

Ministerie van Justitie

Aan de Koningin

**Directoraat-Generaal
Wetgeving, Internationale
Aangelegenheden en
Vreemdelingenzaken**

Directie Wetgeving
sector Privaatrecht

Schedeldoekshaven 100
2511 EX Den Haag
Postbus 20301
2500 EH Den Haag
www.justitie.nl

Contactpersoon

drs. D.P. van den Bosch
Coördinerend Raadadviseur

T 070 370 6825
F 070 370 7084

mw. mr. drs. N. Hagemans
Raadadviseur

T 070 370 7849
F 070 370 7084

Ons kenmerk
5607486/09/6

Datum 29 juni 2009
Onderwerp Nader rapport inzake 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

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.

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 werkkterrein 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

**Directoraat-Generaal
Wetgeving, Internationale
Aangelegenheden en
Vreemdelingenzaken**

Directie Wetgeving
sector Privaatrecht

Kenmerk
5607486/09/6

Datum
29 juni 2009

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, auteursrechthebbende of toerist die de Waddeneilanden bezoekt nu niet. Dat wordt door de vereniging of stichting MO verduidelijkt.

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.

**Directoraat-Generaal
Wetgeving, Internationale
Aangelegenheden en
Vreemdelingenzaken**
Directie Wetgeving
sector Privaatrecht

Kenmerk
5607486/09/6

Datum
29 juni 2009

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 van 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 kwaliteitstoezicht 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

**Directoraat-Generaal
Wetgeving, Internationale
Aangelegenheden en
Vreemdelingenzaken**
Directie Wetgeving
sector Privaatrecht

Kenmerk
5607486/09/6

Datum
29 juni 2009

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 de 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 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 gezien 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 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 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

**Directoraat-Generaal
Wetgeving, Internationale
Aangelegenheden en
Vreemdelingenzaken**

Directie Wetgeving
sector Privaatrecht

Kenmerk
5607486/09/6

Datum
29 juni 2009

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,

**Directoraat-Generaal
Wetgeving, Internationale
Aangelegenheden en
Vreemdelingenzaken**
Directie Wetgeving
sector Privaatrecht

Kenmerk
5607486/09/6

Datum
29 juni 2009

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.

**Directoraat-Generaal
Wetgeving, Internationale
Aangelegenheden en
Vreemdelingenzaken**

Directie Wetgeving
sector Privaatrecht

Kenmerk
5607486/09/6

Datum
29 juni 2009

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

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 stadsherstellingsinstellingen.

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 aangegeven hoe die codes worden aangewezen. En de verantwoordelijkheid daarvoor ligt overeenkomstig de wens van de Raad bij de desbetreffende minister.

**Directoraat-Generaal
Wetgeving, Internationale
Aangelegenheden en
Vreemdelingenzaken**

Directie Wetgeving
sector Privaatrecht

Kenmerk
5607486/09/6

Datum
29 juni 2009

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 belangenvetegenwoordigers 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.

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

**Directoraat-Generaal
Wetgeving, Internationale
Aangelegenheden en
Vreemdelingenzaken**
Directie Wetgeving
sector Privaatrecht

Kenmerk
5607486/09/6

Datum
29 juni 2009

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 noodzakelijk maakt in het algemeen belang. In de memorie van toelichting is hierop nader ingegaan.

**Directoraat-Generaal
Wetgeving, Internationale
Aangelegenheden en
Vreemdelingenzaken**

Directie Wetgeving
sector Privaatrecht

Kenmerk
5607486/09/6

Datum
29 juni 2009

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,

**Directoraat-Generaal
Wetgeving, Internationale
Aangelegenheden en
Vreemdelingenzaken**

Directie Wetgeving
sector Privaatrecht

Kenmerk
5607486/09/6

Datum
29 juni 2009