regelingen. Deze varianten maken het niet mogelijk om de organen in de instelling de bevoegdheid te geven door te bijten bij conflicten; met name het enquêterecht maar ook aansprakelijkheden van bestuurders en toezichthouders vergt een wettelijke regeling. Dat geldt ook voor de mogelijkheid governancecodes algemeen verbindend te verklaren.
- Als het erom gaat de instellingen die daar behoefte aan hebben nieuwe juridische instrumenten te geven, zijn regelingen in het privaatrecht nodig. Daar waar men de rechter in specifieke geschillen wil inschakelen is een wettelijke basis nodig. Voor het treffen van een voorziening in het BW is het

voorkomen van incidentele wensen niet voldoende. Het BW wordt in beginsel aangepast, als er rechtsontwikkelingen zijn die codificatie behoeven. Het is duidelijk dat alle vakdepartementen op dit gebied dezelfde wensen hebben: geschillenbeslechting en enquêterecht als bevoegdheden voor toezichthouder en belangenvertegenwoordiging. Voor het realiseren van deze bevoegdheden is ook het aanduiden van deze organen in de wet nodig.

- Een aantal, al dan niet gemeenschappelijke, eisen aan de instellingen is ook anderszins via het publiekrecht te realiseren. Bij de sectorwetten of a.m.v.b.'s kan geëist worden dat een in een bepaalde sector opererende instelling bijvoorbeeld een raad van toezicht heeft. Als het echter gaat om de maatschappelijke onderneming als fenomeen in alle sectoren herkenbaar te maken, verdient het aanbeveling om daar waar sprake is van gemeenschappelijke en gelijklopende wensen, die eisen in het privaatrecht op te nemen. Uit een oogpunt van algemeen wetgevingsbeleid, is het gewenst dat gemeenschappelijke kenmerken ook op dezelfde manier geregeld zijn.
- Als het erom gaat de verantwoordelijkheidsverdeling tussen overheid en instellingen te vereenvoudigen of te beperken, is er meer nodig dan voorzieningen in het privaatrecht. Het externe toezicht wordt in de publiekrechtelijke wetten geregeld en moet ook daar vereenvoudigd of beperkt worden als men dat wenst. Een regeling van de structuurkenmerken van de maatschappelijke onderneming in het privaatrecht kan daar echter wel de basis voor de aanzet daartoe leggen. Als de checks and balances zo zijn geregeld dat de instelling transparant is in zijn handelen en structuurbepalingen er toe dwingen dat hij rekening houdt met de behoeften van de belanghouders, kan de overheid het toezicht beperken of vereenvoudigen. Of men dit doet en of men naast de maatschappelijke onderneming ook instellingen toelaat die andere kenmerken hebben, is een zaak van het desbetreffende vakdepartement en de desbetreffende wetgeving.

Voorstel

Om tegemoet te komen aan zowel de verschillen, als de overeenkomsten tussen de verschillende sectoren, om recht te doen aan de wens tot professionalisering en te voorkomen dat deze tot een zee van nieuwe publiekrechtelijke regels leidt en om recht te doen aan de wensen die in de verschillende sectoren leven, wordt voorgesteld om in het BW of een aparte wet een regeling op te nemen van de basiskenmerken van de maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk, langs de volgende lijnen.

1. De maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk wordt in de wet gedefinieerd als een door een rechtshandeling in het leven geroepen rechtspersoon die één of meer ondernemingen in stand houdt en die blijkens de statuten als doel heeft de uitoefening van bepaalde publieke taken. Inhoudelijk is het een modaliteit van een stichting of vereniging. De basiskenmerken van deze rechtspersonen zijn er in terug te vinden. De precieze vorm en de plaats waar hij geregeld wordt, wordt bij het wetsvoorstel vastgesteld.
2. De rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming heeft volgens de wet een bestuur, een raad van toezicht en een belanghebbendenvertegenwoordiging.

