

De juridische infrastructuur van de maatschappelijke onderneming

Meer informatie over deze en andere uitgaven kunt u verkrijgen bij:

Sdu Klantenservice
Postbus 20014
2500 EA Den Haag
telefoon (070) 37 89 880
www.sdu.nl/klantenservice

© E.R. Helder /Sdu Uitgevers bv Den Haag, 2013

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers bv.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent. While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

Ontwerp omslag en binnenwerk: ZinOntwerpers (Zwolle)

ISBN 978 90 12 39205 1 / NUR 823

De juridische infrastructuur van de maatschappelijke onderneming

The legal infrastructure of
the social company

(with a summary in English)

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de Universiteit
Utrecht op gezag van de rector magnificus prof. dr. G.J. van der
Zwaan, ingevolge het besluit van het college voor promoties in
het openbaar te verdedigen op maandag 14 oktober 2013 des
middags te 4.15 uur

door

Egbert Renso Helder
geboren op 23 oktober 1965
te Hoogezand-Sappemeer

Promotoren: Prof. mr. drs. D.F.M.M. Zaman

Prof. mr. dr. J.G. Sijmons

Inhoudsopgave

Voorwoord	1
I. Inleiding	5
1.1 ZEVEN ONDERZOEKSVRAGEN	10
1.2 TOETSINGSKADER	11
1.3 OPZET VAN HET ONDERZOEK	16
II. Kroniek van de maatschappelijke onderneming 1992-2009	21
2.1 INLEIDING	21
2.2 DE TERM MAATSCHAPPELIJKE ONDERNEMING	22
2.3 BALKENENDE (1992 – 2002)	26
2.4 NTMO (2003)	28
2.5 WRR (2004)	30
2.6 SER (2005)	34
2.7 DE RU C.S. (2005)	38
2.8 WIJFFELS (2006)	42
2.9 VOORONTWERP WETSVOORSTEL	50
2.10 REACTIES OP HET VOORONTWERP	51
2.10.1 De HBO-raad	52
2.10.2 De Brancheorganisatie Zorg (BoZ)	53
2.10.3 De Nederlandse Vereniging van Toezichthouders in Zorginstellingen (NVTZ)	54
2.10.4 De Onderwijsraad	56
2.10.5 De Gecombineerde Commissie.	56
2.10.6 De Vereniging van Toezichthouders in Woningcorporaties (VTW)	58
2.10.7 De Landelijke Organisatie Cliëntenraden (LOC)	59
2.10.8 Recapitulatie	60
2.11 NTMO (2008)	61
2.11.1 Knelpunten volgens de NTMO	62
2.11.2 Het maatschappelijk doel en het maatschappelijk belang	63
2.11.3 Intern toezicht	65
2.11.4 De belanghebbenden	65
2.11.5 Interne kwaliteitsborging	67
2.11.6 Winstuitkering	69
2.11.7 Jaarverslaglegging	69
2.11.8 Klachtregeling	70

2.11.9	Geschillenregeling	70
2.11.10	Het enquêterecht	70
2.11.11	Keuzevrijheid	71
2.11.12	Recapitulatie	71
2.12	WETSVOORSTEL (2008/2009)	72
2.12.1	Bestuur	75
2.12.2	Raad van toezicht	78
2.12.3	Belanghebbendenvertegenwoordiging	81
2.12.4	Winstbewijzen en winstbewijshouders	83
2.12.5	De ledenvergadering bij de vereniging M.O.	87
2.12.6	Jaarrekening en jaarverslag	87
2.12.7	Geschillenregeling	88
2.13	COMMENTAAR VAN DE RAAD VAN STATE	93
2.14	EVALUATIE	95
III.	De anatomie van de maatschappelijke onderneming	101
3.1	INLEIDING	101
3.2	DE ECONOMISCHE BENADERING	102
3.2.1	'Agency problems' / de principaal agent theorie	104
3.2.2	Beheersing van 'agency problems'	106
	3.2.2.A REGULARY STRATEGIES.	106
	3.2.2.B GOVERNANCE STRATEGIES.	107
3.2.3	Conflicten tussen bestuur en maatschappelijk belang c.q. belanghebbenden	107
3.2.4	Conflicten tussen maatschappelijk belang en (individuele) belanghebbenden c.q. tussen belanghebbenden onderling	108
3.2.5	Conflicten tussen bestuur en raad van toezicht	108
3.2.6	Belangrijke besluiten	109
	3.2.6.1 STRUCTURELE WIJZIGINGEN	109
	3.2.6.2 VERVREEMDING VAN ALLE ACTIVA	111
	3.2.6.3 WIJZIGINGEN IN DE KAPITAALSTRUCTUUR	111
3.3	DE TERM ONDERNEMING	112
3.3.1	Inleiding	112
3.3.2	Wetgeving	113
	3.3.2.1 DE HANDELSREGISTERWET	113
	3.3.2.2 WET OP DE ONDERNEMINGSRADEN	114
	3.3.2.3 FISCALE WETGEVING	114
3.3.3	Rechtspraak	115
3.3.4	Literatuur	115
	3.3.4.1 BOEKMAN (1977)	115
	3.3.4.2 RAAIJMAKERS (2000)	115
	3.3.4.3 SER (2005)	116

3.3.4.4	BUIJN EN STORM (2006)	116
3.3.4.5	VAN SCHILFGAARDE/WINTER	117
3.3.5	Eigen definitie	118
3.4	RECHTSPERSONLIJKHEID	121
3.5	DOEL – HET TE DIENEN BELANG	123
3.5.1	Het statutaire doel	123
3.5.2	Het te dienen belang	125
3.6	BESTUUR	130
3.6.1	Het bestuur ten opzichte van andere organen	130
3.6.2	Samenstelling	131
3.6.3	Benoeming	132
3.6.4	Bevoegdheidsbeperkingen	133
3.6.5	Werkwijze	134
3.6.6	De rechtspersoon als bestuurder	135
3.6.7	De vertegenwoordiging van de rechtspersoon	136
3.6.8	De vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang	137
3.7	TOEZICHT	140
3.7.1	Continuïteit	144
3.7.2	Adviestaak	145
3.7.3	Verenigingen en stichtingen	146
3.7.4	De maatschappelijke onderneming	146
3.7.5	Het monistisch model	147
3.8	MEDEZEGGENSCHAP	148
3.8.1	Ondernemingsraden	149
3.8.2	Clëntenraden in de zorg	153
3.8.3	Medezeggenschapsraden in het onderwijs	156
3.8.4	Universiteiten	162
3.8.5	Hogescholen	165
3.8.6	Stakeholders	166
3.8.7	Stakeholders van de kapitaalvennootschap	168
3.8.8	Aandeelhouders versus leden	168
3.8.9	Toezicht: horizontaal en verticaal	170
3.8.10	Stakeholders van de maatschappelijke onderneming	171
3.9.	KAPITAAL EN FINANCIERING	175
3.10	CONCERNVORMING	178
3.11	OMZETTING	184
3.12	FISCALE ASPECTEN	186
3.12.1	Vennootschapsbelasting	187
3.12.2	De ANBI-status	188
3.13	CONCLUSIE	189

IV.	Governance en aansprakelijkheid	195
4.1	INLEIDING	195
4.1.1	De interne werking	195
4.1.1.A	TRANSPARANTIE	196
4.1.1.B	VERANTWOORDING	196
4.1.1.C	ZEGGENSCHAP	196
4.1.2	Externe werking	196
4.1.3	Wettelijk kader	197
4.2	VOGELVLUCHT: PETERS-TABAKSBLATT-FRIJNS	198
4.3	GOVERNANCE IN DE ZORG	201
4.3.1	Verantwoording	202
4.3.2	De Raad van Bestuur	204
4.3.3	De Raad van Toezicht	204
4.3.4	Openbaarmaking	206
4.3.5	Vergelijking	207
4.3.6	Health Care Governancecode 2010	207
4.4	GOVERNANCE IN HET ONDERWIJS	210
4.4.1	De Onderwijsraad	210
4.4.2	Governance in het HBO	212
4.5	GOVERNANCE IN DE SOCIALE WONINGBOUW	213
4.6	GOVERNANCE IN DE CULTURELE SECTOR	215
4.6.1	Raad van toezicht model	216
4.6.2	Bestuur+directie model	217
4.6.3	Bestuur model	218
4.7	GOVERNANCE EN MAATSCHAPPELIJKE ONDERNEMING	219
4.8	ENQUÊTERECHT	224
4.9	AANSPRAKELIJKHEID VAN BESTUURDERS EN TOEZICHTHOUDERS	232
4.10	CONCLUSIE	235
V.	Ontwikkelingen in het buitenland	243
5.1	INLEIDING	243
5.2	BELGIË: DE VSO	245
5.2.1	Herkenbaarheid	248
5.2.2	Horizontale verantwoording	249
5.2.3	Kapitaaldeelname	249
5.2.4	Overige aspecten	249
5.2.5	Conclusie	249
5.3	ITALIË: DE ONLUS	250
5.3.1	Herkenbaarheid	251
5.3.2	Horizontale verantwoording	252
5.3.3	Kapitaaldeelname	252

5.3.4	Overige aspecten	252
5.3.5	Conclusie	252
5.4	FRANKRIJK: DE ASSOCIATION RECONNU D'UTILITÉ PUBLIQUE EN DE FONDATION RECONNUE D'UTILITÉ PUBLIQUE	253
5.4.1	Herkenbaarheid	255
5.4.2	Horizontale verantwoording	255
5.4.3	Kapitaaldeelname	255
5.2.4	Overige aspecten	255
5.2.5	Conclusie	255
5.5	ZWEDEN: AKTIEBOLAG MED SÄRSKLILD VINST- UTDELNINGSBEGRÄNSNING	256
5.5.1	Herkenbaarheid	260
5.5.2	Horizontale verantwoording	260
5.5.3	Kapitaaldeelname	260
5.5.4	Overige aspecten	260
5.5.5	Conclusie	260
5.6	VERENIGD KONINKRIJK: DE CIC	260
5.6.1	Herkenbaarheid	263
5.6.2	Horizontale verantwoording	263
5.6.3	Kapitaaldeelname	263
5.6.4	Relatie met de overheid	263
5.6.5	Transparantie van het toezicht	264
5.6.6	Conclusie	264
5.7	VERENIGDE STATEN VAN AMERIKA (1): DE L3C	264
5.7.1	Herkenbaarheid	266
5.7.2	Horizontale verantwoording	266
5.7.3	Kapitaaldeelname	266
5.7.4	Relatie met de overheid	266
5.7.5	Transparantie van het toezicht	266
5.7.6	Conclusie	267
5.8	VERENIGDE STATEN VAN AMERIKA (2): DE BENEFIT CORPORATION	267
5.8.1	Herkenbaarheid	272
5.8.2	Horizontale verantwoording	272
5.8.3	Kapitaaldeelname	272
5.8.4	Relatie met de overheid	272
5.8.5	Conclusie	272
5.9	RONDBLIK	273

VI.	Twee voorbeelden: TESO versus RSV	279
VII.	Bouwstenen voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming	293
7.1	INLEIDING	293
7.2	HERKENBAARHEID	295
	7.2.1 Herkenbaarheid vanuit het perspectief van de maatschappelijke onderneming.	295
	7.2.2 Herkenbaarheid vanuit het perspectief van de overheid.	298
7.3	BESTUUR	298
7.4	BELANGHEBBENDEN	300
7.5	TOEZICHT	306
7.6	RELATIE TOT DE OVERHEID: PUBLIEK OF PRIVAAT	311
	7.6.1 Inleiding	311
	7.6.2 De altruïstische benadering	313
	7.6.3 Overheidscontrole	314
7.7	WINSTUITKERING	316
7.8	CONCLUSIE	324
	7.8.1 Eerste onderzoeksvraag	325
	7.8.2 Tweede onderzoeksvraag	326
	7.8.3 Derde onderzoeksvraag	328
	7.8.4 Vierde onderzoeksvraag	329
	7.8.5 Vijfde onderzoeksvraag	330
	7.8.6 Zesde onderzoeksvraag	331
	7.8.7 Zevende onderzoeksvraag	332
	7.8.8 Recapitulatie	339
	Bijlagen	341
I.	DE 21 PRINCIPES VAN DE CODE TABAKSBLAT	342
II.	HEALTH CARE GOVERNANCE CODE 2010	345
III.	BRANCHECODE GOVERNANCE VAN DE HBO RAAD 2006	351
IV.	AEDESCODE (2011)	353
V.	CULTURAL GOVERNANCE CODE 2006	356
VI.	NTMO CODE	358
VII.	VOORONTWERP	359
VIII.	WETSVOORSTEL 32003	364
IX.	WETTEKST AKTIEBOLAG MED SÄRSKILD VINSTUTDELNINGSBEGRÄNSNING	371
X.	WETTEKST CIC	377
XI.	MODELWET BENEFIT CORPORATION	389

Literatuurlijst	397
Samenvatting	408
Summary	410
Curriculum vitae	412

Voorwoord

In het najaar van 2006 werd ik door mijn toenmalige kantoorgenoot prof. mr. J.H. Hubben attent gemaakt op diverse publicaties rondom het thema maatschappelijke onderneming. Het onderwerp trok onmiddellijk mijn belangstelling, omdat in de notariële praktijk de juridische vormgeving van organisaties het rechtsgebied is dat mij altijd het meest heeft geboeid.

Mijn toenmalige kantoorgenoot prof. mr. J.G. Sijmons bracht mij in contact met prof. mr. drs. D.F.M.M. Zaman en samen waren zij bereid als promotores op te treden bij het onderzoek, dat heeft geresulteerd in dit boek. Een belangrijke impuls werd aan het onderzoek gegeven door het coalitieakkoord van 7 februari 2007 en het voorontwerp van een wetsvoorstel dat enkele maanden later verscheen. Dat wetsvoorstel werd door een volgende coalitie ingetrokken, maar de discussie rond de maatschappelijke onderneming is daarmee niet ten einde. Veeleer moet de intrekking van het wetsvoorstel gezien worden als een bijdrage aan die discussie.

Dit proefschrift was niet mogelijk zonder de steun en medewerking van velen. Uiteraard zijn dan mijn promotores, Jaap Sijmons en Niek Zaman, die ieder vanuit een eigen invalshoek – het privaatrechtelijk gezondheidsrecht respectievelijk het notarieel ondernemingsrecht – mij steeds weer de weg wezen en die ik heb ervaren als de ideale combinatie voor mijn onderwerp, de raad van bestuur van Nysingh advocaten-notarissen N.V., die mij grootmoedig ondersteunde, de notarissen Henk van Doorn en Jan van Leeuwen, die aan de materiële facilitering praktische invulling gaven, José Pot, die altijd razendsnel bronnenmateriaal aandroeg, Marieke Buit-Timmer en Karin Schrör, die het notariële werk opvingen als ik weer eens een week afwezig was voor wetenschappelijke doeleinden, Johan van den Belt, die vaak als klankbord fungeerde, Miriam Bongers-Beumer, Angelique Freriks, Jeannette den Oudsten, Jenet Haselhoff-Bakker, die achterenvolgens secretariële ondersteuning gaven.

Ten slotte dank ik Ineke, Anniek, Lauren, Christine en Terence voor het geduld waarmee zij mijn intensieve bezigheden hebben geaccepteerd. Daarmee hebben zij een huiselijk klimaat gecreëerd, waarin een onderzoek kon gedijen. De vrucht daarvan draag ik daarom aan hen op.



I. Inleiding

De 21e eeuw laat twee maatschappelijke ontwikkelingen zien die elkaars tegenpolen lijken. Enerzijds is daar een tendens naar maatschappelijk verantwoord ondernemen, zoals onder woorden gebracht in het advies van de Sociaal-Economische Raad (SER), getiteld *De Winst van Waarden*¹. Commercie kan niet zonder ethiek, is de boodschap. In reactie op de benadering van Milton Friedman, die stelde dat ondernemingen uitsluitend gericht zijn op winstmaximalisatie², een benadering die in de jaren '90 van de 20e eeuw dominant werd in het politieke klimaat in Europa, krijgt men – weer³ – oog voor de maatschappelijke dimensie van ondernemen en de SER sluit daar bij aan. Ondernemingen zijn niet primair gericht op winst, maar op continuïteit. Ondernemingen scheppen waarden door het voortbrengen van goederen en diensten, die in behoeften voorzien en aldus maatschappelijke welvaart creëren. Het scheppen van waarden kan andere waarden schaden en dat dient in aanmerking te worden genomen bij de eindwaardering van een onderneming. Waardecreatie kent volgens de SER drie dimensies: Profit, People en Planet. Profit is de winst, die beschouwd dient te worden als de maatschappelijke waardering voor de voortgebrachte goederen en diensten. People zijn de mensen binnen en buiten de onderneming, die de gevolgen van het ondernemen ondervinden. Planet is het leefmilieu, waarop het ondernemen effecten heeft, die in aanmerking dienen te worden genomen⁴. Bij de beoordeling van een onderneming dienen deze drie aspecten steeds in aanmerking te worden genomen, als elementen van een noodzakelijk langetermijnperspectief. De gerichtheid op de lange termijn vraagt om samenwerking van de belanghebbenden rond een onderneming (de stakeholders), zodat de ondernemer de diverse belangen voortdurend kan afwegen.

Het langetermijnperspectief en de dialoog met de stakeholders zijn de twee factoren die bepalen of er sprake is van maatschappelijk of maatschappelijk verantwoord ondernemen.

¹ SER (2000).

² Milton Friedman, *Capitalism and Freedom*, Chicago 1962, blz. 133, aangehaald in SER (2000), blz. II.

³ Uit onder meer het rapport van de Commissie Verdam uit 1964 en het daarop voortbordurende rapport van de SER 1969 nummer 14, blijkt dat die maatschappelijke dimensie een halve eeuw geleden uitdrukkelijk in beeld was en mede ten grondslag heeft gelegen aan de Wet op de ondernemingsraden en aan de zogenaamde structuurregeling in het vennootschapsrecht.

⁴ Zie Sijmons (2001), blz. 1115.

De ontwikkeling naar maatschappelijk verantwoord ondernemen wordt enerzijds gestuurd door externe factoren als wet- en regelgeving, anderzijds en in toenemende mate door welbegrepen eigenbelang: commercieel succes is niet of slechts op zeer korte termijn mogelijk zonder maatschappelijke acceptatie⁵. Vraaggestuurd ondernemen leidt dan als vanzelf tot maatschappelijk verantwoord ondernemen.

Er is een andere ontwikkeling, die op het eerste oog diametraal lijkt te staan op de hiervoor geschetste tendens naar maatschappelijk (verantwoord) ondernemen. Deze ontwikkeling wordt aangeduid met de term marktwerking. Er is een tendens om meer ruimte te geven aan het krachtenveld van vraag en aanbod, ten koste van overheidsregulering. Op het terrein van de gezondheidszorg manifesteert deze tendens zich in de omslag van een aanbodgestuurd naar een vraaggericht stelsel⁶. Deze ontwikkeling heeft geleid tot de Wet toelating zorginstellingen, die van kracht werd per 1 januari 2006. Op het eerste gezicht is hier sprake van een zelfstandige, parallelle ontwikkeling naast de discussie over de rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming, maar er is wel degelijk een belangrijk raakvlak. Beide ontwikkelingen houden verband en gaan gepaard met een terugtrekkende overheid. Een overheid, die inziet dat zij de grenzen van haar kunnen heeft bereikt of zelfs heeft overschreden, wenst meer ruimte te geven aan zelfregulering op het maatschappelijk middenveld⁷. Er wordt gezocht naar een nieuwe balans tussen de bevoegdheden van particuliere initiatiefnemers, belanghebbenden, burgers, collectieve organisaties en overheden⁸. De bevordering van ruimte voor marktwerking en de ontwikkeling richting maatschappelijk verantwoord ondernemen zijn geen tegenpolen, behoeven dat althans niet te zijn. Zij kunnen ook worden geduid als twee ontwikkelingen naar hetzelfde snijpunt. Op dat snijpunt treffende we de maatschappelijke onderneming aan. Het vraagstuk van de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is dan ook hoogst actueel. De intrekking van een wetsvoorstel – aangekondigd in 2010 en geformaliseerd in 2013 – doet daar niets aan af. De maatschappelijke ontwikkelingen gaan door en daarmee is gegeven dat ook de discussie over de rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming niet ten einde is.

Er is een Bijbelse uitdrukking, die waarschuwt om geen jonge wijn in oude zakken te bewaren⁹. Die uitdrukking kan ook omgekeerd gebruikt worden, oude wijn kan in nieuwe zakken worden overgeheveld. Veranderingen in de tijdgeest

⁵ Zie Sijmons (2001), blz. 1115.

⁶ Zie Sijmons (2006), blz. 17.

⁷ Zie hierover Balkenende (1992).

⁸ MvT, blz. 4, aansluitend bij de opdracht die de regering op 10 december 1999 aan de SER gaf, welke opdracht leidde tot het rapport De Winst van Waarden (SER (2000)).