3. De statuten regelen benoeming en ontslag van de leden van de belanghebbendenvertegenwoordiging. De statuten regelen de wijze waarop de raad van toezicht wordt benoemd en bepalen welke bevoegdheid de belanghebbendenvertegenwoordiging in deze heeft. De raad van toezicht benoemt het bestuur. Per sector wordt bezien in hoeverre bestaande belanghebbendenvertegenwoordigingen, zoals de cliëntenraad in de zorg en de medezeggenschapsraad in het onderwijs de functie van belanghebbendenvertegenwoordiging kunnen vervullen. De wettelijke regeling staat hieraan niet in de weg.
4. De raad van toezicht moet belangrijke besluiten van het bestuur goedkeuren. De wet geeft daarvoor een indicatie en laat invulling over aan de statuten. Het bestuur bespreekt ten minste één maal per jaar het conceptjaarverslag met de belanghebbendenvertegenwoordiging. In het definitieve jaarverslag wordt verantwoording afgelegd over voorzienbare risico's van beleidskeuzes. Andere bevoegdheden van de belanghebbendenvertegenwoordiging worden aan de statuten overgelaten.
5. De statuten kunnen tevens voorzien in een geschillenregeling over beleidskwesties, naar analogie van de Wet op de ondernemingsraden, met beroep op de ondernemingskamer.
6. Aan de belanghebbendenvertegenwoordiging wordt het enquêterecht toegekend.
7. Het jaarrekeningenrecht wordt van toepassing verklaard. Daarmee wordt ook de grondslag gelegd voor het algemeen verbindend verklaren van een governancecode, waarin bijvoorbeeld uitgangspunten voor de salarissen van de bestuurders worden vastgelegd.
8. Omzetting van een stichting of een vereniging naar de rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk kan plaats vinden zonder rechterlijke machtiging en met de meerderheid van stemmen die vereist is voor statutenwijziging. De omzetting beëindigt het bestaan van de rechtspersoon niet.

Gezien het open karakter van deze wettelijke voorzieningen wordt een aantal pilotprojecten in gang gezet. Een aantal instellingen uit verschillende sectoren wordt gevraagd om met behulp van het nieuwe wettelijke instrumentarium een structuur te ontwerpen die voor de instelling de beste mogelijkheden tot handelen geeft. De overheid is daarbij behulpzaam, bijv. bij het opstellen van statuten. Deze pilotprojecten houden in, dat op basis van de nieuwe wettelijke mogelijkheden bestuurlijke structuren zo worden vorm gegeven dat belanghebbenden en toezichthouders hun belangen zo goed mogelijk kunnen profileren teneinde de activiteiten van de instellingen te optimaliseren. Daarbij wordt nagegaan, welke consequenties dit zou kunnen hebben voor de verhouding met en het toezicht van de overheid. Na twee jaar wordt aan de hand van de pilotprojecten bezien, in hoeverre de wettelijke voorzieningen aanvulling of nadere codificatie van verworven inzichten vergen en of het gebruik van de rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming kan leiden tot vereenvoudiging of beperking van de inrichting van de voor die instellingen geldende sectorwetgeving.

1. HBO-raad

De HBO-raad deelt de analyse van de projectgroep, dat de ontwikkeling die de maatschappelijke ondernemingen hebben doorgemaakt vragen oproept met betrekking tot de overheid enerzijds en de maatschappelijke verankering anderzijds. Een heldere juridische verankering van de maatschappelijke onderneming zou een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan het verhelderen daarvan. Risico is echter dat de specifieke ontwikkelingen die afzonderlijke branches hebben doorgemaakt worden gehinderd.

Dit klemmt in het bijzonder bij de Belanghebbendenraad.

De hogescholen hebben de kwaliteit van bestuur en toezicht verankerd in een Branchecode Governance. Daarbij is ervoor gekozen de betrokkenheid van belanghebbenden niet institutioneel te verankeren. De verwachting is dat een Belanghebbendenraad onvoldoende recht kan doen aan de complexe dynamiek waarin hogescholen werken. Het verplicht stellen daarvan zou een onwenselijke ontwikkeling zijn. Dit klemmt met name nu in het rapport geen zicht wordt geboden op een terugtreden van de overheid.