⁹ Mattheus 9:17.

kunnen meebrengen dat oude begrippen een nieuwe inhoud krijgen. Veranderingen in de tijdgeest kunnen ook meebrengen dat bestaande instituties een nieuwe naam krijgen. Het is de vraag of deze elementen – beide of één van beide – een rol spelen wanneer in een samenleving non profit instellingen worden getransformeerd tot maatschappelijke ondernemingen. In een periode waarin ondernemerschap negatieve associaties oproept, kan het aantrekkelijk zijn om uit te stralen ‘not for profit’ actief te zijn¹⁰. In een periode waarin ondernemerschap positief wordt gewaardeerd, zal de neiging bestaan om in die waardering te willen delen door als onderneming geafficheerd te worden. Omdat een maatschappelijk belang en niet het behalen van winst het hoofddoel is, is hier sprake van maatschappelijk ondernemerschap. Het positieve imago wordt nog versterkt wanneer blijkt dat ongebreideld winststreven tot excessen kan leiden. De maatschappelijke gerichtheid en het ondernemerschap versterken elkaar.

Met het vorenstaande is niet gezegd dat de opkomst van de maatschappelijke onderneming geen inhoudelijke innovatie in zich draagt. De term maatschappelijke onderneming duidt niet alleen op een ander beeld en zelfbeeld van non profit instellingen, maar wel degelijk ook op een andere visie op doelmatigheid van een organisatie die niet louter op commerciële leest geschoeid is en dat ook niet wil zijn. Onder commercieel wordt in dit verband verstaan: gericht op financieel gewin op korte termijn. De maatschappelijke onderneming is gericht op rendement in een bredere zin.

Tegelijkertijd is de visie op de positie en het takenpakket van de overheid in beweging. Deels omdat de overheid tegen de grenzen van haar organisatorische capaciteit aanloopt, deels omdat de overheid niet over toereikende financiële middelen beschikt. Beide aspecten hangen met elkaar samen: door een te ver doorgesloten bureaucrativering is de overheid niet in staat om op doelmatige wijze zelf voldoende middelen te verwerven en vervolgens aan te wenden ten behoeve van diensten die mede de kwaliteit van de samenleving bepalen en waarvan de beschikbaarstelling en toegankelijkheid niet op het verlangde niveau door middel van zuivere marktwerking verwacht mag worden¹¹.

¹⁰ De tijdgeest in de jaren '70 van de 20e eeuw wordt geïllustreerd door de jaarverslagen 1972-1978 van de Verenigde Bedrijven Bredero N.V., een onderneming in de bouwsector, waarin om redenen van maatschappelijke acceptatie het woord ‘winst’ werd vermeden. De onderneming deelde mee te streven naar ‘gezonde overschotten op de exploitatie’ (mededeling W.P. Kramer, oud-directiesecretaris, d.d. 12 april 2011).

¹¹ Kuiper (2005) wijst in dit verband op het in de consumptietechnologie gemaakte onderscheid tussen inspectiegoederen en vertrouwensgoederen, waarbij de kwaliteit van een inspectiegoed kan worden getoetst aan het afgeleverde product, de kwaliteit van een vertrouwensgoed daarentegen slechts aan de zorgvuldigheid van het productieproces. Zorg is in die optiek een vertrouwensgoed, waarvoor marktwerking slechts beperkt effect kan hebben. Dit aspect valt buiten het kader van dit onderzoek.

En aldus is er ruimte ontstaan voor een vorm van ondernemerschap gericht op een maatschappelijk belang, ofwel – vanuit een andere invalshoek benaderd – aldus wordt van voorheen volledig door de overheid gecontroleerde en gefinancierde organisaties een vorm van ondernemerschap verlangd. Dit ondernemerschap wordt enerzijds gekenmerkt door bedrijfsmatig denken in kosten en opbrengsten, in het besef dat tekorten in de exploitatie op enigerlei wijze gefinancierd dienen te worden, een probleem dat geëlimineerd wordt door een exploitatie die sluitend is of een financieel overschot oplevert. Het creëren van zodanige overschotten dient echter geen doel op zichzelf te worden, een mogelijkheid die voor de hand ligt wanneer die overschotten ten goede kunnen komen aan degenen die daarover de zeggenschap hebben. Dat kan de vorm aannemen van bovenmatige beloningen voor bestuurders of uitkeringen aan investeerders. Er dienen derhalve wegen gezocht te worden om zeggenschap over maatschappelijke ondernemingen te disciplineren. De vraag rijst dan of de bestaande rechtsvormen daarvoor adequate instrumenten aanreiken, en zo niet, of aan bestaande rechtsvormen adequate instrumenten verschaft kunnen worden, dan wel dat de ontwikkeling van een nieuwe rechtsvorm de voorkeur verdient.

Over deze vragen is de laatste jaren door beoefenaars van meerdere disciplines nagedacht, er is een voorontwerp voor een wetsvoorstel geweest en vervolgens een wetsvoorstel. Dat wetsvoorstel is wel bij de Tweede Kamer ingediend, maar nog voordat het werd behandeld reeds ingetrokken. De maatschappelijke ontwikkeling gaat evenwel verder en – zoals hiervoor reeds opgemerkt – met de intrekking van een wetsvoorstel zijnde vraagstukken rond de maatschappelijke onderneming niet verdwenen.

Aan de vraag naar de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming gaat een vraag vooraf. De maatschappelijke onderneming richt zich in het bijzonder op diensten waarvan de beschikbaarstelling en toegankelijkheid niet op het verlangde niveau door middel van zuivere marktwerking verwacht mag worden. De voorafgaande vraag is in welke gevallen deze laatste verwachting inderdaad niet gerechtvaardigd is. Deze voorafgaande vraag heeft zowel bedrijfseconomische aspecten als elementen van politieke keuzes in zich. Deze studie kan dan ook op deze voorafgaande vraag geen antwoord geven. Ik acht het echter zeer wel denkbaar dat de politieke afwegingen beïnvloed worden door het al dan niet voorhanden zijn van een adequate rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming. In zoverre reikt het belang van het onderwerp voor de jurist voorbij zijn eigen vakgebied. De creatie van die rechtsvorm vergt politiek initiatief en zo is de cirkel rond. Wanneer de politiek een alternatief wenst voor zowel overheidssturing enerzijds als commercialisering anderzijds, zal zij zelf een infrastructuur voor dat alternatief dienen te ontwikkelen.

Bij het lezen van het vorenstaande kan de indruk zijn ontstaan dat van de term ‘maatschappelijke onderneming’ een algemeen gehanteerde definitie bestaat. Dat is niet het geval. De term maatschappelijke onderneming wordt niet door iedereen eenduidig geïnterpreteerd en hierna zal in hoofdstuk 2 blijken dat de publieke discussie over de maatschappelijke onderneming mede gekenmerkt wordt door een zoektocht naar de inhoud de definitie. Consensus daarover is nog niet bereikt. Deze zoektocht wordt nog eens doorkruist door de tendens van vermaatschappelijking van het ondernemerschap in het algemeen, waardoor het onderscheid tussen maatschappelijke ondernemingen en andere ondernemingen genuanceerd komt te liggen. Om recht te doen aan de geschiedenis zal ik mijn eigen definitie eerst formuleren in hoofdstuk 3, nadat de historie is beschreven.

Timmerman heeft in zijn oratie te Leiden op 23 november 2004 vier manieren beschreven om het vennootschapsrecht te beoefenen, te weten:

1. de dogmatische benadering, waarbij het toepassen van de juridische techniek centraal staat en waarbij het recht zich onafhankelijk van andere disciplines ontwikkelt;
2. de ondernemingsrechtelijke benadering, waarin de structuren voorop staan, los van de vraag hoe mensen zich in die structuren hebben te gedragen;
3. de economische benadering, die de vennootschap zeer eenzijdig beschouwt als instrument van de aandeelhouders;
4. de gedragsrechtelijke benadering, waarin richtlijnen voor functionarissen van vennootschap centraal staan, met als gevolg een zware nadruk op de aansprakelijkheid van bestuurders¹².

De maatschappelijke onderneming is te zeer verweven met maatschappelijke ontwikkelingen van niet-juridische aard om een louter dogmatische benadering te rechtvaardigen. Hierna zal blijken dat het maatschappelijk belang uiteindelijk niet is te positioneren in een economische benadering. Gedragsrechtelijke aspecten – governance codes zijn grotendeels gedragscodes – spelen een belangrijke rol in het functioneren van maatschappelijke ondernemingen en krijgen in de literatuur veel aandacht. Hierna zal blijken dat dat niet onterecht is. Toch zal in dit onderzoek naar de (infra)structuur van de maatschappelijke onderneming de ondernemingsrechtelijke benadering gaan domineren, de benadering waarin het creëren van structuur vooropstaat en waarin het rechtspersonenrecht dienstbaar is aan de organisatie¹³. Het zijn uiteindelijk structuren, die de ruimte creëren waarin gedrag – en daarmee gedragsrecht – mogelijk is. Aldus beschouwd gaat de juridische structuur aan het gedragsrecht vooraf.

¹² Timmerman (oratie), par. 2.

¹³ Timmerman (oratie), par. 2, met een verwijzing naar Raaijmakers.

1.1 ZEVEN ONDERZOEKSVRAGEN

Dit onderzoek richt zich op de juridische infrastructuur van de maatschappelijke onderneming, de rechtsvorm. Het onderzoek is begonnen nog voordat er sprake was van een wetsvoorstel en heeft zich uitgestrekt tot voorbij de intrekking ervan. Het wetsvoorstel is in de literatuur besproken, integraal¹⁴ en op onderdelen¹⁵. Het wetsvoorstel is voorafgegaan door een voorontwerp, dat door veel brancheorganisaties is beoordeeld¹⁶. Het wetsvoorstel is geruisloos geannuleerd, nog voordat er in de nationale ‘belanghebbendenvertegenwoordiging’, de Staten-Generaal, een debat over is gevoerd.

In deze studie wordt gezocht naar antwoorden op de volgende onderzoeksvragen:

1. Welke inhoud kan worden gegeven aan de term maatschappelijke onderneming?
 - a. Welk begrip maatschappelijke onderneming lag ten grondslag aan het wetsvoorstel?
 - b. Hoe sluit de term maatschappelijke onderneming aan bij andere juridische begrippen rond de term onderneming?
 - c. Kan een consistente definitie van de maatschappelijke onderneming worden gegeven?
2. Waarin onderscheiden maatschappelijke ondernemingen zich in de praktijk van andere ondernemingen?
3. Is het concept maatschappelijke onderneming inpasbaar in de systematiek van de huidige rechtspersonenwetgeving?
4. Biedt de regulering van de governance een alternatief voor een wettelijke regeling van de maatschappelijke onderneming?
5. Welke motieven en oplossingen zijn met betrekking tot de maatschappelijke onderneming te ontleen aan buitenlandse wettelijke regelingen?
6. Zou het wetsvoorstel hebben voorzien in een maatschappelijke behoefte?
7. Aan welke wettelijke regeling(en) heeft de maatschappelijke onderneming behoefte (als onderdeel van de juridische infrastructuur)?

Deze vragen benaderen de maatschappelijke onderneming van verschillende invalshoeken, daardoor overlappen de vragen elkaar ten dele. Het ligt daarom voor de hand om deze vragen in onderlinge samenhang te beantwoorden.

Alvorens de onderzoeksmethode te bespreken, wordt ingegaan op het toetsingskader van wetgeving, zodat de criteria inzichtelijk worden aan de hand waarvan beoordeeld kan worden in hoeverre een wet een effectief en efficiënt instrument is om een beoogd doel te bereiken.

¹⁴ Zie onder meer Helder (2009-2).

¹⁵ Zie onder meer Helder (2010), het themanummer Ondernemingsrecht 2007-16, Stevens (2009).

¹⁶ Zie Helder (2007).

1.2 TOETSINGSKADER

De Nederlandse rechter treedt niet in de grondwettigheid van wetten¹⁷, daarom is het ook niet goed mogelijk om een status van wet te geven aan kwaliteitseisen¹⁸. Rechterlijke toetsing van wetgeving aan kwaliteitseisen is binnen het huidige grondwettelijk kader denkbaar indien kwaliteitseisen zouden voortvloeien uit internationale verdragsbepalingen, waaraan de rechter wel toetst¹⁹. In door Nederland geratificeerde verdragen zijn zodanige bepalingen niet bekend. In plaats daarvan is er een door de Nederlandse overheid zelf ontwikkelde kwaliteitsstandaard.

Sijmons behandelt de criteria, die de overheid zelf heeft ontwikkeld om de kwaliteit van wetgeving te bepalen²⁰. Hierna wordt de lijn van deze analyse gevolgd. Dit toetsingskader komt tot uitdrukking in de nota *Zicht op wetgeving* uit 1991.²¹ De daarin geformuleerde kwaliteitseisen werden in 2000 uitdrukkelijk nog onderschreven²², waaruit opgemaakt kan worden dat deze kwaliteitseisen nauwelijks onderwerp van discussie zijn²³. Blijkens de genoemde nota *Zicht op wetgeving* dienen de volgende kwaliteitseisen te worden gesteld aan producten van een wetgever:

- a. Rechtmatigheid. Wetten dienen in overeenstemming te zijn met het recht en gericht op de verwerkelijking van rechtsbeginselen, zoals rechtszekerheid en rechtsbescherming.
- b. Doeltreffendheid. Wetten moeten leiden tot of in ieder geval aanmerkelijk bijdragen aan de verwezenlijking van de beoogde doelstellingen.
- c. Doelmatigheid. De baten van de wet dienen op te wegen tegen de lasten die zij veroorzaakt.
- d. Subsidiariteit en evenredigheid. Wetten dien niet nodeloos of nodeloos vergaand in de samenleving in te grijpen. Dit geldt overigens voor alle overheidsoptreden. De wetgever dient zich zoveel mogelijk te beperken tot het stellen van minimumeisen, het ondersteunen van processen die reeds gaande zijn in de samenleving door het stellen van institutionele en materiële voorwaarden en het waken tegen ongewenste en toereikende

¹⁷ Artikel 120 van de Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden.

¹⁸ Kwaliteitseisen van wetgeving dienen onderscheiden te worden van algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn van toepassing op de uitvoerende macht, niet op de wetgevende macht (zie artikel 1:1 lid 2 sub a van de Algemene wet bestuursrecht).

¹⁹ Artikel 94 van de Grondwet, zie ook Schutgens, blz. 210.

²⁰ *Sijmons* (2006), blz. 75 e.v.

²¹ *Kamerstukken II, 1990-1991, 22 008, nummers 1 en 2*. Zie ook De Haan, *Drupsteen & Fernhout* (2001), blz. 291-293.

²² *Kamerstukken II, 2000-2001, 27 475, nummers 1 en 2: nota Wetgevingskwaliteitsbeleid en wetgevingsvisitatie*.

²³ Zie ook Riezebos & Lokin, blz. 4.

resultaten. De overheid dient dus ruimte laten voor het zelfregulerend vermogen van burgers en maatschappelijke organisaties²⁴.

- e. Uitvoerbaarheid en handhaving. Dit is essentieel voor de werking van wetten en het bereiken van de daarbij gestelde doelen, maar ook voor de geloofwaardigheid van de overheid²⁵;
- f. De belasting van het bestuurlijke en justitieel apparaat dienen zo beperkt mogelijk te blijven, evenals de daarmee gemoeid zijnde kosten²⁶;
- g. Consistentie. Wetten en regels dienen onderling zijn te afgestemd. Dit is een aandachtspunt in twee situaties: ten eerste wanneer wetten verschillende onderwerpen betreffen, maar door hun effecten sterk op elkaar inwerken, ten tweede wanneer er meerdere regelingen ontstaan of bestaan ten aanzien van dezelfde of verwante kwesties. Dit vereist coördinatie, harmonisatie en integratie van wet- en regelgeving;
- h. Tenslotte dienen wetten eenvoudig, duidelijk en toegankelijk zijn. Zowel voor de burgers die met de regels worden geconfronteerd als voor de bestuurder en de rechter die de regels toepassen, dient eenduidig te zijn wat de wetgever wil.²⁷

Het wetgevingskwaliteitsbeleid is nader uitgewerkt in een besluit van de minister-president getiteld *Aanwijzingen voor de regelgeving*.²⁸ Uit de toelichting op de Aanwijzing 254 blijkt dat zes van de geformuleerde wetgevingskwaliteiten in de Aanwijzingen zijn verwerkt en wel als volgt:

- a. subsidiariteit en evenredigheid²⁹;
- b. doeltreffendheid en doelmatigheid³⁰;

²⁴ De ruimte voor de maatschappelijke onderneming is daarmee erkend.

²⁵ De vraag kan gesteld worden of dit een zelfstandige kwaliteitseis is of dat het aspect van de uitvoerbaarheid niet reeds besloten ligt in de doeltreffendheid en de doelmatigheid. Handhaving is geen zaak van wetgevende macht, maar van de uitvoerende macht, waarmee overigens wel het verband tussen die beide is gelegd. Zoals de overgang tussen behoorlijke wetgeving en behoorlijk bestuur vloeiend is, zo is ook het onderscheid tussen kwaliteitseisen van wetgeving en beginselen van behoorlijk bestuur niet scherp te scheiden. Zie ook Sijmons (2006), blz. 76.

²⁶ Ook hier rijst de vraag of dit een zelfstandige kwaliteitseis is of dat dit aspect niet reeds in de doelmatigheid ligt besloten.

²⁷ Deze formuleringen zijn ontleend aan *Kamerstukken II, 2000-2001, 27 475, nummer 2, blz. 8-9*.

²⁸ Regeling van minister-president van 18 november 1992, nummer 92Noo8 337 (Stcrt. 230), in werking getreden per 1 januari 1993 en sedertdien enkele malen gewijzigd, laatstelijk 21 september 2000 (Stcrt. volgens Aanwijzing 254 (paragraaf 6.1) worden voorstellen van wet, amvb's en wetswijzigingsvoorstellen nog voor de behandeling in de ministerraad door de Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie getoetst op de eisen voor goede wetgeving, hiervoor genoemd, zie ook Sijmons (2006), blz. 77.

²⁹ Aanwijzingen 7, 8, 13, 15 en 16.

³⁰ Aanwijzingen 7, 9, 13 en 14.

- c. onderlinge afstemming³¹;
- d. uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid³²;
- e. eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid³³;
- f. rechtmatigheid³⁴.

Van der Vlies heeft aangetoond dat een dogmatische benadering op basis van het legaliteitsbeginsel in hoofdlijnen tot hetzelfde resultaat leidt. Het legaliteitsbeginsel brengt impliciet mee dat maatschappelijk ingrijpende besluiten niet aan het bestuur kunnen worden gedelegeerd, de wetgever dient de competentie daartoe aan zich te houden.³⁵ Daarnaast volgt uit het legaliteitsbeginsel gebondenheid van het bestuur aan tevoren vastgestelde regels (in verband met de beginselen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid)³⁶. Op basis van deze twee principes komt Van der Vlies vervolgens tot een aantal beginselen van behoorlijke regelgeving. Deze corresponderen grotendeels met de *Aanwijzingen voor de regelgeving* van de minister-president. De beginselen met daarbij de corresponderende aanwijzingen zijn de volgende:

- a. het beginsel van een duidelijke doelstelling (Aanwijzing 7);
- b. het noodzakelijkheidsbeginsel (Aanwijzing 7c);
- c. het beginsel van het juiste orgaan (Aanwijzingen 16, 22 tot en met 24 – het eerstgenoemd aspect van het legaliteitsbeginsel – en paragraaf 2.3 24-25);
- d. het beginsel van uitvoerbaarheid (Aanwijzingen 11 tot en met 14 en o.a. paragraaf 4.9);
- e. het beginsel van consensus (democratische legitimatie);
- f. het beginsel van duidelijke terminologie en duidelijke systematiek (zie de kwaliteitseisen e en f en de daarbij genoemde correlerende Aanwijzingen);
- g. het beginsel van kenbaarheid (paragraaf 4.18);
- h. het beginsel van rechtsgelijkheid;
- i. het beginsel van de individuele rechtsbedeling;

³¹ Aanwijzing 9 en paragraaf 2.6.

³² Aanwijzingen 11 tot en met 14 en paragraaf 4.9.

³³ Aanwijzing 10, geheel hoofdstuk 3 en paragraaf 4.1 tot en met 4.4.

³⁴ Aanwijzingen 15, 17 en 18 uit paragraaf 2.2, 2.3, 4.6, 4.14 en 4.15.

³⁵ Zie Van der Vlies met name blz. 104-108 (bekritiseerd door Boon, P.J., Brouwer, J.G, en Schilder, A.E. (1999), *Regelgeving in Nederland*, Deventer: Tjeenk Willink, blz. 94-95). Zie voorts Van Onderen, E.J. (2002), *Het legaliteitsbeginsel in het staats- en bestuursrecht: opkomst en ondergang van de geïmpliceerde bevoegdheden?*, RM Themis 2002, nummer 3, blz. 123-137, aangehaald door Sijmons (2006).