Ook op andere punten ligt het in de rede dat ontwikkelingen in de branches waar maatschappelijke ondernemingen actief zijn weliswaar gelijk gericht zijn, maar in tempo en precieze vormgeving uiteenlopen. Het advies zou maximaal ruimte moeten laten voor sectorale differentiatie die is gebaseerd op het uitgangspunt van zelfregulering.

Een winstuitkering aan kapitaalverschaffers van de maatschappelijke onderneming staat op gespannen voet met het feit dat het gaat om dienstverlening van de betrokken organisaties aan hun afnemers en aan de samenleving. Klantgerichtheid en responsiviteit moeten de belangrijkste toetssteen zijn voor de keuzes die in het rapport worden gemaakt.

Reactie:

In het rapport is de term “Belanghebbendenraad” vervangen door: belanghebbendenvertegenwoordiging, om duidelijk te maken dat er verschillende manieren zijn om de belanghebbenden statutair een positie te geven. Om instrumenten als het enquêterecht te kunnen hanteren, dienen dit soort organen wel een institutionele plaats in de statuten te krijgen. Het ontwikkelde voorstel laat veel ruimte voor verschillende wijzen van invulling, maar kent wel een basisstructuur. De ontwikkelde rechtsvorm kent de winstuitkering niet.

2. NVZ vereniging van ziekenhuizen

De NVZ levert commentaar op de rechtsvorm, de mogelijkheid om winst uit te keren en de geïstitutionaliseerde deelnemersraad.

- a. De NVZ zegt geen behoefte te hebben aan een nieuwe rechtsvorm. Goed bestuur wordt nagestreefd met behulp van een Zorgbrede Governancecode. Een toenemend aantal ziekenhuizen overweegt om de rechtsvorm binnen enkele jaren om te vormen van stichting tot BV of NV. Waar het hen als maatschappelijke ondernemingen gaat om betaalbaar en efficiënt zorg te leveren, bieden de bestaande rechtsvormen van de NV en BV hen veel meer maatwerk mogelijkheden om optimaal zorg te kunnen leveren. De omslag van aanboddenken naar vraaggericht werken en gereguleerde marktwerking vraagt om een bijpassende structuur.
- b. Voor de ziekenhuissector is het belangrijk om via aandelenemissies extern vreemd kapitaal te kunnen aantrekken om de belangen van vrijgevestigde specialisten en ziekenhuizen gelijk te kunnen richten. Dat zal er toe bijdragen dat ziekenhuizen steeds bedrijfsmatiger gaan werken. De NV?BV vorm van een ziekenhuis kan een belangrijke mogelijke oplossing zijn om de botsende belangen tussen het ziekenhuis en de vrijgevestigde specialisten op te lossen. De risico's van de overheid worden in voldoende mate ondervangen door de huidige regelgeving. In andere Europese landen is de uitbesteding van zorg aan ondernemingen al praktijk.
- c. Met geïstitutionaliseerde deelnemersraden hebben de leden moeizame en slechte ervaringen. Een actieve betrokkenheid van stakeholders is wel van belang, maar de wijze waarop dit georganiseerd en vormgegeven moet worden hangt sterk af van lokale omstandigheden die ook in de tijd sterk kunnen variëren.

Reactie:

Of ziekenhuizen die uitgaan van NV's en BV's worden toegelaten tot de zorgsector is een zaak van VWS en hun toelatingsbeleid. Ook als er op winst gerichte instellingen worden toegelaten is het voorstelbaar dat er naast behoefte kan zijn aan instellingen die niet op winst zijn gericht, zoals in verreweg de meeste Europese en Angelsaksische landen het geval is. Deze zouden ook behoefte kunnen hebben aan nieuwe structuren waarvoor het rapport een voorstel doet. Het voorstel laat verder ruimte voor de wijze waarop de deelnemersvertegenwoordiging wordt vorm gegeven.