³⁶ Van der Vlies, blz. 121.

- j. het beginsel dat gerechtvaardigde verwachtingen gehonoreerd moeten worden (vertrouwensbeginsel).³⁷

Brouwer heeft niet gekozen voor een dogmatische, maar voor een functionele benadering³⁸ en komt aldus tot acht beginselen van legaliteit, namelijk dat het handelen van de overheid dient te berusten op rechtsregels die:

- a. algemene geldigheid hebben;
- b. op behoorlijke wijze bekend zijn gemaakt en toegankelijk zijn en blijven voor degenen van wie de rechtspositie in het geding is;
- c. geen terugwerkende kracht hebben;
- d. begrijpelijk zijn;
- e. geen onderling tegenstrijdige voorschriften bevatten;
- f. geen voorschriften bevatten die het onmogelijke vergen;
- g. niet zo vaak worden gewijzigd dat het onmogelijk wordt om praktisch handelen op de regels af te stemmen;
- h. consequent worden toegepast.

Aspecten als het noodzakelijkheidbeginsel en het vertrouwensbeginsel spelen hierin geen of een andere rol dan in de aanwijzingen van de minister-president. Het element van consequente toepassing daarentegen is een zaak van de uitvoerende macht, niet van de wetgever. De wetgever dient evenwel zorg te dragen dat een consequente toepassing van de wet niet bij voorbaat onmogelijk is. Dit vereist consistentie.

Van Wijmen neemt consistentie van wetgeving als uitgangspunt en komt dan tot de volgende toetsingscriteria:

1. Noodzakelijkheid: is wetgeving noodzakelijk, mede afgezet tegen eventuele zelfregulering?
2. Doelstelling: zijn de doelstellingen van de wet deugdelijk en duidelijk?
3. Reikwijdte: is het toepassingsgebied van de wet afgebakend?
4. Normstelling: zijn de materiële normen duidelijk geformuleerd en zijn de formuleringen consistent ten opzichte van andere wet- en regelgeving?
5. Instrumentarium: worden de juiste middelen ingezet?
6. Handhaving: is het toezicht op de naleving duidelijk geregeld en voorzien van passende en doeltreffende sancties?³⁹

³⁷ De samenhang van de beginselen van Van der Vlies en de *Aanwijzingen voor de regelgeving* wordt ook geanalyseerd door De Haan c.s., blz. 307.

³⁸ Brouwer, blz. 64-77. Brouwer illustreert deze regels met concrete voorbeelden.

³⁹ Zie Van Wijmen, blz. 5.

Het kernbegrip dat op de achtergrond van deze beginselen steeds terugkeert, is betrouwbaarheid. Het moet mogelijk zijn om op het recht te vertrouwen⁴⁰.

Legaliteit is geen doel op zichzelf, maar dient de realisering van andere waarden, zoals een geordende, rechtvaardige samenleving, gelijke behandeling, beperken willekeurige machtsuitoefening, rechtszekerheid en het waarborgen van vrijheid en autonomie van de burger.⁴¹ Daarmee is een zekere relativering van de beginselen gegeven. Algemene regels zullen altijd een bepaalde mate van onduidelijkheid houden, omdat enerzijds potentiële uitzonderingen niet steeds zijn te voorzien en anderzijds niet alle toepassingen vooraf zijn te overzien. Verschillende regels dienen verschillende, soms tegengestelde belangen. De werkelijkheid is in beweging en de regels bewegen mee. Legaliteit wordt geen recht gedaan als het recht ontaardt in het blindelings volgen van regeltjes.

Sijmons wijst nog op Van Kreveld, die de kwaliteitseisen voor wetgeving heeft gerubriceerd in drie categorieën:

1. rechtmatigheid (overeenstemming met de grondwet, verdragen en ongeschreven recht, rechtszekerheid, zorgvuldigheid en gelijkheid);
2. doeltreffendheid (noodzakelijkheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid);
en
3. doelmatigheid (evenredigheid in enge zin)⁴².

Ondanks de hiervoor aangehaalde richtlijnen van de minister-president, blijkt in de praktijk niet dat de overheid zelf een vaste systematiek hanteert voor de beoordeling van wetsvoorstellen. Volgens onderzoek van de Algemene Rekenkamer is zelfs de Raad van State niet eenduidig in zijn methodiek bij het beoordelen van wetsvoorstellen⁴³.

In hoofdstuk 7, in het bijzonder in paragraaf 7.8, wordt teruggekomen op de kwaliteitseisen van wetgeving in relatie tot de maatschappelijke onderneming. De hiervoor behandelde criteria worden dan gebruikt om te beoordelen in hoeverre gedane voorstellen daaraan voldoen en – voor zover het antwoord op die vraag negatief is – welke regeling wel daaraan kan voldoen.

Het recht kent nog twee andere belangrijke functies naast legaliteit, die zijn aan te duiden als de waarborgfunctie en de instrumentele functie⁴⁴. Deze functies harmoniëren niet vanzelf met elkaar, zij dienen met elkaar in evenwicht te worden gehouden. Waar bij de instrumentele functie de nadruk ligt op de beginselen van doeltreffendheid en doelmatigheid, ligt dat bij de waarborgfunctie toch vooral op het beginsel van de rechtmatigheid.

⁴⁰ Brouwer, blz. 67.

⁴¹ Brouwer, blz. 70.

⁴² Van Kreveld, blz. 202.

⁴³ Zie Sijmons (2006), blz. 80.

⁴⁴ Vergelijk Van Kreveld, blz. 191-192.

Ruimte voor maatschappelijke organisaties, dat wil zeggen organisaties die overheidsdoelstellingen uitvoeren zonder overheid te zijn, kan gevraagd worden enerzijds vanuit een instrumentele benadering (de overheid kan niet alles zelf doen en wat de overheid kan doen, kunnen anderen soms beter), anderzijds vanuit de waarborgfunctie (de overheid heeft niet automatisch het monopolie ten aanzien van alles wat zij tot haar doelstellingen rekent). De instrumentele benadering is evident indien de overheid het initiatief neemt tot de oprichting van maatschappelijke ondernemingen, de waarborgfunctie treedt naar voren wanneer maatschappelijke ondernemingen voortkomen uit particulier initiatief. Na verloop van tijd is echter de wijze van ontstaan van een organisatie niet meer maatgevend voor haar voortbestaan. Het evenwicht tussen de instrumentele functie en de waarborgfunctie speelt dan ook voor de vormgeving van de maatschappelijke onderneming een cruciale rol.

1.3 OPZET VAN HET ONDERZOEK

Zoals gezegd hangen de onderzoeksvragen met elkaar samen en overlappen zij elkaar ten dele. Het is om die reden zinvol om het onderzoek op te zetten vanuit een breder kader.

Hoofdstuk 2 van deze studie omvat een descriptief-historisch onderzoek naar de totstandkoming van Wetsvoorstel nummer 32003, houdende regels voor de vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming. Hiermee komen we op het spoor van de inhoud van de term maatschappelijke onderneming, dat tot het wetsvoorstel heeft geleid. Beschreven is hoe in de jaren '90 van de 20e eeuw aandacht is gevraagd voor particuliere initiatieven en daaruit voortgekomen private organisaties, die activiteiten ontplooiën ten behoeve van een maatschappelijk belang, dat ook door de overheid behartigd kan worden of zelfs tot de aandachtsgebieden van de overheid behoort. In de eerste jaren van 21e eeuw resulteert deze aandacht in een aantal studies naar de maatschappelijke rol van deze organisaties, hetgeen uiteindelijk resulteert in een wetsvoorstel dat een passende rechtsvorm voor deze organisaties dient te verschaffen. Een nieuw kabinet kondigde in november 2010 de intrekking van het wetsvoorstel aan en een daaropvolgend kabinet formaliseerde die intrekking in januari 2013.

Hoofdstuk 3 omvat een beschouwing van de juridische anatomie van de maatschappelijke onderneming. Ingegaan wordt op aspecten van ondernemerschap en rechtspersoonlijkheid, het bestuur van de maatschappelijke onderneming, het toezicht op dat bestuur, vormen van medezeggenschap en de mogelijkheden om een maatschappelijke onderneming onderdeel van een concern te laten zijn, dan wel om een rechtspersoon van of in een maatschappelijke onderneming om te zetten. In dit hoofdstuk komt ook mijn definitie van de maatschappelijke onderneming aan de orde. Voorts wordt stilgestaan bij enkele fiscale aspecten.

Aandachtspunt is daarbij steeds of en in welk opzicht de maatschappelijke onderneming zich onderscheidt van andere ondernemingen.

In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op de ontwikkeling van de governance, zoals die blijkt uit diverse gepubliceerde en aangepaste governance codes. Onderzocht wordt of en in hoeverre de governance codes per branche verschillen. Vervolgens wordt ingegaan op de vraag of en in hoeverre de governance voor een maatschappelijke onderneming afwijkt of zou dienen af te wijken van de governance van andere ondernemingen. In het verlengde van het governancevraagstuk wordt ingegaan op de positie die het enquêterecht kan hebben voor de maatschappelijke onderneming en op aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid met betrekking tot de maatschappelijke onderneming, een en ander in vergelijking met betrekking tot andere ondernemingen.

In het publieke debat rond de maatschappelijke onderneming wordt soms verwezen naar buitenlandse ontwikkelingen, die tot voorbeeld zouden kunnen strekken voor de Nederlandse wetgever. In hoofdstuk 5 wordt onderzocht of en in hoeverre inderdaad sprake is van parallelle ontwikkelingen en bovendien of er elementen aangewezen kunnen worden die voor de Nederlandse situatie argumenten kunnen aandragen, leerzaam kunnen zijn, als voorbeeld tot navolging of als waarschuwing hoe ontwikkelingen kunnen ontsporen of effectiviteit kunnen missen⁴⁵. Objecten van onderzoek zijn de *Vereniging met Sociaal Oogmerk* in België, de *association reconnu d'utilité publique* en de *fondation reconnu d'utilité publique* in Frankrijk, de *organizzazione non lucrativa die utilita sociale* in Italië, de *Low-Profit Limited Liability Company*, die in enkele Amerikaanse staten kan worden opgericht en de *Community Interest Company* in het Verenigd Koninkrijk. Niet eerder genoemd in het publieke debat is de *Aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning* in Zweden.

In hoofdstuk 6 wordt een praktijkvoorbeeld beschreven van een maatschappelijke onderneming buiten de sectoren zorg, onderwijs en sociale woningbouw, namelijk de veerdienst naar het eiland Texel, ooit door Balkenende als maatschappelijke onderneming gekenschetst. Dit voorbeeld wordt afgezet tegen een onderneming uit het recente verleden, die achteraf gezien een maatschappelijke onderneming blijkt te zijn: het RSV concern. Deze beide voorbeelden zijn niet afkomstig uit de sectoren die veelal genoemd worden als voor de hand liggend werkerterrein van maatschappelijke ondernemingen, namelijk de zorg, het onderwijs en de sociale woningbouw. Juist daarom kunnen zij een bijdrage leveren aan het inzicht hoe maatschappelijke ondernemingen in de praktijk functioneren.

⁴⁵ Zie Smits, blz. 115.

In hoofdstuk 7 volgt een slotbeschouwing. De bevindingen van de voorafgaande hoofdstukken worden in hun onderlinge samenhang gewogen en beoordeeld, met als doel van daaruit bij te dragen aan de beantwoording van de hiervoor geformuleerde onderzoeksvragen en zo mogelijk de contouren zichtbaar te maken van een rechtsvorm die beantwoordt aan een in de samenleving aanwijsbare behoefte met betrekking de maatschappelijke onderneming. Vooraf ligt de vraag open of dat een bestaande dan wel een nieuw te ontwikkelen rechtsvorm dient te zijn.



II. Kroniek van de maatschappelijke onderneming 1992-2009

2.1 INLEIDING

Het juridische fenomeen ‘maatschappelijke onderneming’ is niet goed te begrijpen zonder de historische achtergrond. De term ‘maatschappelijke onderneming’ is bij uitstek tijdgebonden.

Op 7 februari 2007 kwam een coalitieakkoord tot stand tussen de Tweede Kamer fracties van CDA, PvdA en ChristenUnie. In dat akkoord werd de invoering van een nieuwe rechtsvorm aangekondigd:

*“Bij de invulling van overheidszorg en publieke voorzieningen wordt zoveel mogelijk ruimte gelaten voor maatschappelijke betrokkenheid en eigen initiatief. In dat kader wordt de rechtsvorm van maatschappelijke onderneming ingevoerd”.*⁴⁶

Deze nieuwe rechtsvorm diende derhalve zowel de maatschappelijke betrokkenheid als het eigen initiatief te bevorderen. Daarnaast diende de nieuwe rechtsvorm ruimte te gaan bieden aan ondernemerschap en privaat kapitaal in de gezondheidszorg. We lezen namelijk in het coalitieakkoord nog het volgende: *“Er zal ruimte worden geboden voor ondernemerschap en privaat kapitaal, bij voorkeur langs de weg van de maatschappelijke onderneming. Nieuwe toetreders moeten niet onnodig worden belemmerd. Toetsing vindt primair plaats op basis van kwaliteit en toegankelijkheid.”*⁴⁷

Het belang dat het toenmalige kabinet Balkenende IV aan een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming hechtte, bleek uit de voortvarendheid waarmee de minister van justitie te werk is gegaan. Een wetsvoorstel voor de nieuwe rechtsvorm werd enkele weken na de totstandkoming van het kabinet aangekondigd⁴⁸ en een voorontwerp voor een wetsvoorstel verscheen enkele maanden daarna. In dit hoofdstuk komt de wetsgeschiedenis aan de orde vanaf de ideologische bronnen tot de intrekking van het wetsvoorstel maatschappelijke onderneming in 2010 door het kabinet Rutte.

⁴⁶ Coalitieakkoord tussen de Tweede Kamer fracties van CDA, PvdA en ChristenUnie. (7 februari 2007) Hoofdstuk VI, paragraaf Bestuurlijke inrichting en wetgeving, punt 5.

⁴⁷ Coalitieakkoord a.w., hoofdstuk VI, paragraaf Volksgezondheid en Zorg. 29

⁴⁸ Het Financiële Dagblad, 16 maart 2007.

2.2 DE TERM MAATSCHAPPELIJKE ONDERNEMING

Dertig jaar geleden hield Van Wersch zich bezig met democratisering van organisaties, die wij als maatschappelijke ondernemingen zouden betitelen, waarover later meer. Van Wersch stelde destijds voor om door middel van een evenwichtige verdeling van bestuurszetels tussen vertegenwoordigers van personeel, vertegenwoordigers van cliënten⁴⁹ en onafhankelijke derden reële inspraak van belanghebbenden te verschaffen zonder de bestuursbevoegdheid als zodanig uit te hollen⁵⁰. Achteraf beschouwend, kunnen we vaststellen dat ook Van Wersch reeds zocht naar vormen die konden dienen tot het afleggen van verantwoording aan de samenleving buiten de overheid om. De desbetreffende activiteiten – zoals zorg, onderwijs en maatschappelijk werk – werden niet in termen van ondernemerschap benaderd, de term ‘maatschappelijke onderneming’ was onbekend. De roep om een specifieke rechtsvorm voor wat we nu maatschappelijke ondernemingen noemen, werd overigens in de jaren ’70 en ’80 van de twintigste eeuw wel gehoord⁵¹.

In 2002 heeft Balkenende de term ‘maatschappelijke onderneming’ gebruikt, in een publicatie. Voor hem is de maatschappelijke onderneming dan een vereniging of stichting, die zelfstandig een maatschappelijke doelstelling uitvoert.⁵² Eerder hanteerde Balkenende de term ‘maatschappelijke organisaties’ en reeds in 1992 bepleitte hij een juridische vormgeving om de samenleving aan te spreken op eigen verantwoordelijkheden of meer ‘verantwoordelijkheid in eigen kring’. Daarbij dacht hij aan nieuwe afwegingsmechanismen en aan meer private verantwoordelijkheid voor regelgeving en financiering. De overheid zou zich meer dienen te concentreren op haar kerntaken⁵³. Balkenende geeft geen blauwdruk van die kerntaken, hij bepleit een herbezinning, zodanig dat helderheid ontstaat over de rol van de diverse maatschappelijke actoren, waaronder met name de overheid⁵⁴. De verantwoording aan de samenleving zou niet noodzakelijkerwijs via de overheid afgelegd behoeven te worden.

Balkenende was in 2002 niet de eerste, die de term maatschappelijke onderneming gebruikt. In Christen-Democratische Verkenningen 1999, nummer 6 gaven J.G. de Hoop Scheffer en H.J.M. Dankers in een artikel “maatschappelijk middenveld met nieuwe spelers” de volgende definitie van de maatschappelijke

⁴⁹ Destijds aangeduid als ‘gebruikers’.

⁵⁰ Zie Van Wersch, blz. 191.

⁵¹ Zie Houwen (2009), blz. 33, onder meer verwijzend naar T.J. van der Ploeg, die in 1981 reeds bepleitte om daartoe varianten in de wettelijke regelingen van de vereniging en de stichting te brengen.

⁵² Balkenende (2002), blz. 106 e.v.

⁵³ Balkenende (1992), blz. 274.

⁵⁴ Balkenende (1992), blz. 297.

onderneming: Maatschappelijke ondernemingen zijn gewone ondernemingen, maar zonder winstuitdeling aan aandeelhouders (NV-BV-CV) of leden (Coöperatie of Onderlinge). Maatschappelijke ondernemingen werken met ingehouden winst en hebben daarom de vorm van een vereniging of stichting en werken complementair aan overheidstaken.⁵⁵

Dit is vermoedelijk de oudste publicatie waarin de term ‘maatschappelijke onderneming’ wordt gebruikt. De term werd derhalve geïntroduceerd in christendemocratische publicaties, in een bestuurskundig kader. Maatschappelijke ondernemingen worden in 1999 omschreven als gewone ondernemingen, maar zonder winstuitdeling aan aandeelhouders of leden, die werkzaamheden verrichten complementair aan overheidstaken. Verder lijkt de maatschappelijke onderneming nog vooral in negatieve termen omschreven te worden: geen overheidstaken, geen vrijwilligersorganisatie, wel opererend op de markt, maar niet commercieel⁵⁶. De term maatschappelijke onderneming is derhalve een relatief jong begrip voor activiteiten die tot dan toe voornamelijk werden – en nog vaak worden – uitgeoefend in de rechtsvormen stichting en vereniging. De zorgsector was vanouds in Nederland voornamelijk georganiseerd in stichtingen, de sociale woningbouw werd sinds het begin van de 20e eeuw beoefend door verenigingen (die in het laatste kwart van de eeuw vaak zijn omgezet in stichtingen), terwijl in het onderwijs de rechtsvormen gedifferentieerd waren, analoog aan de verzui-ling: protestants christelijke scholen gingen meestal uit van een vereniging, rooms katholieke scholen werden bestuurd door stichtingen, terwijl het openbaar onderwijs onderdeel was van publiekrechtelijke lichamen, zoals gemeenten en de staat.

De term maatschappelijke onderneming raakte snel ingeburgerd en werd in ieder geval vanaf 2003 ook door organisaties gebruikt om zichzelf te afficheren, zoals bijvoorbeeld de leden van het PMO (voorheen NTMO)⁵⁷. Zij voelen zich maatschappelijke ondernemingen door de combinatie van twee factoren: zij opereren in een marktsituatie, maar wenden hun middelen aan ten behoeve van de samenleving⁵⁸. Zij worden derhalve zowel gedreven door publieke verantwoordelijkheid en maatschappelijk plichtsbesef als door commerciële prikkels en fi-

⁵⁵ De Hoop Scheffer/Dankers, blz.24.

⁵⁶ Balkenende/Dolsma, blz. 70 e.v.

⁵⁷ Het Platform Maatschappelijke Ondernemingen (PMO) was tot 1 juni 2008 genaamd: Netwerk Toekomst Maatschappelijke Ondernemingen (NTMO). Het PMO is een samenwerkingsverband van brancheorganisaties op het gebied van zorg, onderwijs en wonen en wordt gevormd door acht brancheorganisaties. Naast de HBO-raad, Aedes, NVZ en de MOgroep zijn dat ActiZ, de MBO Raad, Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland en GGZ Nederland. Het PMO is gelieerd aan de ondernemersverenigingen VNO-NCW en MKB Nederland. In het vervolg worden bij bronvermeldingen de namen PMO en NTMO beide gebruikt, al naar gelang de naam van de organisatie ten tijde van de desbetreffende publicatie.

⁵⁸ NTMO (2003), blz. 6.

nancieel rendement⁵⁹. Waar Balkenende de vinger legt bij een hiaat in de ‘paarse’ wereldbeschouwing, waardoor maatschappelijke organisaties worden vergeten, wees het NTMO op een gevolg daarvan: achterstallig onderhoud in regelgeving en structuren, waardoor maatschappelijke ondernemingen belemmerd worden in hun ontwikkeling⁶⁰. Zij hebben enerzijds te maken met ambtelijke verantwoordingsstructuren en anderzijds met een commerciële bedrijfsverantwoordelijkheid, en die twee zijn niet op elkaar afgestemd. Dat veroorzaakt aanzienlijke bestuurs- en transactiekosten en dat gaat bovendien ten koste van de kwaliteit van het primaire proces⁶¹.

De maatschappelijke onderneming neemt zelf initiatieven om haar activiteiten te ontwikkelen en te innoveren. Dat onderscheidt haar van de overheidsdienst, die gekenmerkt wordt door een cultuur van volgzzaamheid, afwachten en uitvoeren van opdrachten⁶². Samengevat was de klacht van het NTMO: maatschappelijke ondernemingen worden in hun eigen verantwoordelijkheid miskend en worden als gevolg van een overmaat aan ambtelijke controle in hun ontwikkeling belemmerd.

In het kader van een programma genaamd ‘Bruikbare rechtsorde’, dat gericht was op vermindering van regeldruk, werd een interdepartementale werkgroep ingesteld onder voorzitterschap van Wijffels, met de opdracht om te onderzoeken hoe instellingen in de semipublieke sector beter in staat konden worden gesteld om invulling te geven aan hun maatschappelijke verantwoordelijkheid⁶³. Wijffels c.s. zijn de eersten die de term maatschappelijke onderneming plaatsen in een juridisch begrippenkader. De term maatschappelijke onderneming wordt door Wijffels c.s. omschreven als volgt:

.... een privaatrechtelijke rechtsvorm... 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.⁶⁴

⁵⁹ NTMO (2003), blz. 10.

⁶⁰ Zie NTMO (2003), blz. 9.

⁶¹ NTMO (2003), blz. 13.

⁶² Zie NTMO (2003), blz. 10.

⁶³ Wijffels, blz. 3.

⁶⁴ Wijffels.

Parallel aan de studie van de interdepartementale werkgroep werd gewerkt door De Ru c.s. aan een onderzoeksrapport dat als onderdeel van een breder rapport⁶⁵ van het Wetenschappelijk Instituut van het CDA verscheen, maar ook als zelfstandige studie werd gepubliceerd⁶⁶.

De Ru c.s. definieert de maatschappelijke onderneming als:

een onderneming;

die is vormgegeven als privaatrechtelijke rechtspersoon;

die een maatschappelijk doel nastreeft dat parallel loopt aan het algemeen belang;

waarvan het overschot (de "winst") niet wordt uitgekeerd, maar geheel en alleen wordt aangewend voor de realisering van het maatschappelijk doel dat de onderneming nastreeft⁶⁷.

Opvallend in vorenstaande definities is het brede toepassingsgebied voor de maatschappelijke onderneming. Gedacht moet worden aan de gezondheidszorg, het onderwijs, de welzijnssector, de volkshuisvesting en ook de arbeidsvoorziening. Deze opsomming is niet uitputtend. Ook onder meer tolwegen, tunnels en vervoersbedrijven kunnen als maatschappelijke ondernemingen georganiseerd worden.

Al deze vormen van maatschappelijke dienstverlening hebben te maken met een geschiedenis van intensieve overheidsbemoediging, maar ze zijn in meer of mindere mate voortgekomen uit particulier initiatief met een ideëel karakter⁶⁸, resulterend in een gemengd bestel waarin georganiseerde belanghebbenden samen met de overheid het beleid en de uitvoering van publieke taken vormgeven. Anders gezegd: maatschappelijke ondernemingen voeren publieke taken uit, die niet noodzakelijk door de overheid zelf uitgevoerd behoeven te worden⁶⁹.

Wijffels en De Ru c.s. noemen het niet uitkeren van winst als kenmerk van maatschappelijke ondernemingen. Sinds in ieder geval 2007 staat ter discussie of dit een *conditio sine qua non* is voor de maatschappelijke onderneming⁷⁰ en

⁶⁵ Wetenschappelijk Instituut van het CDA (2005), *Investeren in de samenleving*. De overige delen van het rapport zijn van de hand van A. Klink.

⁶⁶ De Ru c.s.

⁶⁷ De Ru c.s, blz. 19.

⁶⁸ WRR, Hoofdstuk 2

⁶⁹ Het is interessant om de definitie van een maatschappelijke onderneming te vergelijken met die van het begrip 'non-profit instelling', dat gangbaar was in de jaren '70 en '80 van de 20e eeuw, bijvoorbeeld bij Van Wersch, blz. 7: "uitvoerende instellingen werkzaam in de niet-commerciële dienstverlenende sector, die geheel of grotendeels uit de collectieve middelen worden gefinancierd en die een particulier, althans privaatrechtelijk, karakter bezitten." Deze definitie houdt geen rekening met eventuele rendementen en besteedt derhalve geen aandacht aan de bestemming daarvan. Voorts is gerichtheid op een algemeen of maatschappelijk belang geen onderdeel van de definitie uit 1979.

⁷⁰ Zie onder meer Bier.

wetsvoorstel nummer 32003 voorzag zelfs in een mogelijkheid om winstbewijzen uit te geven.

Recapitulerend:

Er zijn instellingen die taken uitvoeren, waarmee het algemeen belang gediend is, zonder dat die taken tot het overheidsmonopolie behoren. De gezondheidszorg, het onderwijs, de welzijnssector, het onderwijs en de volkshuisvesting en ook de arbeidsvoorziening kennen een intensieve overheidsbemoediging, maar zijn in meer of mindere mate voortgekomen uit particulier initiatief met een ideëel karakter⁷¹. Deze organisaties worden in het begin van de 21e eeuw aangeduid als maatschappelijke ondernemingen.

De term maatschappelijke onderneming is een exponent van twee maatschappelijke ontwikkelingen, die beide terug te voeren zijn op een veranderde visie op de positie van de overheid in de samenleving. Enerzijds is er de tendens om meer ruimte te geven aan marktwerking, derhalve ook in sectoren die voorheen van marktmechanismen werden afgeschermd, anderzijds wordt van ondernemingen in toenemende mate verwacht dat zij oog hebben voor de langetermijneffecten van hun handelen, waarbij niet alleen de winst voor eigenaren of aandeelhouders, maar ook de betekenis voor andere stakeholders en de gevolgen voor het leefmilieu in aanmerking worden genomen.

Nu de opkomst van de term maatschappelijke onderneming zijn geschetst, is het van belang om nader in te gaan op de historische ontwikkeling, die heeft geleid tot het wetsvoorstel in 2009. Die geschiedenis wordt hieronder gereconstrueerd.

2.3 BALKENENDE (1992 – 2002)

Eén van de belangrijkste bronnen voor de ontwikkeling van de maatschappelijke onderneming is het gedachtegoed van de latere minister-president Balkenende. Op 21 februari 1992 promoveerde Jan Pieter⁷² Balkenende op een dissertatie met de titel ‘Overheidsregelgeving en maatschappelijke organisaties’⁷³. Essentieel voor Balkenende is het onderscheid tussen overheid en particuliere sector. De term ‘maatschappelijk middenveld’ is daarvoor te weinig differentiërend. Balkenende geeft de voorkeur aan de term ‘maatschappelijke organisaties’. Aanknopingspunten voor een definitie van de term organisatie zoekt hij in de juridische

⁷¹ Dat het ook anders kan, blijkt uit de situatie in Zweden. Het werkterrein van maatschappelijke ondernemingen is daar geheel of grotendeels in handen van de overheid, die zelf de diensten verleent. Ook in Zweden zijn de activiteiten vaak voortgekomen uit particulier initiatief, maar particuliere organisaties houden zich thans voornamelijk bezig met belangenbehartiging. Zie Burger/Dekker, blz. 291. Daarmee vertoont de situatie in Zweden een overeenkomst met die in de Anglo-Amerikaanse rechtscultuur, zie hoofdstuk 5.

⁷² Roepnaam: Jan Peter.

⁷³ Promotor was H.J. de Ru.

status (rechtsvorm), het doel en de achterliggende belangen, maar met name in de vraag wie in het publieke domein tot reguleren bevoegd is en aldus kan bijdragen aan de realisatie van het doel. Het publieke domein is voor Balkenende groter dan het werkkerrein van de overheid. Het publieke domein omvat alle zaken die het individuele en engere groepsbelang overstijgen en die van overwegend belang zijn voor de samenleving in haar geheel of delen ervan. Voor een goed begrip van de invalshoek van Balkenende, dienen we de stelling ook van de andere kant te benaderen: het werkkerrein van de overheid is beperkter dan het publieke domein. De stelling hangt derhalve niet alleen samen met een visie op de omvang van het publieke domein, maar ook en met name met een visie op de omvang van de overheidstaak, zoals we hierna zullen zien.

Balkenende komt tot een onderscheid van drie categorieën private organisaties, te weten:

- I. particuliere organisaties, deze hebben niet het oogmerk regulerende activiteiten te ontplooiën op het publieke domein;
- II. sociaal-grondrechtelijk georiënteerde particuliere organisaties, deze hebben niet het oogmerk regulerende activiteiten te ontplooiën op het publieke domein, maar begeven zich wel op het publieke domein, daartoe gefaciliteerd door de overheid, hetzij financieel, hetzij door middel van regelgeving, hetzij door een combinatie van beide;
- III. maatschappelijke organisaties, deze begeven zich op het publieke domein en ontplooiën daar zelf regulerende activiteiten of willen dat althans.⁷⁴

Maatschappelijke ondernemingen behoren in bovenstaand schema tot de sociaal-grondrechtelijk georiënteerde particuliere organisaties. Ze ontplooiën geen regulerende activiteiten, zoals bijvoorbeeld koepelorganisaties en organisaties van beroepsgroepen. Wel begeven ze zich op het publieke domein door te voorzien in behoeften die het individuele belang en het engere groepsbelang overstijgen.

Balkenende bepleitte meer ruimte voor maatschappelijke organisaties om regelgevend op te treden. Dit pleidooi kwam voort uit enerzijds de behoefte om gebleken overbelasting van de overheid tegen te gaan, anderzijds uit een maatschappijvisie, waarbij de rol van de overheid beperkt is. De samenleving is niet een piramide, de overheid kan derhalve niet aan de top van die piramide staan. De samenleving bestaat uit diverse deelsystemen – netwerken – en heeft daarom

⁷⁴ Balkenende (1992), blz. 17 e.v. De definitie van het publieke domein ontleent Balkenende aan Kreukels en Simonis (1988), *Publiek domein. De veranderende balans tussen staat en samenleving*, Meppel-Amsterdam.

niet één middelpunt. De overheid moet dan ook niet doen alsof zij het middelpunt van die samenleving kan zijn⁷⁵.

Het is de hiervoor geschetste maatschappijvisie, die ten grondslag ligt aan de wens om een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming in te voeren. Het idee om een orgaan ter vertegenwoordiging van belanghebbenden in te voeren bij de maatschappelijke onderneming dient mede ter ontlasting van de overheid, die wel het belang van belangenbehartiging onderkent, maar daartoe zelf niet bereid of in staat is. Zelf doen, zelf financieren en zelf reguleren zijn de sleutelwoorden. De klassieke en sociale grondrechten⁷⁶ zijn gebaseerd op het overheid individua schema. Balkenende zou de grondrechten willen aanvullen met ‘sociale vrijheidsrechten’, waarin de eigen betekenis van maatschappelijke organisaties wordt erkend⁷⁷, met name voor wat betreft hun vermogen tot regulerend optreden, onder verantwoording aan hun achterban. Het is een politiek vraagstuk om criteria voor overheidsoptreden te formuleren, waarbij de sociale grondrechten en de klassieke voorwaarden van de rechtsstaat als leidraad kunnen dienen⁷⁸.

De door Balkenende bedoelde betekenis van maatschappelijke organisaties is specifiek voor de Nederlandse situatie en wordt niet op universeel of op Europees niveau gedeeld, althans niet in die mate. Verankering van deze ‘sociale vrijheidsrechten’ in de grondwet zou manifesteren dat Nederland zichzelf nog altijd ziet als een gidsland voor de wereld. We blijven een natie van kooplieden en dominees.

2.4 NTMO (2003)

Dat het fenomeen maatschappelijke onderneming ook het werkveld bezig hield, bleek in 2003. In dat jaar verscheen een rapport van het Netwerk Toekomst Maatschappelijke Ondernemingen⁷⁹, getiteld: *De waarde van de maatschappelijke onderneming geborgd*. De opstellers van het rapport waren verbonden aan de faculteit Bestuurskunde van de Universiteit te Leiden⁸⁰. De publicatie gaf een beschrijving van het profiel van de maatschappelijke ondernemingen en een voorstel voor een branchecode. Het Netwerk Toekomst Maatschappelijke Onderneming (NTMO) werd en wordt gevormd door brancheorganisaties. Ten tijde van het verschijnen

⁷⁵ Balkenende (1992), blz. 274 e.v.

⁷⁶ Sinds 1983 tot uitdrukking gebracht in hoofdstuk I van de Grondwet.

⁷⁷ Balkenende (1992), blz. 244.

⁷⁸ Balkenende (1992), blz. 278.

⁷⁹ Het NTMO heeft per 1 juni 2008 haar naam gewijzigd in Platform Maatschappelijke Onderneming (PMO) in Ondernemend Nederland. Bij verwijzing naar haar publicaties gebruik ik telkens de naam die de organisatie ten tijde van de desbetreffende publicatie had.

⁸⁰ T. Toonen, G. Dijkstra en F. van der Meer.

van het rapport waren dat: Aedes vereniging van woningcorporaties, Arcare brancheorganisatie verpleging en verzorging, LVT Landelijke Vereniging voor Thuiszorg, de HBO-Raad vereniging van hogescholen, NVZ vereniging van ziekenhuizen en de Bve Raad brancheorganisatie van onderwijsinstellingen in het middelbaar beroepsonderwijs en de volwasseneneducatie. Het NTMO kon zich derhalve laten gelden als een brede koepelorganisatie.

Het NTMO constateerde dat er geen eenduidig en werkbaar kader voor maatschappelijke ondernemingen beschikbaar was⁸¹. Het rapport beoogt het profiel van maatschappelijke ondernemingen te beschrijven. Op basis daarvan wordt een Branche Code gepresenteerd⁸². Het NTMO bouwt voort op diverse governancecodes die in de achterliggende periode zijn ontwikkeld en die geacht worden bepaalde maatschappelijke ontwikkelingen te weerspiegelen. Gedacht kan worden aan de code voor beursgenoteerde ondernemingen van de commissie Tabaksblat, aan de code voor de gezondheidszorg “Health Care Governance Code” van de commissie Meurs en de Zorgbrede Governancecode van het samenwerkingsverband van brancheorganisaties in de zorg (BOZ).

Het rapport signaleert een botsing tussen twee visies op de organisatorische en institutionele positie van de maatschappelijke onderneming.

Vanuit overheidsperspectief zijn volgens het NTMO maatschappelijke ondernemingen een vorm van functioneel bestuur op privaatrechtelijke grondslag, daarmee verwoordend hoe de overheidsbemoedening door haar achterban wordt ervaren. Dit sluit aan bij de door Mouwen gesignaleerde neiging van de overheid om te denken in een enkelvoudige sturingsrelatie in de richting van de maatschappelijke onderneming⁸³. Maatschappelijke ondernemingen zien zichzelf daarentegen als particulier initiatief, dat werkzaam is in het publieke domein⁸⁴. Historisch gezien is dat juist, wat echter niets zegt over de verantwoordelijkheid van de overheid ten opzichte van maatschappelijke ondernemingen. De benadering van Balkenende, waarbij de kerntaken van de overheid dienen te worden ge(her)formuleerd, leidt tot een sterker argument voor de stellingname van het NTMO.

Het NTMO bepleit een ‘uitruil’, om zo te komen tot minder regels en meer eigen verantwoordelijkheid voor de maatschappelijke onderneming, waar tegenover een nieuw institutioneel verantwoordingskader ontwikkeld dient te worden. In plaats van de hiërarchische verantwoordingsrelatie ten opzichte van de overheid, dient een samenstel van horizontale en verticale verantwoordingsrelaties te komen, waarbij de overheid zich minder indringt in het primaire proces van de

⁸¹ NTMO (2003).

⁸² Zie hoofdstuk 3.

⁸³ Mouwen (2010), blz. 7.

⁸⁴ NTMO (2003), blz. 47.

maatschappelijke ondernemingen. De huidige aanwezigheid van overheidsvoorschriften en -controle in dat primaire proces staan een efficiënte bedrijfsvoering in de weg⁸⁵. Van Bijsterveld wijst er in dit verband op, dat particuliere organisaties beter dan overheidsinstellingen in staat zijn om in te spelen op de individuele wensen van de gebruikers⁸⁶.

Het gedachtegoed van het NTMO heeft grote overeenkomsten met het doel van het overheidsprogramma Bruikbare rechtsorde, waar de werkgroep van Wijffels c.s. onderdeel van was. Waar echter Balkenende lijkt te bepleiten dat de overheid eenzijdig ruimte dient te geven aan maatschappelijke organisatie, komt het NTMO met een voorstel tot uitruil, zodat van wederkerigheid in de uitvoering gesproken kan worden. Deze andere benadering moet wellicht zo begrepen worden dat de NTMO een dialoog – en dus eigen betrokkenheid van de organisaties – bepleitte tegenover eenzijdig politiek handelen.

Het NTMO heeft het rapport uitdrukkelijk gepresenteerd als een stap in een ontwikkelingsproces. Een uitgewerkte blauwdruk voor de gewenste structuur wordt niet gegeven. Wel wordt gesteld dat veel overheidsbemoeyenis voortkomt uit gebreken in de beschikbare institutionele structuur, met andere woorden: uit het niet beschikbaar zijn van een adequate rechtsvorm. Hiaten op institutioneel niveau werden op andere niveaus gecompenseerd en dat heeft bureaucrativering in de hand gewerkt. De zeer wenselijke vermindering en opheffing van regels zou daarom slechts mogelijk zijn in het kader van een herinrichting van regels en bestuurlijke verhoudingen⁸⁷.

Uit de stellingname van het NTMO blijkt dat ook in het veld werd ervaren dat de overheidsregulering haar grenzen had bereikt. Dit aspect van de analyse van Balkenende werd derhalve door het veld gedeeld.

2.5 WRR (2004)

Op 8 november 2004 presenteerde de Wetenschappelijke Raad voor het Regeeringsbeleid aan de regering het rapport 'Bewijzen van goede dienstverlening'. Het rapport gaat in op het spanningsveld dat op veel terreinen van maatschappelijke dienstverlening – zorg, onderwijs, volkshuisvesting, welzijn en arbeidsvoorziening – is waar te nemen tussen de geldende regelgeving, de oriëntatie van de dienstverleners en de wensen van de cliënten⁸⁸. Aanleiding tot het rapport vormden het vele overheidsingrijpen in deze sectoren, veranderingen in het toezicht en een veranderende attitude van de doelgroepen.

⁸⁵ NTMO (2003), blz. 51.

⁸⁶ Van Bijsterveld, blz. 17.

⁸⁷ NTMO (2003), blz. 59.

⁸⁸ WRR, blz. 9 e.v.

In dit rapport wordt de term ‘maatschappelijke dienstverlening’ gebruikt voor het terrein waarop maatschappelijke ondernemingen werkzaam zijn. Er wordt gesignaleerd dat er spanningen optreden tussen de verschillende partijen die bij de maatschappelijke dienstverlening zijn betrokken. Om de oorzaken van die spanningen te analyseren, maakt het rapport onderscheid tussen primaire doelen (de operationele taken), secundaire doelen (de randvoorwaarden om de primaire doelen te faciliteren) en tertiaire doelen (brede maatschappelijke doelstellingen)⁸⁹.

Veel spanningen zijn terug te leiden tot het overheidsstreven om de primaire doelen van instellingen en de werkzame professionals te gebruiken voor haar eigen secundaire en tertiaire doelen. Met name in sectoren waar een hoog kennisniveau is vereist (onderwijs, zorg) is de overheid voor haar doelstellingen afhankelijk van de professionals. Conflictstof ligt dan besloten in elementen als toegankelijkheid (wie bepaalt voor wie de dienst beschikbaar is), kwaliteit (wat is bepalend voor de kwaliteit van de dienstverlening en wie bepaalt dat) en doelmatigheid (wie stelt de budgettaire prioriteiten)⁹⁰. In de historische ontwikkeling wordt zichtbaar dat de doelstellingen van de overheid zich eerst richten op de toegankelijkheid van de dienstverlening. Vanaf de jaren '60 van de twintigste eeuw gaat de overheid zich bemoeien met de inhoud (kwaliteit) van de dienstverlening, met het oogmerk de dienstverlening te laten bijdragen aan door de overheid nagestreefde tertiaire doelen. Het verschilt per sector in hoeverre de overheid daarin slaagt. De professionals in de gezondheidszorg hebben hun eigen doelstellingen en organiseren zich tegenover de overheid. Het onderwijs daarentegen is veel minder in staat tot inhoudelijk verweer tegen de door de overheid opgelegde doelstellingen⁹¹.