3. Aedes. Vereniging van woningbouwcorporaties

Aedes gaat mee met de werkgroep in de aanbeveling een modaliteit van een bestaande rechtsvorm te ontwikkelen. Zin ziet echter geen reden om deze te beperken tot de stichting. Het is aan deelnemers in het maatschappelijk verkeer om uit de verschillende rechtspersoonsvormen de meest passende keuze te maken. Een belanghebbendenraad verplicht voorschrijven zou niet goed zijn. Door te kiezen voor een belanghebbendenvertegenwoordiging wordt recht gedaan aan de diversiteit en de vrijheid van de onderneming om samen met de belanghebbenden te kiezen voor de best passende vorm. Om te waarborgen dat de betrokkenheid van belangenhouders niet vrijblijvend van karakter is, kunnen er binnen een modaliteitsregeling mogelijke systeemeisen worden opgenomen:

- het maken van een belangenhoudersanalyse, het benoemen van belangenhouders en dit jaarlijks evalueren
- publiceren wie de belangenhouders zijn
- vastleggen op welke wijze de belangenhouders worden betrokken in het beleid
- publiceren hoe is omgegaan met inbreng en adviezen van de belangenhouders.

Aedes waarschuwt verder dat het succes van een wettelijke verankering vooral afhankelijk is van de uitkomsten van sectorale besprekingen over bestuurlijke vernieuwing. Daarbij moet sprake zijn van een duidelijke terugtreding van de rijksoverheid en verschuiving van verantwoordelijkheden ten aanzien van toezicht en verantwoording.

Reactie:

Het voorstel is inhoudelijk een modaliteit van de stichting en de vereniging. Het heeft basiskenmerken van beide en het voorstel voorziet er ook in, dat de omzetting op eenvoudige wijze door middel van gewone statutenwijziging kan plaats vinden. De precieze vorm zal bij het wetsvoorstel worden vastgesteld. In hoeverre invoering van de rechtsvorm gepaard gaat met terugtred van de overheid is een discussie die zich in het kader van de sectorwetgeving van de vakdepartementen moet afspelen.

4. MOgroep Welzijn en Maatschappelijke dienstverlening

De MOgroep vindt dat eventuele nieuwe regelgeving zelfregulering als uitgangspunt moet nemen en recht moet doen aan de eigenheid van diverse branches waartoe de maatschappelijke ondernemingen behoren. Zij is van mening dat de in het rapport genoemde beleidsvarianten op toegevoegde waarde ten opzichte van de huidige mogelijkheden beoordeeld moeten worden en ziet onvoldoende toegevoegde waarde voor een aparte rechtsvorm. De mogelijkheid en wenselijkheid van het instellen van een belanghebbendenraad en voorgestelde bevoegdheden van een dergelijke raad zijn bij de ondernemingen in de MOgroep branches niet gelijkelijk aanwezig. Verdere studie is noodzakelijk. Het uitgangspunt dat het maken van winst niet past bij een maatschappelijke onderneming acht de MOgroep prematuur. Een brede discussie is nodig. Experimenten kunnen daaraan bijdragen.

Reactie:

Het rapport doet een voorstel voor een rechtsvorm, inhoudelijk een modaliteit van de stichting en de vereniging, die het scala van mogelijkheden voor niet op winst gerichte instellingen vergroot. Het rapport laat zich niet uit over de vraag of daarnaast ook op winst gerichte instellingen werkzaam kunnen zijn. Pilotprojecten zijn alleen mogelijk als de wettelijke mogelijkheden daadwerkelijk verruimd zijn.

5. Commissie vennootschapsrecht

De adviescommissie vennootschapsrecht heeft in haar vergadering van 12 juni j.l. over het rapport beraadslaagd. De commissie oordeelt positief over de in het rapport naar voren gebrachte ideeën. De commissie onderschrijft het hoofdidee van het rapport dat er naast de stichting behoefte is aan een meer uitgewerkte rechtsvorm waarin een maatschappelijke onderneming ondergebracht kan worden. De bouwstenen die hiervoor p. 24 van het rapport worden aangedragen spreken aan. De commissie is met name van oordeel dat het huidige palet aan rechtsvormen in boek 2 BW niet voldoende genuanceerd is om een maatschappelijke onderneming daarin onder te brengen.