De spanningen groeien wanneer in de jaren '80 onder druk van de noodzaak tot bezuinigen de doelmatigheid het dominante aandachtspunt wordt. Het adagium ‘wie betaalt bepaalt’ leidt tot een verschuiving van zeggenschap. Tot dan toe hadden veel instellingen een bestuur van vrijwilligers, dat voornamelijk een faciliterende rol had ten opzichte van de werkzame professionals. Van de professionals werd kennelijk te weinig oog voor kostenbeheersing verwacht, want er vond een ontvlechting van beleid en uitvoering plaats. Het vrijwilligersbestuur werd getransformeerd in een raad van toezicht⁹² en het bestuur van de instelling kwam

⁸⁹ WRR, blz. 108.

⁹⁰ WRR, blz. 109.

⁹¹ Zie ook hoofdstuk 3.

⁹² Inmiddels brengen governance codes met zich mee, dat ook raden van toezicht worden geprofessionaliseerd. Er worden hogere eisen aan de leden van raden van toezicht gesteld door middel van profielschetsen, assessments, en dergelijke.

in handen van professioneel management, waaraan de in het primaire proces werkzame professionals ondergeschikt werden⁹³.

Tegelijkertijd werd de cliënt mondiger en veroverde zich een plaats in overleg- en medezeggenschapsstructuren. Aanvankelijk is de invloed van de cliënt vooral gericht op de kwaliteit van de dienstverlening. Vanaf de jaren '80 echter wordt de cliënt door de overheid betrokken bij de bevordering van doelmatigheid.

De WRR constateert dat de maatschappelijke dienstverlening goed kan functioneren in een hybride systeem van zowel overheidstoezicht als marktwerking⁹⁴. Deze hybride omgeving bevordert het voeren van een beleid op een breed terrein en met een lange termijn visie. Risico's zijn daarentegen het ontstaan van patstellingen in besluitvormingsprocessen en de uitsluiting van belanghebbenden die niet een plek in het besluitvormingsproces veroverd hebben⁹⁵. Voor de invulling van de rechtsvorm maatschappelijke onderneming is de volgende constatering van de WRR niet onbelangrijk: *Georganiseerde belanghebbenden gedragen zich in niet onbelangrijke mate als calculerende spelers die hun betrokkenheid graag beloofd zien*⁹⁶.

De WRR waarschuwt voor het uit elkaar trekken van beleid en uitvoering, doel en middelen, kaderstelling en mandatering zonder flankerende maatregelen om de negatieve effecten daarvan te voorkomen⁹⁷. In het hybride stelsel dat we hebben is de benodigde kennis over alle betrokkenen verspreid. Uitwisseling van kennis is derhalve noodzakelijk om te voorkomen dat kennis verloren gaat. Het gevaar is reëel dat dan uitsluitend gestuurd gaat worden op meetbare prestaties, met als gevolg dat deze prestaties centraal komen te staan in plaats van het inhoudelijke resultaat. Daaruit vloeit een tweede gevaar voort, namelijk dat er gezocht gaat worden naar een gemiddelde waarop alles en iedereen wordt beoordeeld, met als gevolg dat de prikkel tot excelleren wordt onderdrukt. Een derde risico is dat de focus zo sterk op meten en beoordelen komt te liggen, dat toezichthouders vergeten(!) om in te grijpen als de omstandigheden dat vereisen.

Een volgende valkuil is de gedachte dat maatschappelijke dienstverlening in toenemende mate te maken heeft met kritische en mondige consumenten, daarbij vergetend dat veel cliënten niet uit vrije keuze gebruik maken van veel vormen van maatschappelijke dienstverlening. Daarnaast bestaat het gevaar dat de aandacht voor procesbeheersing ten koste gaat van aandacht voor en het (politieke) debat over de ethische en normatieve aspecten van de maatschappelijke dienstverlening.

⁹³ WRR, blz. 112, zie ook Van Wersch.

⁹⁴ WRR, blz. 221.

⁹⁵ Zie WRR, blz. 36 e.v.

⁹⁶ WRR, blz. 37.

⁹⁷ WRR, blz. 227 e.v.

Een laatste gevaar waar de WRR op wijst, is het risico dat er een opeenstapeling van toezichtvormen ontstaat, waarbij het doel van het toezicht uit het oog wordt verloren en er ‘toezicht om het toezicht’ ontstaat.

De wettelijke regeling van de rechtsvorm maatschappelijke onderneming dient er volgens de WRR aan bij te dragen dat de door de WRR gesignaleerde valkuilen worden onderkend en vermeden. De WRR bepleit een systeem van ‘checks and balances’ waarin overheidsregulering, zelfregulering en marktregulering elkaar aanvullen. Daartoe komt de WRR tot het formuleren van vijf principes⁹⁸:

- *Kennisallianties:*
het management dient ontmoetingen te organiseren waar de verschillende actoren hun kennis delen en uitwisselen op instellingsniveau, brancheorganisaties zouden ditzelfde dienen te doen op sectorniveau.
- *Investeren in variëteit en innovatieve praktijken:*
er dient een systeem van inspanningsverplichtingen te komen, waarbij kwaliteit, doelmatigheid en toegankelijkheid van de dienstverlening de leidende factoren zijn.
- *Organiseren van actieve tegenkrachten:*
medezeggenschap dient geen rituele dans te zijn, er moet een actieve inhoudelijke discussie met belanghebbenden gezocht en gevoerd worden. Daarnaast dient iedere instelling te zorgen voor een laagdrempelige vorm van (openbare) geschillenbeslechting.
- *Gerichte maatschappelijke verantwoording:*
naar voorbeeld van de gezondheidszorg dienen er richtlijnen te komen voor een periodieke openbare verslaglegging door iedere instelling.
- *Samenhangend, sober en selectief toezicht:*
de raad van toezicht dient een wettelijke verankering te krijgen en te professionaliseren. De raad van toezicht dient zich periodiek te verantwoorden en disfunctionerende toezichthouders dienen – bij voorkeur door de Ondernemingskamer – ontslagen te kunnen worden.

Wanneer wij nader op deze principes ingaan, dan blijkt dat het eerste principe – uitwisseling van kennis – niet bepaald wordt door de keuze van een rechtsvorm. Bepalend is de bereidheid van de actoren in het veld – management en professionals – om kennisallianties aan te gaan. Om die bereidheid te verkrijgen is een

⁹⁸ WRR, blz. 234 e.v.

cultuur vereist, waar die bereidheid deel van uitmaakt, hetgeen bevorderd kan worden door breed gedragen gedragscodes. De rechtsvorm van de organisatie heeft daar geen directe invloed op, hetgeen niet wegneemt dat de rechtsvorm in meer of mindere mate de infrastructuur voor kennisuitwisseling kan aanbieden. Hetzelfde kan gezegd worden van het tweede principe. Een inspanningsverplichting, zoals hier bedoeld, vereist in de eerste plaats een dienstbare basishouding en een cultuur waarin die basishouding kan gedijen. Er is echter ook een andere benadering mogelijk, die resulteert in een pleidooi voor marktwerking. Indien de markt goed functioneert, zal dat leiden tot een doelmatig aanbod van de kwaliteit die door de markt wordt verlangd. Het aspect van de toegankelijkheid kan evenwel maken dat marktwerking niet leidt tot de situatie die wenselijk wordt geacht. Het derde principe staat eveneens volledig los van de rechtsvorm. Hoewel het wetsvoorstel voorzag in een orgaan voor de dialoog met belanghebbenden, is een statutair orgaan – en daarmee de rechtsvorm – geen vereiste voor een het ontwikkelen en onderhouden van een zinvolle dialoog met stakeholders. Ondernemingsraden, cliëntenraden en medezeggenschapsraden functioneren reeds onafhankelijk van de rechtsvorm van de organisatie waar zij deel van uitmaken. Het vierde principe – gerichte maatschappelijke verantwoording – kan eveneens onafhankelijk van de rechtsvorm gerealiseerd worden, hetzij door zelfregulering, hetzij door wettelijke voorschriften, wat niet wegneemt dat, indien gekozen wordt voor een wettelijke regeling, het doelmatig kan zijn om die regeling te positioneren als onderdeel van de wettelijke regeling van de rechtsvorm. Het laatstgenoemde principe pleit voor een wettelijke regeling van de raad van toezicht (of raad van commissarissen) in het verenigingen- en stichtingenrecht, waarbij ik zou bepleiten om uniformiteit met het toezicht binnen het vennootschapsrecht na te streven. De overige principes worden niet gehinderd, maar zeker ook niet gebaat door de invoering van een nieuwe rechtsvorm. De door de WRR aangedragen principes brengen mee dat de maatschappelijke onderneming zich kan (blijven) bedienen van de bestaande privaatrechtelijke rechtsvormen. Voor ons onderwerp – de rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming – zijn derhalve het vierde en vijfde principe, namelijk de maatschappelijke verantwoording en het toezicht, van belang.

2.6 SER (2005)

Op 15 april 2005 presenteerde de Sociaal-Economische Raad een advies getiteld ‘Ondernemerschap voor de publieke zaak’⁹⁹. Dit advies was opgesteld door een ad hoc commissie onder voorzitterschap van Wijffels. De aanvraag van dit

⁹⁹ Commissie ad hoc Ondernemerschap in Publieke Dienstverlening onder voorzitterschap van dr. H.H.F. Wijffels (2005), *Ondernemerschap voor de publieke zaak*, Den Haag: Sociaal-Economische Raad.

advies door de minister van Economische Zaken namens het kabinet omvatte vijf vragen¹⁰⁰:

1. In hoeverre kan meer ruimte voor maatschappelijk ondernemerschap de publieke dienstverlening verbeteren?
2. In hoeverre leidt meer ruimte voor maatschappelijk ondernemerschap tot kwaliteits- en prijsverschillen in de publieke dienstverlening?
3. Welke sectoren kunnen het meest gebiedend zijn met meer ruimte voor maatschappelijke dienstverlening?
4. Onder welke voorwaarden is meer ruimte voor maatschappelijk ondernemerschap in die sectoren mogelijk en wat is daarbij de rol van de overheid?
5. Hoe ziet de (nieuwe) relatie er uit tussen de maatschappelijke onderneming en de overheid en welke criteria van sturing, verantwoording en toezicht gelden daarbij?

Het advies van de SER gaat in op een aantal elementen die in het debat over de maatschappelijke onderneming telkens terugkeren, te weten het ondernemerschap, de relatie van het ondernemerschap tot het publieke belang en de relatie van het ondernemerschap tot de overheid.

De SER stelt vast dat ondernemerschap niet is gebonden aan een bepaalde rechtsvorm, maar dat het ondernemerschap is te karakteriseren met twee elementen, die voor meerdere rechtsvormen van toepassing zijn. Ten eerste een institutioneel kenmerk, namelijk een zekere autonomie in de bedrijfsvoering, en ten tweede een gedragskenmerk, te weten een professioneel en innovatief gebruik van middelen ten behoeve van een voortdurende verbetering van dienstverlening¹⁰¹. De vraag kan rijzen of dit tweede element niet onderscheiden dient te worden in twee elementen, waarvan de kernwoorden zijn: professionaliteit en innovatie. De wedervraag zou kunnen zijn of deze twee elementen onafhankelijk van elkaar kunnen bestaan.

De SER betreft deze elementen op ondernemerschap in het algemeen, waarmee indirect een verband is gelegd naar het maatschappelijk verantwoord ondernemen als bedoeld in het eerder genoemde rapport 'De Winst van Waarden'. De elementen distantiëren zich namelijk van het streven naar winstmaximalisatie, hoewel – zeker in de perceptie van het maatschappelijk verantwoord ondernemen, waarbij de lange termijn in aanmerking wordt genomen – winstmaximalisatie wel het gevolg kan zijn van goed ondernemerschap volgens beide hiervoor genoemde elementen autonomie, professionaliteit en innovatie.

¹⁰⁰ SER (2005), bijlage 1, brief van de minister van Economische Zaken d.d. 2 februari 2004.

¹⁰¹ SER (2005), blz. 155, zie ook hoofdstuk 2.

Wanneer het ondernemerschap wordt beschouwd in relatie tot het publieke belang, dient eerst te worden vastgesteld wat als publiek belang heeft te gelden. De SER definieert publiek belang als: alles waarvoor de overheid zich verantwoordelijk voelt. Aan de kwalificatie als publiek belang ligt derhalve een politieke keuze ten grondslag. De artikelen 22 en 23 van de Grondwet brengen mee dat in ieder geval volksgezondheid, volkshuisvesting en onderwijs zaken van publiek belang zijn¹⁰². De twintigste eeuw laat een golfbeweging zien voor wat de wijze waarop realisatie van deze grondrechten wordt nagestreefd, waaruit blijkt dat de uitvoering van diensten van publiek belang zowel door de overheid als door particuliere organisaties kan plaatsvinden. De invulling en de maatschappelijke legitimatie dienen mede te worden bepaald door de relatie met de stakeholders¹⁰³. Waar Balkenende ruimte ziet voor publieke belangen die buiten de verantwoordelijkheid van de overheid vallen, wordt door de SER het publieke belang uitdrukkelijk aan de overheidstaak verbonden.

Publiek ondernemerschap vergt dat de ondernemer publieke belangen kan internaliseren, zodat het publieke belang richtinggevend wordt voor het ondernemingsbeleid¹⁰⁴. Dit kan worden geïnterpreteerd als het vereiste dat het leiden van een maatschappelijke onderneming vraagt om een bepaalde attitude en mentaliteit. Indien aan deze randvoorwaarde wordt voldaan kan volgens de SER ondernemerschap bijdragen aan verbetering van kwaliteit en efficiency in de dienstverlening met een publiek belang. Cruciaal is voorts de politieke en maatschappelijke legitimatie¹⁰⁵.

Daarbij kan deze vorm van ondernemerschap worden ontwikkeld zowel binnen overheidsdiensten en zelfstandige bestuursorganen als in private rechtsvormen. De SER gaat er derhalve niet van uit, dat een maatschappelijke onderneming a fortiori een privaatrechtelijke rechtsvorm heeft. In zoverre heeft de SER een ruimer standpunt dan hetgeen we nog zullen tegenkomen bij onder meer Wijffels en De Ru c.s.

De maatschappelijke onderneming is niet denkbaar zonder relatie met de overheid. De overheid zal met name altijd verantwoordelijk blijven voor het systeem. Daarvoor is vereist dat de publieke belangen helder worden geformuleerd en dat vervolgens de doelstellingen en randvoorwaarden duidelijk zijn voor de diverse (sub)sectoren. Dit zou moeten leiden tot een duidelijke verdeling van verantwoordelijkheden¹⁰⁶. Daarbij staat systeemverantwoordelijkheid tegenover de

¹⁰² SER (2005), blz. 155.

¹⁰³ SER (2005), blz. 155.

¹⁰⁴ SER (2005), blz. 25, blz. 155

¹⁰⁵ SER (2005), blz. 156.

¹⁰⁶ SER (2005), blz 159.

operationele verantwoordelijkheid¹⁰⁷, die derhalve niet bij de overheid berust. Hier worden kaders geschetst waarbinnen een maatschappelijke onderneming zou kunnen functioneren. Het standpunt van de SER impliceert dat de overheid limitatief de sectoren dient aan te geven waarin maatschappelijke ondernemingen toelaatbaar zijn. Dat is ook onvermijdelijk, wanneer we beseffen dat het een politieke keuze is om te bepalen wie de belanghebbenden van een maatschappelijke onderneming zijn. Tegelijkertijd is het genoemde standpunt van de SER onverenigbaar met de opvatting van Balkenende dat het publieke belang, en daarmee het potentiële werkterrein van maatschappelijke ondernemingen, groter is dan het werkterrein van de overheid¹⁰⁸. Het standpunt van de SER impliceert immers dat het initiatief om een bepaald maatschappelijk belang door middel van een maatschappelijke onderneming na te streven, afhankelijk wordt van een aanwijzing van het desbetreffende maatschappelijk belang door de overheid als toegelaten werkterrein voor een maatschappelijke onderneming. Dat is een beperking die Balkenende niet voor ogen staat.

De SER gaat in discussie met het IBO-rapport¹⁰⁹ 'Een herkenbare staat: investeren in de overheid' van Kohnstamm c.s., dat medio 2004 verscheen. Het onderzoek van Kohnstamm c.s. richtte zich op verbetering van de interne organisatie van de overheid en de vraag of en in hoeverre verzelfstandiging van overheidstaken daarin een rol kan spelen.

Kohnstamm c.s. signaleren dat verzelfstandiging van overheidstaken door middel van zelfstandige bestuursorganen (zbo's) tot veel onduidelijkheid heeft geleid. Vaak is hun taak niet duidelijk omschreven en afgebakend¹¹⁰, maar bovendien is hun relatie tot de overheid vaag¹¹¹. Kohnstamm c.s. willen dit oplossen door het herstel van de ministeriële verantwoordelijkheid, wat impliceert dat deze zbo's verantwoording verschuldigd dienen te zijn aan en aangestuurd kunnen worden door een ministerie.

De SER bepleit daarentegen versterking van de maatschappelijke legitimatie tegenover belanghebbenden, waartegenover de ministeriële verantwoordelijkheid dient te worden afgebakend. Naarmate de maatschappelijke legitimatie zich verder ontwikkelt, zou de ministeriële verantwoordelijkheid verder dienen te worden ingeperkt, met als eindresultaat dat de politiek zich beperkt tot de hoofdlijnen, dat wil zeggen tot de systemen van publieke dienstverlening en de verantwoording daarover¹¹². Hier manifesteert zich een verschil in opvatting van de overheidstaak. Enerzijds de sociaaldemocratische benadering van Kohn-

¹⁰⁷ SER (2005), blz. 55.

¹⁰⁸ Zie par. 2.3.

¹⁰⁹ IBO= interdepartementaal beleidsonderzoek. Het werd uitgevoerd in opdracht van de regering.

¹¹⁰ Kohnstamm c.s, blz. 25.

¹¹¹ Kohnstamm c.s, blz. 6-7.

¹¹² SER (2005), blz. 160.

stamm c.s., waarbij de verantwoordingslijnen via de overheid lopen. De democratische legitimatie loopt langs diezelfde lijn.

Anderzijds de christendemocratische benadering van Wijffels, waarbij de verantwoordingslijnen ook de binnenbocht kunnen nemen naar de belanghebbenden, zonder dat de overheid daarin optreedt als intermediair.

Wanneer wij het SER-rapport ‘Ondernemerschap voor de publieke zaak’ vergelijken met het SER-rapport ‘De Winst van Waarden’, dan krijgen we enig zicht op de relatie tussen maatschappelijk verantwoord ondernemen en de maatschappelijke onderneming. Maatschappelijk verantwoord ondernemen is een aspect van de wijze waarop activiteiten worden ontplooid en welke waarden daarbij in aanmerking dienen te worden genomen. De onderneming hoeft niet gericht te zijn op een maatschappelijk belang om na te streven, maar is zich bewust van de neveneffecten van haar acteren en kiest binnen de marges die haar doelstelling toelaat, voor een werkwijze die aansluit bij maatschappelijke waarden. De term maatschappelijk verantwoord ondernemen heeft betrekking op de relatie tussen de ondernemer en talrijke omgevingsfactoren. De term maatschappelijke onderneming daarentegen heeft – in de benadering van de SER – betrekking op de aard en omvang van de betrokkenheid van enerzijds de overheid en anderzijds de markt bij bepaalde activiteiten. In de benadering van Balkenende daarentegen heeft de term maatschappelijke onderneming niet primair betrekking op de relatie met de overheid, als wel op de focus van onderneming op een maatschappelijk belang.

2.7 DE RU C.S. (2005)

Eén van de meest bediscussieerde publicaties rond de maatschappelijke onderneming is wellicht de verkenning van De Ru c.s., die zowel zelfstandig als hoofdstuk van een grotere publicatie is verschenen.

In 2005 is door het Wetenschappelijk Instituut voor het CDA onderzoek gedaan naar de missie en positie van de maatschappelijke onderneming¹¹³. De maatschappelijke onderneming dient onderscheiden te worden van vrijwilligerswerk, dat immers geen ondernemingskarakter heeft, en van charitatieve instellingen, ook al worden die veelal bekostigd door de overheid. Ook publiekrechtelijke organen zoals zelfstandige bestuursorganen en andere overheidsinstellingen zijn geen maatschappelijke ondernemingen. Maatschappelijke ondernemingen dienen voorts onderscheiden te worden van op winstgerichte ondernemingen, die maatschappelijk verantwoord willen ondernemen. Voor dit laatste wordt wel de term “maatschappelijk ondernemen” gebezigd, wat tot verwarring kan leiden. Maatschappelijke ondernemingen moeten vooral gezocht worden in de zorg, het

¹¹³ (2005), *Investeren in de samenleving*, Wetenschappelijk Instituut voor het CDA.

onderwijs en de sociale woningbouw. Ook bijvoorbeeld de publieke omroep kan onder de definitie van de maatschappelijke onderneming gerekend worden.

Het rechtspersonenrechtelijke deel van het CDA-rapport werd, zoals vermeld, geschreven door De Ru c.s. Dit deel van het rapport is ook als zelfstandige publicatie verschenen¹¹⁴, hetgeen benadrukt dat deze publicatie niet alleen politieke betekenis heeft, maar ook is te duiden als rechtswetenschappelijke studie met een verkennend karakter.

De Ru c.s. definiëren de maatschappelijke onderneming als:

- a. een onderneming;
- b. die is vormgegeven als privaatrechtelijke rechtspersoon;
- c. die een maatschappelijk doel nastreeft dat parallel loopt aan het algemeen belang;
- d. waarvan het overschot (de ‘winst’) niet wordt uitgekeerd, maar geheel en alleen wordt aangewend voor het realiseren van het maatschappelijk doel dat de onderneming nastreeft.

De verkenningen van De Ru c.s. leiden tot de volgende opsomming van elementen voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming¹¹⁵, waarbij niet uit het oog dient te worden verloren dat het hier om een inventarisatie van wenselijke elementen gaat:

1. Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is rechtspersoonlijkheid naar privaatrecht gewenst.
2. Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is een regeling ter voorkoming van winstuitkering gewenst.
3. Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is een regeling ter verankering van haar maatschappelijk doel noodzakelijk.
4. Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is een rechtsvorm die deelname aan het economisch verkeer als onderneming mogelijk maakt, gewenst.
5. Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is een regeling voor wat betreft de verhouding tot de overheid gewenst.
6. Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming zijn spelregels voor ‘good governance’ gewenst.
7. Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is een regeling wat betreft het bestuur van die onderneming noodzakelijk.

¹¹⁴ De Ru c.s.

¹¹⁵ De Ru c.s., Hoofdstuk 5

8. Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is een regeling wat betreft het interne toezicht op het bestuur noodzakelijk.
9. Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is een regeling wat betreft het (extern) toezicht op het (interne) toezicht door het toezichthoudend orgaan gewenst.
10. Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is een regeling wat betreft de betrokkenheid van belanghebbenden vereist.
11. Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is een regeling wat betreft de verslaglegging vereist.
12. Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is een regeling wat betreft de aansprakelijkheid voor bestuur en toezicht noodzakelijk.
13. Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is een regeling wat betreft een enquêterecht of vergelijkbaar instrument gewenst.

Deze opsomming heeft ontegenzeggelijk het karakter van een verlanglijstje, waarvan de onderdelen niet zijn te herleiden tot één consistente theorie. Het is van belang dat vast te stellen, aangezien het wetsvoorstel – en ook het daaraan voorafgaande voorontwerp – door de publicatie van De Ru c.s. zijn beïnvloed, zodat de conclusie dient te zijn dat ook het wetsvoorstel niet beruiste op een consistente theorie.

De Ru c.s. concluderen dat de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en de naamloze vennootschap niet in aanmerking komen als rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming vanwege hun gerichtheid op winstuitkering. Een verbod op winstuitkering, zoals voor de maatschappelijke onderneming zal moeten gelden, is bij naamloze en besloten vennootschappen principieel onmogelijk¹¹⁶ volgens De Ru c.s.

Ten aanzien van de vereniging en de stichting concluderen De Ru c.s. dat deze rechtsvormen veel flexibeler zijn dan op grond van de vorenstaande wenselijkheden het geval zou dienen te zijn. Een en ander is weliswaar in de statuten te beperken, maar dit leidt tot een omslachtige regeling. Bovendien maakt dit

¹¹⁶ De Ru c.s., blz 66. Anders Nijland, blz. 64, die er op wijst dat de winst alleen aan de aandeelhouders toekomt voor zover bij de statuten niet anders is bepaald (artikel 2:105 lid 1 en 2:216 lid 1, Burgerlijk Wetboek). Ik ben het met Nijland eens, met dien verstande dat de Nederlandse vennootschapswetgeving tot voor kort niet de ruimte bood om een aandeelhouder categorisch van winstdeling uit te sluiten, zie Van der Heijden/Van der Grinten, nr. 78. Die ruimte kan evenwel door de wetgever gecreëerd worden. De grondslagen van het vennootschapsrecht worden daardoor niet aangetast. De kapitaalsinbreng van de aandeelhouder geeft dan geen aanspraak op het vermogen van de vennootschap, maar is wel de grondslag voor zeggenschapsrechten. Het B.V. recht voorziet sinds 1 oktober 2012 in de mogelijkheid van winstrechtloze aandelen voor de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.

maatschappelijke ondernemingen als zodanig niet herkenbaar¹¹⁷. De Ru c.s. dient te worden toegegeven dat het toepassingsgebied van vooral de stichting in de Nederlandse rechtspraktijk dermate breed is geworden, dat aan de stichtingsvorm als zodanig nog nauwelijks een karakter is toe te kennen. Maar is dat niet de onvermijdelijke keerzijde van de grote flexibiliteit, die juist populaire rechtsvormen kenmerkt?

Om de lijst met wenselijkheden te incorporeren in het Nederlandse rechtspersoonrecht zien De Ru c.s. drie oplossingsrichtingen¹¹⁸.

Ten eerste kan gekozen worden voor een predikaatregeling.

Deze regeling zou eruit bestaan dat een publieke of private instantie wordt aangewezen, die mag beoordelen of een onderneming voldoet aan een aantal nader te bepalen vereisten. Indien de uitkomst van het onderzoek positief is, kan aan de onderneming een keurmerk worden toegekend, dat het recht geeft om het predikaat “Maatschappelijke Onderneming” te voeren. Aan anderen zou het voeren van dit predikaat verboden dienen te worden. Deze oplossing komt nagenoeg overeen met de certificering, die Wijffels c.s. Rechtsvorm Maatschappelijke Onderneming als mogelijkheid noemen.

Een tweede oplossingsrichting die De Ru c.s. noemen is de modaliteitenregeling. Dit zou inhouden dat in het Burgerlijk Wetboek de maatschappelijke onderneming een plaats krijgt als modaliteit van een bestaande rechtsvorm. Volgens De Ru c.s. komen slechts de vereniging en de stichting in aanmerking als rechtspersoonsvormen waarvan de maatschappelijke onderneming een modaliteit kan vormen. Dit spoor is in het wetsvoorstel gevolgd.

Een derde oplossingsrichting zou zijn de invoering van een geheel nieuwe rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming als onderdeel van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Deze oplossing achten De Ru c.s. onnodig ingrijpend, omdat deze gepaard zou gaan met een noodzakelijke omzetting van allen bestaande instellingen die als maatschappelijke onderneming kwalificeren¹¹⁹.

De door De Ru c.s. aangedragen oplossingen komen nagenoeg overeen met drie van de vijf door Wijffels c.s. genoemde mogelijkheden (zie hierna).

Anders dan Wijffels c.s. kiezen De Ru c.s. echter niet voor de ontwikkeling van een aparte rechtsvorm, maar voor de modaliteitenregeling. De maatschappelijke onderneming zou een modaliteit van tenminste de stichting en de vereniging moeten zijn. Argumenten voor de modaliteitenregeling zijn, dat deze herken-

¹¹⁷ Idem, blz 63

¹¹⁸ Idem, blz 62 e.v.

¹¹⁹ De Ru c.s., blz. 67.

baarheid biedt, maar minder ingrijpend is dan de ontwikkeling van een nieuwe rechtsvorm. Ook zou voor bestaande stichtingen en verenigingen de omzettingsproblematiek worden vermeden.

Zoals hiervoor bleek, lijken De Ru c.s. te pleiten voor inperking van het toepassingsgebied van de stichting als rechtsvorm. Voor zover mij bekend heeft dit pleidooi geen navolging gevonden¹²⁰. Andere argumenten dan een verwachtingspatroon heb ik nog niet gehoord.

2.8 WIJFFELS (2006)

Het coalitieakkoord van 7 februari 2007 tussen CDA, PvdA en ChristenUnie¹²¹ bouwde, voor wat betreft de invoering van een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming, voort op een studie van een interdepartementale werkgroep onder voorzitterschap van dr. H.H.F. Wijffels. Herman Wijffels was als informateur nauw betrokken bij het tot stand komen van het genoemde coalitieakkoord. De desbetreffende passages uit het coalitieakkoord zijn ongetwijfeld mede onder zijn invloed opgenomen.

In de hiervoor bedoelde werkgroep (Wijffels c.s.) hadden vertegenwoordigers zitting van acht ministeries: Binnenlandse Zaken, Economische Zaken, Financiën, Justitie, Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieu, Verkeer- en Waterstaat, en Volksgezondheid, Welzijn en Sport. Wijffels c.s. hebben op 28 september 2006 aan de Minister van Justitie verslag uitgebracht door middel van het rapport “Rechtsvorm Maatschappelijke Onderneming”¹²².

Wijffels c.s. deden onderzoek naar het gebruik van rechtsvormen in de semipublieke sectoren, zoals met name onderwijs, wonen en de zorg. In al deze sectoren heeft zich in de achterliggende jaren een aantal vergelijkbare ontwikkelingen voorgedaan: schaalvergroting, financiële groei, professionalisering.

In de betrokken sectoren wordt gebruik gemaakt van de bestaande privaatrechtelijke rechtsvormen, zoals die in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek zijn geregeld: de vereniging en de coöperatie, de naamloze vennootschap, besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, de stichting. Wijffels c.s. stellen vast dat de vakdepartementen tot de maatschappelijke onderneming instellingen rekenen die uiteen vallen in vennootschappen enerzijds en stichtingen en verenigingen anderzijds. Maar de werkgroep constateert ook dat daar bezwaren

¹²⁰ Zie Zaman (2011), blz. 106, en Van Veen (2011), blz. 32, die onder meer wel pleiten voor een wettelijke regeling van het interne toezicht, maar niet voor beperking van het toepassingsgebied van de stichting.

¹²¹ Zie noot 13.

¹²² Wijffels.

aan kleven. Naamloze en besloten vennootschappen zijn huns inziens in de eerste plaats gericht op het belang van de kapitaalverschaffers. Verenigingen en coöperaties zijn er voor het belang van de leden en stichtingen zijn gericht op zichzelf. Het rapport richt zich in het bijzonder op de tweede categorie, die van de non-profit organisaties, omdat het rechtspersonenrecht daar geen gelijke tred heeft gehouden met de maatschappelijke ontwikkelingen¹²³. De consequentie van vorenstaande karakterisering, zoals Wijffels c.s. die zien, zou zijn dat kapitaalvennootschappen in feite ingericht zijn op de theorie van Milton Friedman¹²⁴, waarbij winstmaximalisatie het kardinale doel van iedere onderneming is. Dat impliceert dat de achterstand in de ontwikkeling van het rechtspersonenrecht zich, voor wat betreft de maatschappelijke onderneming, manifesteert in het N.V.- en B.V.-recht en niet zozeer in het verenigingen- en stichtingenrecht. Het feit dat veel maatschappelijke ondernemingen thans de rechtsvorm van de stichting gebruiken, kan zeer wel samenhangen met gebrek aan onderhoud van één of meer andere rechtsvormen. De stichting is dan ‘second best’.

In de wettelijke regeling van alle bestaande privaatrechtelijke rechtsvormen ontbreekt de zogenaamde ‘horizontale’ verantwoording. Bij verenigingen en stichtingen is er bovendien geen toereikende interne controle. De praktijk probeert dit op te lossen met een onoverzichtelijke lappendeken aan sectorspecifieke regelgeving.

Ook in de gehanteerde omschrijving van de maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk, lijken Wijffels c.s. zich af te zetten tegen een door de theorie van Milton Friedman beheerste visie op ondernemerschap:

*...een privaatrechtelijke rechtsvorm ... 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.*¹²⁵

Wijffels c.s. stellen vast dat het overgrote deel van de instellingen, die als maatschappelijke ondernemingen beschouwd zouden kunnen worden, als rechtsvorm de stichting heeft en dat in mindere mate gebruik gemaakt wordt van de vereniging. Het gebrek aan interne controle en aan horizontale verantwoording

¹²³ Wijffels, blz. 4

¹²⁴ Zie noot 2.

¹²⁵ Wijffels, blz. 14

wordt gecompenseerd door overheidsbemoeyenis. Er is echter geen eenvormige wettelijke structuur, waardoor de verschijningsvormen zeer divers zijn.

Wat de werkgroep hier in feite signaleert, is het zeer brede toepassingsgebied en het zeer gedifferentieerde gebruik dat de Nederlandse rechtspraktijk maakt van de rechtsvorm 'stichting'. De stichtingsvorm zegt in Nederland in nauwelijks iets over de aard van de desbetreffende organisatie. Van een stichting is duidelijk dat zij geen aandeelhouders en geen leden heeft. Maar dat zijn slechts negatieve criteria, waaruit niet blijkt wat een bepaalde stichting dan wel heeft: toezichthouders, adviseurs, participanten, deelnemers, aangeslotenen, belanghebbenden, donateurs of slechts een bestuur.

Wijffels c.s. constateren echter dat zowel bij de dienstverleners als bij de afnemers van diensten behoefte bestaat aan meer herkenbaarheid als zodanig van instellingen die als maatschappelijke onderneming kwalificeren.

Onder de huidige stand van wetgeving leidt toelating van commerciële instellingen in een sector al gauw tot nog meer overheidsbemoeyenis, omdat de overheid in de optiek van Wijffels c.s. de rol van belangenbehartiger op zich neemt. Vermindering van overheidsingrijpen is gewenst. Enerzijds om aan professionals de ruimte te geven, anderzijds om beter te kunnen inspelen op de maatschappelijke vraag. Om de overheid te laten terugtreden, is een andere vorm van belangenbehartiging nodig¹²⁶. Reeds het vorige kabinet¹²⁷ streefde daarom naar meer interne controle en horizontale verantwoording, bij de instellingen die publieke diensten verlenen.

Samengevat onderzochten Wijffels c.s. de volgende doelen:

1. meer zelfstandigheid van de instellingen ten opzichte van de overheid, waardoor ruimte voor eindverantwoordelijkheid van de instellingen ontstaat en de informatieverplichtingen ten opzichte van de overheid kunnen worden beperkt;
2. creëren van ruimte voor professionals en ondernemerschap, zodat meer variëteit in producten en diensten kan worden aangebracht;
3. stevige maatschappelijke inbedding voor het afleggen van verantwoording aan belanghebbenden¹²⁸.

De onder 1 en 3 geformuleerde doelen zijn rechtstreeks ontleend aan het betoog van Balkenende in zijn dissertatie.

¹²⁶ Zie Wijffels, blz 5

¹²⁷ Het kabinet Balkenende III.

¹²⁸ Wijffels, blz 6

Nadat aldus het speelveld in kaart was gebracht, hebben Wijffels c.s. vijf eisen geformuleerd, waaraan een maatschappelijke onderneming dient te voldoen¹²⁹.

- (1) Allereerst dient een maatschappelijke onderneming als zodanig herkenbaar te zijn, bijvoorbeeld door een keurmerk of door de letters M.O. achter de naam.
- (2) Voorts dienen er waarborgen te zijn, dat de maatschappelijke onderneming over voldoende kapitaal beschikt om haar doelstelling te verwezenlijken. Dit is opvallend, omdat in het vennootschapsrecht juist een tendens waarneembaar is om regels van kapitaalbescherming te versoepelen of zelfs af te schaffen. Dit standpunt is overigens door niemand overgenomen, noch is het expliciet bestreden.
- (3) Ten derde dient de maatschappelijke onderneming financieel transparant te zijn. Dat wil zeggen dat ten minste de jaarrekening wordt gepubliceerd en dat aan de financiële verantwoording eisen worden gesteld.

Er dient voorts in de statuten verplicht een toezichthoudend orgaan te worden opgenomen, dat zich richt op het belang van de onderneming.

Tenslotte dient er ruimte zijn voor een raad van belanghebbenden. In de statuten zal geregeld dienen te worden, wie belanghebbenden zijn en wie de leden van de belanghebbendenraad mogen benoemen en ontslaan.

Om te komen tot een maatschappelijke onderneming, die aan de gestelde eisen voldoet, heeft de commissie vijf mogelijkheden onderzocht¹³⁰: certificering, gemeenschappelijk beleidskader, een modaliteit, een nieuwe rechtsvorm en een tijdelijke regeling waarop de rechtspraktijk zich verder kan ontwikkelen. Hieronder wordt nader op deze vijf mogelijkheden ingegaan.

- (1) De eerste mogelijkheid is certificering: de ontwikkeling van een keurmerk of certificaat, dat verleend kan worden door een instituut dat daartoe in het leven wordt geroepen. Dit heeft meer nadelen dan voordelen. Deze variant brengt met zich mee dat een extra verantwoordingsstructuur wordt gecreëerd. Dat gaat onvermijdelijk gepaard met een verzwaring aan administratieve lasten. Certificering creëert herkenbaarheid, maar heeft overigens alleen maar nadelen.

¹²⁹ Wijffels, blz 27 e.v.

¹³⁰ Wijffels, Hoofdstuk 4

- (2) De tweede mogelijkheid is het ontwikkelen van een gemeenschappelijk beleidskader voor de verschillende sectoren in publiekrechtelijke wetten. Elke sector kan de regeling vervolgens op eigen wijze invullen. Deze variant draagt echter niet bij aan een grotere herkenbaarheid van maatschappelijke ondernemingen in het maatschappelijk verkeer, volgens de werkgroep. Bovendien kan de vraag gesteld worden of deze variant in de praktijk zal leiden tot een afname van regelgeving.
- (3) De derde mogelijkheid wordt wel de modaliteitenregeling genoemd. Dit houdt in dat instellingen van één of meer bestaande rechtsvormen als maatschappelijke onderneming kunnen worden gekwalificeerd, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Dit zou geregeld kunnen worden in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Deze variant heeft een aantal voordelen. De herkenbaarheid is groot en de benodigde wetgeving is eenvoudig tot stand te brengen. Nadeel is in de optiek van de werkgroep dat de beperkingen van de bestaande rechtsvormen niet verdwijnen. Zo zal bijvoorbeeld de aandeelhouder van een B.V. of N.V. altijd een recht op winstuitkering behouden. De werkgroep ging hier kennelijk uit van een modaliteit die op alle rechtsvormen uit Boek 2 toegepast zou kunnen worden. Het latere wetsvoorstel koos voor een modaliteit die alleen op de vereniging en de stichting was geënt, ongetwijfeld beïnvloed door de bezwaren van Wijffels c.s. en De Ru c.s. tegen de kapitaalvennootschap als rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming.
- (4) De vierde mogelijkheid is de toevoeging van een geheel nieuwe rechtsvorm aan Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, in een uitgewerkte vorm. Dit leidt tot een grote herkenbaarheid als maatschappelijke onderneming, bovendien zijn alle verhoudingen tussen de betrokkenen goed te regelen. Waar wenselijk kan de wet dwingende bepalingen bevatten, waar mogelijk kan ruimte worden geboden om in de statuten voorzieningen te treffen. De wensen van de diverse vakdepartementen kunnen gecodificeerd worden. Deze mogelijkheid heeft dus grote voordelen, die ten dele ook gelden voor de derde mogelijkheid.
- Als mogelijk nadeel wordt de eenvormigheid genoemd, hoewel elke sector zelf kan bepalen of en in hoeverre zij uitsluitend maatschappelijke ondernemingen, dan wel ook andere rechtsvormen toelaat.
- (5) De vijfde mogelijkheid is een variant op de vierde mogelijkheid: het opnemen in het Burgerlijk Wetboek van een beperkte regeling van een maatschappelijke onderneming als afzonderlijke rechtsvorm. Of als modaliteit van de stichting waarin de basiskennmerken worden vastgelegd. De verdere invulling van de rechtsvorm zou moeten worden overgelaten aan de statuten van een

aantal instellingen die volgens deze structuur gaan werken. Na een zekere periode kan dan een evaluatie plaatsvinden.

Het voordeel hiervan is dat de praktijk ruimte krijgt om zich te ontwikkelen.

Het nadeel is dat dit kan uitmonden in vrijblijvendheid. Het uiteindelijke doel van de regeling zou dan niet worden bereikt.

Wijffels c.s. kiezen voor de vijfde mogelijkheid¹³¹, daarmee een definitieve keuze uitstellend en afhankelijk makend van de uitkomsten van praktijkervaringen. Zij stellen daartoe voor om de beoogde regelgeving eerst toe te passen in een aantal pilotprojecten. Na twee jaar zou een evaluatie kunnen plaatsvinden, waarbij de regeling kan worden aangepast aan de verworven inzichten. Dan kan ook worden bekeken of een vereenvoudiging van sectorwetgeving haalbaar is.

Wijffels c.s. komen aldus tot het voorstel om in de wet een regeling op te nemen voor de maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk als aparte rechtsvorm met onder meer de volgende kenmerken:

1. De maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk is een rechtspersoon die één of meer ondernemingen in stand houdt en die blijkens haar statuten de uitoefening van bepaalde publieke taken tot doel heeft.
2. De rechtspersoon heeft een bestuur, een raad van toezicht en een belangenvertegenwoordiging.
3. De statuten regelen benoeming en ontslag van de leden van de belangenvertegenwoordiging en van de raad van toezicht. De raad van toezicht benoemt en ontslaat het bestuur.
4. Belangrijke, in de statuten genoemde besluiten van het bestuur behoeven de goedkeuring van de raad van toezicht. Ten minste eenmaal per jaar vergadert het bestuur met de belangenvertegenwoordiging.
5. De statuten kunnen voorzien in een geschillenregeling.
6. De belangenvertegenwoordiging heeft het enquêterecht van artikel 2:334 e.v. Burgerlijk Wetboek.
7. Het jaarrekeningenrecht van Boek 2, Burgerlijk Wetboek, is van toepassing. Een governance code kan algemeen verbindend worden verklaard.
8. Omzetting van bestaande rechtspersoon in een maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk is mogelijk zonder rechterlijke machtiging.

Vergeleken met De Ru c.s. zijn de eisen gecompriëerd en liggen bovendien dicht aan tegen de eisen die door governance codes in diverse sectoren worden gesteld. Menige stichting in de zorgsector heeft reeds statuten die aan deze voorwaarden voldoen. Ten opzichte van de WRR heeft een verdichting plaatsgevon-

¹³¹ Wijffels, Hoofdstuk 5

den van principes naar instrumenten om een en ander vorm te geven. Hiervoor stelden we vast dat de vijf door de WRR geformuleerde principes niet afhankelijk zijn van de rechtsvorm, maar dat twee van de vijf principes, namelijk de gerichte maatschappelijke verantwoording en doelmatig toezicht, wel door de rechtsvorm in meer of mindere mate gefaciliteerd kunnen worden. We kunnen concluderen dat de door De Ru c.s. gestelde eisen aan de realisatie van die principes een infrastructuurle bijdrage aanbieden.

Bij het rapport van de werkgroep zijn reacties gevoegd van een vijftal brancheorganisaties, te weten de HBO-raad, de NVZ vereniging van ziekenhuizen, Aedes vereniging van woningbouwcorporaties, de MOgroep Welzijn en Maatschappelijke dienstverlening en de Commissie Vennootschapsrecht³². De vier eerstgenoemden reageerden daarmee op een verzoek dat de projectgroep had gedaan via het Netwerk Toekomst Maatschappelijk Ondernemen (NTMO)³³.

De HBO-raad³⁴ zag enerzijds het belang van een heldere juridische verankering van de maatschappelijke onderneming, waarbij de veranderende positie van de overheid als indicator wordt genoemd. De HBO-raad wenste geen hinder voor de specifieke ontwikkelingen die afzonderlijke branches hadden doorgemaakt. De HBO-raad miste een duidelijk vooruitzicht op terugtrekking van de overheid. In het bijzonder wees de Raad er op dat de hogescholen er voor hadden gekozen – onder meer bij de vaststelling van een branchecode governance – om de belangenvertegenwoordiging niet te institutionaliseren, wat werd beargumenteerd met de complexe dynamiek waarin hogescholen werken. Daarnaast legde de Raad de vinger op de winstuitkering aan kapitaalverschaffers, die op gespannen voet zou staan met gerichtheid van de dienstverlening op afnemers en de samenleving.

De NVZ³⁵ verklaarde geen behoefte te hebben aan een nieuwe rechtsvorm en wees daarbij op enerzijds de Zorgbrede Governancecode en anderzijds de N.V. en de B.V., die maatwerkmogelijkheden zouden bieden om vraaggericht optimale zorg te kunnen leveren. De belangen van specialisten en ziekenhuizen kunnen

³² Rapport van de projectgroep Rechtsvorm maatschappelijke onderneming.

³³ Zie paragraaf 2.4 en 2.II.

³⁴ De HBO-raad is blijkens de eigen website (www.hbo-raad.nl, geraadpleegd op 26 september 2007) de belangen- en werkgeversvereniging van de hogescholen in Nederland.

³⁵ De NVZ vereniging van ziekenhuizen is blijkens de eigen website (www.nvz-ziekenhuizen.nl, geraadpleegd op 26 september 2007) de brancheorganisatie van de ziekenhuizen, met ongeveer 170 leden. Onder ziekenhuizen worden verstaan: organisaties die een samenhangend pakket medisch-specialistische zorg bieden.

via N.V./B.V. gelijkgericht worden door de aantrekking van extern (aandelen) kapitaal¹³⁶.

De NVZ wijst voorts op de slechte ervaringen die de zorgsector heeft met geïnstitutionaliseerde belangenvertegenwoordiging (de NVZ spreekt van deelnemersraden). De vormgeving van inspraak van stakeholders hangt sterk af van plaatselijke omstandigheden en varieert bovendien in de tijd.

Ook Aedes¹³⁷ uitte bezwaren tegen een verplichte belanghebbendenraad. Als randvoorwaarde zou jaarlijks geëvalueerd moeten worden wie belanghouders zijn. Wie de belanghouders zijn zou gepubliceerd dienen te worden. Hoe is omgegaan met inbreng en adviezen van de belanghouders zou publiek dienen te worden verantwoord. Aedes benadrukte voorts dat de invoering gepaard zou dienen te gaan met een duidelijke terugtrekking van de rijksoverheid.

De MOgroep¹³⁸ zag onvoldoende toegevoegde waarde voor een aparte rechtsvorm. De behoefte aan en de mogelijkheden voor de instelling van een belangenvertegenwoordiging zijn niet homogeen aanwezig in het door de MOgroep vertegenwoordigde veld. Daarnaast achtte de MOgroep het uitgangspunt prematuur, dat een maatschappelijke onderneming niet op winst gericht zou mogen zijn.

De Commissie Vennootschapsrecht¹³⁹, tenslotte concludeerde dat in het assortiment rechtsvormen van Boek 2 behoefte is aan een uitgewerkte regeling van een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming naast de stichting.

In de reacties uit het veld is één rode draad te herkennen: men twijfelt of de belangenvertegenwoordiging wel bevredigend vormgegeven kan worden via een wettelijke regeling. Men heeft slechte ervaringen met deelnemersraden en men twijfelt of de overheid daadwerkelijk zal terugtreden¹⁴⁰. Als tweede aandachtspunt komt de regeling van kapitaalverschaffing en winstuitkering voor het voetlicht. Men heeft een voorkeur voor zelfregulering en ruimte voor differentiatie.

¹³⁶ Aldus ook de voorzitter van de NVZ, J. Leemhuis-Stout, in het Financiële Dagblad, 16 april 2007.

¹³⁷ Aedes is blijkens de eigen website (www.aedesnet.nl, geraadpleegd op 26 september 2007) de brancheorganisatie en werkgeversvereniging van woningbouwcorporaties in Nederland, met ruim 500 leden.

¹³⁸ De MOgroep of Maatschappelijk Ondernemers Groep is blijkens de eigen website (www.mogroep.nl, geraadpleegd op 26 september 2007) de brancheorganisatie en werkgeversvereniging voor welzijn & maatschappelijke dienstverlening, jeugdzorg en kinderopvang met bijna 1800 leden.

¹³⁹ De Commissie Vennootschapsrecht is een adviesorgaan van regering en parlement, ingesteld door de Minister van Justitie (www.justitie.nl).

¹⁴⁰ Zie ook Lambooy II, blz. 625.

2.9 VOORONTWERP WETSVOORSTEL

De uitvoering van het regeerakkoord werd voor wat betreft de ontwikkeling van een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming voortvarend ter hand genomen.

Binnen enkele maanden na de totstandkoming van het kabinet Balkenende IV, presenteerde de Minister van Justitie op 12 juli 2007 een voorontwerp voor het wetsvoorstel rechtsvorm maatschappelijke onderneming¹⁴¹. Een aantal koepelorganisaties uit de betrokken sectoren van de samenleving werd door de minister gevraagd of de voorgestelde rechtsvorm geschikt werd geacht voor de semipublieke sector. Meer specifiek stelde de minister tien vragen, te weten (kort gezegd):

1. Voldoen de kenmerken van de voorgestelde rechtsvorm aan de behoeften?
2. Kunt u zich vinden in de vormgeving van de benoemingswijze van de organen?
3. Hoe ziet u de positie van de raad van toezicht?
4. Hoe ziet u de positie van de belanghebbenden?
5. Hoe ziet u de wijze van geschillenbeslechting?
6. Moet de raad van toezicht kwaliteitsbevorderende instrumenten kunnen afdwingen van het bestuur?
7. Moet winstuitkering mogelijk zijn?
8. Moet de rol van de overheid veranderen?
9. Moet de rechtsvorm in bepaalde gevallen verplicht worden?
10. Is nadere afbakening van de term ‘maatschappelijke onderneming’ nodig?

Het voorontwerp behelsde de invoering van een nieuwe rechtsvorm ‘maatschappelijke onderneming’ naast de bestaande rechtsvormen. De inhoud van de voorgestelde regeling was geënt op het stichtingenrecht, aangevuld met bepalingen over een verplichte raad van toezicht, een verplichte belanghebbendenvertegenwoordiging en bepalingen uit het jaarrekeningenrecht.

De maatschappelijke onderneming volgens het voorontwerp was een rechtspersoon die één of meer ondernemingen of instellingen in stand diende te houden en die zich statutair ten doel stelde om diensten te leveren of werkzaamheden te verrichten die specifiek en uitsluitend gericht dienden te zijn op het daarmee gediende maatschappelijk belang¹⁴². De bestuurders zouden benoemd worden voor de eerste maal bij de akte van oprichting en vervolgens door de verplicht ingestelde raad van toezicht¹⁴³. Een maatschappelijke onderneming die meer dan één onderneming of instelling in stand zou houden, zou ook een afzonderlijke

¹⁴¹ Proeve van een Wetsvoorstel tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de introductie van een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming.

¹⁴² Artikel 307a lid 1 van het voorontwerp.

¹⁴³ Artikel 307i lid 1 van het voorontwerp.

raad van toezicht per onderneming/instelling mogen hebben¹⁴⁴. De regelingen in het voorontwerp hielden echter op geen enkele manier rekening met de situatie dat de rechtspersoon meerdere raden van toezicht zou kennen, waaruit blijkt dat het voorontwerp niet alleen slechts bedoeld was als discussiestuk, maar ook uitsluitend daarvoor geschikt.

Een lid van de raad van toezicht zou door de raad van toezicht kunnen worden geschorst¹⁴⁵ en op verzoek van de raad van toezicht kunnen worden ontslagen door de Ondernemingskamer¹⁴⁶.

De maatschappelijke onderneming diende voorts een representatieve belanghebbendenvertegenwoordiging in stand te houden¹⁴⁷, waarbij de statuten de belanghebbenden dienen aan te wijzen en de wijze van benoeming en ontslag van de belanghebbendenvertegenwoordigers dienden te regelen¹⁴⁸. Analooq aan de regeling voor de raad van toezicht, zou een rechtspersoon die meer dan één onderneming of instelling in stand zou houden, ook een afzonderlijke belanghebbendenvertegenwoordiging per onderneming/instelling mogen hebben¹⁴⁹. De bevoegdheden van de belanghebbendenvertegenwoordiging zouden hoofdzakelijk omvatten het geven van advies ten aanzien van bestuursbesluiten die wettelijk of statutair aan de goedkeuring van de raad van toezicht zouden zijn onderworpen¹⁵⁰. Analooq aan de Wet op de ondernemingsraden werd voorgesteld dat het bestuur de uitvoering van een besluit een maand diende op te schorten indien het besluit zou afwijken van het advies van de belanghebbendenvertegenwoordiging, die gedurende die maand tegen het besluit beroep zou kunnen instellen bij de Ondernemingskamer¹⁵¹.

2.10 REACTIES OP HET VOORONTWERP¹⁵²

Op het voorontwerp heeft het Ministerie van Justitie ongeveer vijftig reacties van belangenorganisaties en diverse andere betrokkenen ontvangen¹⁵³. In deze paragraaf behandel ik een dwarsdoorsnede qua sectoren (onderwijs, zorg, woningbouw) en qua doelgroep (instellingen, toezichthouders, cliënten), van de openbaar gemaakte reacties.

¹⁴⁴ Artikel 307j lid 1 van het voorontwerp.

¹⁴⁵ Artikel 307k lid 2 van het voorontwerp.

¹⁴⁶ Artikel 307k lid 1 van het voorontwerp.

¹⁴⁷ Artikel 307o lid 1 van het voorontwerp.

¹⁴⁸ Artikel 307s lid 1 van het voorontwerp.

¹⁴⁹ Artikel 307o lid 2 van het voorontwerp.

¹⁵⁰ Zie artikel 307o lid 4 van het voorontwerp.

¹⁵¹ Artikel 307p van het voorontwerp.

¹⁵² Deze paragraaf is een bewerking van een artikel dat is gepubliceerd in Ondernemingsrecht 2007-16.

¹⁵³ Mededeling drs. D.P. van den Bosch, Ministerie van Justitie, 30 oktober 2007.

2.10.1. De HBO-raad

Het bestuur van de HBO-raad heeft een reactie op het voorontwerp vastgesteld op 24 augustus 2007. De HBO-raad stelt dat de modernisering van de bestuurlijke verhoudingen in het hoger beroepsonderwijs reeds voor een groot deel is gerealiseerd. Daarbij wordt gewezen op de branchecode en de bezoldigingsregeling voor bestuurders en toezichthouders. In de praktijk heeft de HBO-raad de volgende knelpunten gesignaleerd: het ontbreken van een wettelijke verankering van de raad van toezicht, de aanwijzingsbevoegdheid van de Minister van OCW en (het ontbreken van) een rol voor de Ondernemingskamer. De HBO-raad concludeert dat het huidige voorontwerp voor deze knelpunten weinig relevant is¹⁵⁴. Afschaffing van sectorspecifieke wetgeving, door de projectgroep onder leiding van dr. Wijffels genoemd als doel van een generieke wettelijke regeling voor de maatschappelijke onderneming, wordt in het voorontwerp en de bijbehorende stukken niet in het vooruitzicht gesteld. Daarmee blijven ook de huidige interventiemogelijkheden van de Minister van OCW onverkort in stand. Met name dit laatste is een heikel punt voor de HBO-raad, die ook tegenover Wijffels c.s. reeds bleek te hechten aan een concreet terugtreden van de overheid.

De HBO-raad besteedt specifieke aandacht aan twee onderwerpen, die wèl in het voorontwerp worden geregeld, namelijk de belangenvertegenwoordiging en de uitkering van winst. Deze onderwerpen zullen de rode draad blijken te zijn in vrijwel alle te bespreken reacties.

Het regelen van de belangenvertegenwoordiging in een maatschappelijke onderneming vergt maatwerk. De verschillen per sector zijn groot en het is vooralsnog niet de bedoeling van de wetgever om de bestaande medezeggenschapsstructuren te wijzigen. Er is bewust ruimte gelaten voor verdere ontwikkelingen. De HBO-raad weet desondanks te wijzen op twee frictiepunten tussen het voorontwerp en gegroeide situatie in het hoger beroepsonderwijs.

Ten eerste krijgt de belangenvertegenwoordiging een adviesrecht jegens de raad van toezicht. Bestaande medezeggenschapsstructuren richten zich daarentegen altijd op het bestuur. Het adviesrecht jegens de raad van toezicht staat op gespannen voet met de onafhankelijke positie die in de branchecode aan het toezichthoudende orgaan is toegedacht. Verplichte adviezen zijn immers niet vrijblijvend. Bij het opstellen van de branchecode is volgens de HBO-raad het creëren van een adviesorgaan uitdrukkelijk verworpen vanwege de conserverende werking, die gewoonlijk van een dergelijk gremium uitgaat.

¹⁵⁴ De voorzitter van de HBO-Raad, D. Terpstra, had zich reeds eerder negatief uitgelaten over het idee om een aparte rechtsvorm te creëren voor maatschappelijke ondernemingen. Hij signaleert wel een reëel probleem, namelijk wie de baas is over dergelijke organisaties, maar een aparte rechtsvorm is daarvoor zijns inziens niet de oplossing. Zie Het Financiële Dagblad, 16 april 2007.

Ten tweede acht de HBO-raad het niet ondenkbaar dat in de belangenvertegenwoordiging een plaats zal worden opgeëist door partijen, die men op goede gronden daaruit juist zou willen weren. Als voorbeeld noemt de HBO-raad werkgevers, die belang hebben bij de kwaliteit van het onderwijs. De vergelijking met de governance in het vennootschapsrecht dringt zich op: meer invloed voor de aandeelhouders betekent ook meer macht voor hedgefunds.

Het voorontwerp verbiedt maatschappelijke ondernemingen om winst uit te keren. Het hoger beroepsonderwijs heeft momenteel niet de behoefte om risicodragend kapitaal aan te trekken, dit in tegenstelling tot de zorgsector. De HBO-raad wijst op de mogelijkheid om de ruimte voor winstuitkeringen aan een wettelijk maximum te binden, net als bij Belgische rechtsvorm de ‘vennootschap met sociaal oogmerk’. De HBO-raad betwijfelt of het op deze manier voor kapitaalverschaffers aantrekkelijk wordt om in een maatschappelijke onderneming te investeren.

De HBO-raad concludeert dat de maatschappelijke onderneming als nieuwe rechtsvorm weinig positiefs te bieden heeft aan het hoger beroepsonderwijs. De regeling van de belangenvertegenwoordiging werkt beperkend ten aanzien van de huidige ontwikkelingen en het is nog maar afwachten of de nieuwe rechtsvorm werkelijk bijdraagt aan het schrappen van sectorspecifieke regels.

2.10.2. De Brancheorganisatie Zorg (BoZ)

De Brancheorganisatie Zorg (BoZ)¹⁵⁵ heeft op 4 oktober 2007 op het voorontwerp gereageerd in een brief aan de Minister van Justitie.

De BoZ waarschuwt dat met het plan voor een nieuwe rechtsvorm een heilloze weg wordt ingeslagen, aangezien voor de gezondheidszorg elke toegevoegde waarde ontbreekt.

De BoZ onderkent de doelstellingen die de minister met het voorontwerp heeft: adequaat intern toezicht, medezeggenschap van belanghebbenden, financiële verantwoording, geschillenbeslechting en controle op toezichthouders. De BoZ mist een analyse van de bestaande situatie. Daardoor wordt niet duidelijk voor welk probleem de rechtsvorm maatschappelijke onderneming een oplossing zou moeten bieden.

Ten aanzien van de belanghebbendenvertegenwoordiging stelt de BoZ dat een ‘smalle invulling’ geen meerwaarde heeft ten opzichte van de huidige cliënten-

¹⁵⁵ De BoZ is een vereniging waarvan leden zijn: Actiz organisatie van zorgondernemers, GGZ Nederland, NVZ vereniging van ziekenhuizen, Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland en de Nederlandse Federatie van Universtair Medische Centra (www.boz-ned.nl, geraadpleegd op 11 oktober 2007).

en ondernemingsraden. Een 'brede invulling' daarentegen zal een vergaarbak van stakeholders opleveren met interne belangentegenstellingen. De adviesbevoegdheden van een dergelijk orgaan zullen de slagvaardigheid van de maatschappelijke onderneming ondermijnen, terwijl de marktwerking in de zorg juist om een toename van slagvaardigheid vraagt.

In bepaalde sectoren van de zorg wordt het verbod op winstuitkering van de stichting als een knelpunt ervaren. Het voorontwerp biedt daarvoor geen oplossing, de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap bieden in dat opzicht betere mogelijkheden.

De BoZ vestigt voorts de aandacht op de Zorgbrede Governancecode, die eind 2005 in overleg met de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport is ingevoerd. Daarmee is een vorm van zelfregulering ingezet, die de komende jaren verder zal worden ontwikkeld. De maatschappelijke verantwoordelijkheid van zorginstellingen, intern en extern toezicht, publieke verantwoording en de relatie met belanghebbenden zijn wezenlijke onderdelen van deze ontwikkeling. Het voorontwerp lijkt deze zelfregulering te miskennen en zal leiden tot uitholling van de Zorgbrede Governancecode.

Daarnaast miskent het voorontwerp de diversiteit van maatschappelijke ondernemingen. De rol van de raad van toezicht, de mate van marktwerking en het toezicht door de overheid verschillen aanzienlijk tussen en binnen de diverse maatschappelijke sectoren. De BoZ wijst daarom op de samenhang met sectorale wetgeving en adviseert om deze zo snel mogelijk bij het wetgevingsproces te betrekken.

De BoZ betreurt dat het voorontwerp de aanduiding 'maatschappelijke onderneming' exclusief wil toestaan aan instellingen die de nieuwe rechtsvorm zullen hebben aangenomen. Daardoor worden andere rechtsvormen belemmerd om zich als maatschappelijke onderneming (in materiële zin) te profileren. De herkenbaarheid van maatschappelijke ondernemingen zal daarom eerder af dan toenemen.

2.10.3. *De Nederlandse Vereniging van Toezichthouders in Zorginstellingen (NVTZ)*
De Nederlandse Vereniging van Toezichthouders in Zorginstellingen (NVTZ)¹⁵⁶ heeft op 28 september 2007 een adviesreactie gegeven aan de Minister van Justitie.

¹⁵⁶ De NVTZ is een vereniging voor leden van raden van toezicht, raden van commissarissen en van besturen in de volle breedte van de zorgsector (www.nvtz.nl, geraadpleegd op 30 oktober 2007).

Het hoofddoel van het voorontwerp – versterking van semipublieke instellingen als onderneming en het vergroten van hun slagvaardigheid – wordt door de NVTZ niet als probleem gezien. De NVTZ onderschrijft wel de nevendoele van de wetgever, zoals het voorkomen dat vermogen uit de sector ‘weglekt’, de burger te betrekken bij zijn omgeving, instellingen in hun netwerken ruimer te laten functioneren en het aanpakken van disfunctionerende raden van toezicht. De NVTZ meent evenwel dat een nieuwe rechtsvorm daar niet aan bijdraagt.

De NVTZ stelt als alternatief voor om de gestelde doelen te verwezenlijken via toelatingwetgeving. De regels voor toelating in de diverse sectoren van de semipublieke sector dienen zoveel mogelijk gelijkvormig te worden en te voorzien in borging van de governance codes, beleidsvoering van de instelling ten aanzien van toezichthouders en belanghebbenden, vermogenscontrole via de jaarverslaglegging en toekenning van het enquêterecht aan de belangenhouders.

De NVTZ heeft kritiek op de invulling, die het voorontwerp geeft aan de raad van toezicht. In de visie van de NVTZ vertegenwoordigt de raad van toezicht de samenleving, het uitgeoefende toezicht is zowel maatschappelijk als intern. De NVTZ vindt de taakopvatting van de raad van toezicht in het voorontwerp dan ook te smal, namelijk teveel gezien vanuit een betrokkenheid op de instelling. In de visie van de NVTZ dient de raad van toezicht als kernfunctie te waken over de realisatie van de doelstelling van de instelling en over de maatschappelijke meerwaarde en effecten daarvan. Als consequentie daarvan waakt de raad van toezicht over de functie van het vermogen van de instelling, over de afweging die het bestuur maakt van alle betrokken belangen en over de bestuurskosten. In deze visie is naast de raad van toezicht geen ruimte voor een afzonderlijk orgaan voor belangenvertegenwoordiging.

Het creëren van een orgaan voor de belangenvertegenwoordiging is in de optiek van de NVTZ te statisch. Een verzameling belanghebbenden, die onderling soms tegengestelde belangen hebben, kan men niet zinvol samenbundelen in één orgaan. Noch de instelling, noch de belanghebbenden zijn daarmee gediend. De instelling van een derde bestuursorgaan gaat onvermijdelijk gepaard met een toename van overheadkosten. Het geld daarvoor wordt onttrokken aan het primaire proces van de instelling.

In plaats van een belanghoudersorgaan heeft de NVTZ een voorkeur voor een expliciet en dynamisch beleid ten aanzien van belanghebbenden en belanghouders. Dit beleid wordt uitgevoerd door het bestuur onder toezicht van de raad. Tevens dient verantwoording in het jaarverslag plaats te vinden.

Bindende voordrachten acht de NVTZ ongewenst, zowel voor de benoeming van bestuurders als voor de benoeming van toezichthouders. Bindende voordrachten doen afbreuk aan de onafhankelijkheid en aan de professionaliteit.

Tenslotte vindt de NVTZ de term ‘maatschappelijke onderneming’ een containerbegrip, dat onduidelijk scheidt en daarom in strijd is met de huidige tendensen in corporate governance.

2.10.4. De Onderwijsraad

De Onderwijsraad¹⁵⁷ heeft op 15 oktober 2007 een advies aan Minister uitgebracht onder de titel: *De maatschappelijke onderneming als rechtsvorm in het onderwijs*. In het begeleidend schrijven kwalificeert de Onderwijsraad het voorontwerp als een gemiste kans. Enerzijds worden onderwerpen geregeld, die al geregeld zijn in sectorspecifieke wetgeving. Anderzijds is de regeling rond belanghebbenden-vertegenwoordiging onduidelijk en zonder aanwijsbare voordelen voor wie dan ook. Te verwachten zijn een verzwaring van de bestuurslast en een toename van geformaliseerd en nodeloos overleg.

Daarnaast wijst de raad op de grondwettelijke vrijheid van onderwijs, die meebrengt dat zelfregulering het uitgangspunt moet zijn. De Onderwijsraad komt na een uitgebreide beschouwing tot de conclusie dat de maatschappelijke onderneming in beginsel past binnen de kaders van dit uitgangspunt. Maar een daadwerkelijke behoefte aan een nieuwe rechtsvorm is er niet in het onderwijs.

De Onderwijsraad ziet geen behoefte aan een eenvormige bestuursvorm voor de diverse maatschappelijke sectoren. De relaties met de belanghebbenden zijn daarvoor te verschillend. Bovendien is er een ontwikkeling waarneembaar, dat instellingen meerdere maatschappelijke functies in zich verenigen (bijvoorbeeld onderwijs naast zorg en opvang). De raad vindt andere oplossingen meer voor de hand liggen dan een nieuwe rechtsvorm.

2.10.5. De Gecombineerde Commissie.

De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie¹⁵⁸, die in 2006 ruimte zag voor een meer uitgewerkte vorm van de maatschappelijke onder-

¹⁵⁷ De Onderwijsraad is het adviesorgaan van de regering op het terrein van het onderwijs (www.onderwijsraad.nl, geraadpleegd op 30 oktober 2007).

¹⁵⁸ De gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie brengt adviezen uit aan onder meer de ministeries van justitie en financiën en aan het parlement (www.notaris.nl, geraadpleegd 26 september 2007).

neming naast de stichting¹⁵⁹, vreest nu dat introductie van een nieuwe rechtsvorm in Boek 2 zal leiden tot verstarring, waar juist flexibilisering gewenst is¹⁶⁰. Vroeg of laat zal dat leiden tot aanvullende, sectorspecifieke regelgeving. Dat zal ten koste gaan van de herkenbaarheid van de maatschappelijke onderneming, die uiteindelijk geen andere toepassingsmogelijkheden zal hebben dan thans de vereniging en de stichting. De inhoud van het voorontwerp is dan ook grotendeels ontleend aan het stichtingenrecht, aangevuld met een aantal bepalingen analoog aan het vennootschapsrecht. In feite zal iedere maatschappelijke onderneming ook vormgegeven kunnen worden als stichting, met exact dezelfde regelingen.

Het voorontwerp maakt het mogelijk dat een rechtspersoon, die meerdere instellingen of ondernemingen in stand houdt, per instelling een raad van toezicht zal hebben¹⁶¹. Dit lijkt de Gecombineerde Commissie niet wenselijk, omdat de belangen van die ondernemingen niet parallel behoeven te lopen. Bovendien zal de taakafbakening niet altijd eenvoudig zijn.

Ook de Gecombineerde Commissie legt de vinger op de belanghebbendenvertegenwoordiging: wie zijn dat en wie bepaalt dat? Het voorontwerp geeft daarop geen antwoord, ondanks de cruciale positie die aan belanghebbenden wordt toegedacht.

Het verbod op winstuitkeringen frustreert volgens de Gecombineerde Commissie bepaalde toekomstige ontwikkelingen. De commissie bepleit om – als de maatschappelijke onderneming toch geïntroduceerd gaat worden als afzonderlijke rechtsvorm – winstuitkeringen wettelijk mogelijk te maken, zij het onder voorwaarden voor wat betreft het uit publieke middelen verkregen vermogen.

De commissie doet uitdrukkelijk geen uitspraak op de vraag of de rol van de overheid dient te veranderen. Onder meer omdat maatschappelijke ondernemingen beschikken over publieke middelen, zal de politiek en dus de overheid altijd invloed willen houden op het reilen en zeilen. De invulling daarvan zal per kabinet verschillen.

De Gecombineerde Commissie stelt voor om de maatschappelijke onderneming niet te regelen als afzonderlijke rechtsvorm, maar als aanvulling op de stichting en de vereniging.

¹⁵⁹ Zie hiervoor in paragraaf 2.

¹⁶⁰ Advies de dato 25 oktober 2007.

¹⁶¹ Artikel 2:307j lid 1.

2.10.6. De Vereniging van Toezichthouders in Woningcorporaties (VTW)

Het bestuur van de VTW¹⁶² heeft op 30 september 2007 een voorlopig advies uitgebracht, daarbij aangevend dat de leden door tijdsdruk nog onvoldoende geraadpleegd zijn¹⁶³. De VTW presenteert haar advies daarom onder voorbehoud. De formuleringen van het advies weerspiegelen die voorzichtigheid.

Kern van het voorlopig advies is dat de voordelen van de nieuwe rechtsvorm nog onvoldoende duidelijk zijn om op te wegen tegen het nadeel van toenemende regelgeving. Het voorontwerp heeft voor de VTW geen toegevoegde waarde als niet tegelijk een vereenvoudiging van sectorspecifieke wetgeving plaatsvindt. Als niet aan die voorwaarde wordt voldaan, wordt de invoering – en zeker de verplichtstelling – van de nieuwe rechtsvorm onwenselijk gevonden. De VTW geeft in overweging om in plaats daarvan de governance code algemeen verbindend te verklaren.

De VTW acht de term belanghebbenden te diffuus voor een slagvaardig bestuur. Het is en blijft een zoektocht wie de belanghebbenden zijn, aan wie de vèrgaande adviesbevoegdheden zijn toegekend. Dat kan alleen maar leiden tot bureaucrativering en vertraging in het besluitvormingsproces. Daarbij verwijst de VTW naar ervaringen met adviesraden in de woningbouwsector. Doordat de diverse belangen uiteenlopen, dreigt een orgaan van belanghebbenden meer intern te zullen discussiëren dan met het bestuur van de instelling.

In plaats van geïnstitutionaliseerd overleg bepleit de VTW het ontwikkelen van onderzoeksmethoden om te weten wat er leeft, naast het bestaande huurdersoverleg op basis van sectorspecifieke regelgeving.

Ten aanzien van het financiële vraagstuk is de VTW van mening dat het voorkomen van weglekken van financiële middelen niet aan de rechter kan worden overgelaten. De politiek dient invloed te houden op de bestemming van publieke middelen, de minister dient daarom bevoegdheden te krijgen op dit punt.

¹⁶² De Vereniging van Toezichthouders in Woningcorporaties ondersteunt, adviseert en behartigt de algemene belangen van toezichthouders in woningcorporaties. De vereniging wil daarmee de professionaliteit van het interne toezicht bevorderen (www.vtw.nl, geraadpleegd op 3 november 2007).

¹⁶³ Aedes, de vereniging van de woningcorporaties zelf, heeft – als enige – binnen de reactietermijn uitstel gevraagd en gekregen om later te mogen reageren (mededeling drs. D.P. van den Bosch).

Voor de overheid ziet de VTW een kaderstellende rol, zowel op nationaal als op regionaal en lokaal niveau. Het bewaken van dat kader is eveneens een overheidstaak. De rol van de overheid dient dan ook niet wezenlijk te veranderen.

2.10.7. De Landelijke Organisatie Cliëntenraden (LOC)

De LOC¹⁶⁴ heeft op 28 september 2007 een advies uitgebracht, waarin de positie van de cliënt als belanghouder centraal staat en waarin ook enige zijsporen bewandeld worden¹⁶⁵. Het voorontwerp biedt geen solide basis om de cliënt binnen de maatschappelijke onderneming te vertegenwoordigen. Weliswaar biedt de nieuwe rechtsvorm enige verbetering ten opzichte van de vereniging, de stichting en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, maar indien sectorspecifieke wetgeving komt te vervallen is per saldo sprake van verslechtering. De LOC bepleit een duidelijke omschrijving van de bevoegdheden van de belanghebbendenvertegenwoordiging, zoals dat het geval is in de Wet op de ondernemingsraden. De belanghebbenden dienen voor de invulling van hun bevoegdheden niet van het bestuur van de instelling afhankelijk te zijn.

De LOC gaat niet expliciet in op de vraag wie de belanghebbenden zijn, men lijkt er zonder meer van uit te gaan dat dit de cliënten van de maatschappelijke onderneming zijn. Vanuit de gedachte dat de instelling er is voor de cliënten, stelt de LOC voor om de belangenvertegenwoordiging een positie te geven die vergelijkbaar is met de algemene vergadering van aandeelhouders in het vennootschapsrecht. Daarbij passen naar haar mening instemmingbevoegdheden, naast of zelfs in plaats van een adviesrecht. Daarbij past niet dat het bestuur invloed heeft op de samenstelling van de belanghebbendenvertegenwoordiging.

De LOC is geen voorstander van particuliere investeringen in maatschappelijke ondernemingen, omdat dit zou leiden tot afname van publiek vermogen in de zorg. De LOC voorziet dan kostenstijgingen en afname van de toegankelijkheid van voorzieningen voor een ieder. De LOC is dan ook een tegenstander van iedere mogelijkheid voor maatschappelijke ondernemingen om winst uit te keren.

De LOC waarschuwt dat de positie van de cliënten rechtsvormneutraal dient te zijn. Het mag niet zo zijn dat cliënten van de een instelling meer of minder rechten hebben dan cliënten van een vergelijkbare instelling, die voor een andere rechtsvorm heeft gekozen.

¹⁶⁴ De Landelijke Organisatie Cliëntenraden is een vereniging, die cliëntenraden in de zorg- en welzijnssector ondersteunt en de medezeggenschap van cliënten in deze sectoren bevordert (www.loc.nl, geraadpleegd 3 november 2007).

¹⁶⁵ Zo wijst de LOC er bijvoorbeeld op dat door de scheiding van zorg en wonen steeds meer cliënten in de zorg tevens huurder zijn, waardoor zij onderworpen zijn aan twee naast elkaar bestaande en niet op elkaar afgestemde medezeggenschapsregelingen.

Ook in de pers overheersten negatieve reacties. Dijkstra wijst er op dat ‘maatschappelijke onderneming’ geen juridisch begrip is en dat niet duidelijk is voor welk probleem de nieuwe rechtsvorm een oplossing biedt¹⁶⁶.

Den Exter en Buijsen menen dat een verbod op winstuitkering in strijd is met het Europeesrechtelijk beginsel van vrij kapitaalverkeer, maar dat een (beperkte) winstuitkering leidt tot weglekken van publieke gelden¹⁶⁷.

2.10.8. Recapitulatie

Wanneer wij bovenstaande reacties overzien, ontkomen we niet aan de indruk dat de onderlinge overeenkomsten groter zijn dan de verschillen. De grondtoon varieert van niet enthousiast tot afwijzend. De behoefte aan een nieuwe rechtsvorm wordt nauwelijks gevoeld. Alternatieven worden wel genoemd, zoals toelatingsregelingen (dus een keurmerk) of het vormen van een modaliteit van bestaande rechtsvormen, maar dit zijn geen nieuwe ideeën. Ook in het hiervoor bedoelde rapport van Wijffels c.s. worden deze alternatieven besproken. Anderen lijken helemaal niet zo ongelukkig met de huidige praktijk.

De voorgestelde regeling van de belangenvertegenwoordiging kan rekenen op brede afkeuring: te statisch, te onduidelijk, te diffuus, geen meerwaarde, zijn de overheersende kwalificaties van de regeling in het voorontwerp. De LOC is voorstander van een orgaan voor belanghebbenden, maar wil een betere invulling, de andere reacties tenderen negatief te zijn over het hele idee om een zodanig orgaan te creëren. Daarbij zal een rol spelen dat de LOC als enige een beeld lijkt te hebben wie belanghebbenden van een maatschappelijke onderneming zijn¹⁶⁸.

Ten aanzien van particuliere financiering van maatschappelijke ondernemingen stelt de Commissie Venootschapsrecht zich pragmatisch op. De commissie stelt vast dat de beperkingen die het voorontwerp oplegt toekomstige ontwikkelingen kunnen frustreren, zonder zich uit te laten over de wenselijkheid van die ontwikkelingen.

De VTW en de LOC zijn daarentegen verklaard tegenstander van het weglekken van geld uit hun sector. Daarom willen zij winstuitkering niet toestaan. De HBO-raad is geen principieel tegenstander, maar ziet enerzijds geen grote behoefte aan particulier kapitaal, vindt anderzijds de voorgestelde regeling niet aantrekkelijk voor eventuele investeerders.

¹⁶⁶ G.S.A. Dijkstra in de Staatscourant d.d. 13 mei 2008.

¹⁶⁷ A. den Exter en M. Buijsen in het Nederlands Dagblad d.d. 22 september 2007.

¹⁶⁸ Ook de minister van VWS heeft een voorstelling bij het begrip belanghebbenden bij een zorginstelling. Volgens hem behoren daartoe in ieder geval: cliënten, maar ook zorgverzekeraars, zorgkantoren, patiëntenorganisaties, lokale overheden en vakbonden. Zie Klink (2009), blz. 9.

Afschaffing van sectorspecifieke regelingen is als argument genoemd om een regeling voor de maatschappelijke onderneming in Boek 2 op te nemen. Het verband tussen het voorontwerp en sectorspecifieke wetgeving wordt algemeen onderkend, maar de wensen lopen uiteen. De VTW ziet geen meerwaarde voor de nieuwe rechtsvorm als daar niet de afschaffing van sectorspecifieke regelingen tegenover staat, de LOC daarentegen acht het een achteruitgang indien dat laatste het gevolg zou zijn, althans ten opzichte van het voorontwerp.

Ervaringen op andere rechtsgebieden, zoals bijvoorbeeld in de agrarische sector, leren dat het invoeren van een nieuwe regeling niet automatisch leidt tot afschaffing van oude regelingen. De vrees van onder andere de HBO-raad en de VTW voor een toename van regelgeving met de bijbehorende bureaucratisering is mijns inziens niet ongegrond. Om dit te ondervangen zou afschaffing van een aantal regelingen onderdeel van het wetsvoorstel moeten worden. Dat past echter niet bij een wetsontwerp dat met name voorwaardenscheppend bedoeld is.

Als knelpunt in de huidige wetgeving is gesignaleerd dat in Boek 2 een regeling voor de raad van toezicht ontbreekt. Het voorontwerp bood een wettelijke regeling voor de raad van toezicht bij de maatschappelijke onderneming. Of daarmee werd tegemoet gekomen aan het gesignaleerde knelpunt is nog maar de vraag. Deze regeling had immers specifiek betrekking op de voorgestelde nieuwe rechtsvorm, terwijl de raad van toezicht in de praktijk een plek heeft gekregen bij allerlei instellingen in de stichtingsvorm en ook bij verenigingen. Waar het niet de bedoeling is om omzetting van stichtingen in de rechtsvorm maatschappelijke onderneming verplicht te stellen, zou het mijns inziens voor de hand liggen om de regeling van de raad van toezicht een generieker karakter te geven, op een meer geëigende plaats in Boek 2. Ook kan er voor gekozen worden om de regeling, net als de structuurregeling bij N.V., B.V. en coöperatie, parallel op te nemen voor meerdere rechtsvormen in Boek 2.

2.11 NTMO (2008)

Voor het Netwerk Toekomst Maatschappelijke Ondernemingen (NTMO)¹⁶⁹ was het voorontwerp aanleiding om een stap verder te gaan dan enkel op de ideeën van de minister te reageren. Het NTMO bood op 13 mei 2008 aan de Minister van Justitie een eigen voorstel aan¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Zie paragraaf 2.2.

¹⁷⁰ Deze paragraaf is een bewerking van een artikel dat is verschenen in het Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur (Helder (2009)).

2.11.1. Knelpunten volgens de NTMO

Het NTMO komt met een eigen analyse van knelpunten. Eerder werden drie aspecten genoemd, waarvoor de rechtsvorm maatschappelijke onderneming een oplossing moet bieden, namelijk de herkenbaarheid, belanghebbendenvertegenwoordiging en winstuitkering. Het NTMO noemt daarentegen, samengevat, de volgende drie punten:

- I. Het functioneren van maatschappelijke ondernemingen wordt belemmerd doordat in de relatie met de Staat veel onduidelijk is.
- II. Het doel en de inrichting van het toezicht op maatschappelijke ondernemingen is onduidelijk en ondoorzichtig.
- III. Het toezicht en de regelgeving zijn niet berekend op de sectoroverschrijdende samenwerking, die steeds meer tussen maatschappelijke organisaties plaatsvindt. Maatschappelijke ondernemingen raken daardoor onderworpen aan een cumulatie van regelgeving.

Het NTMO constateert vervolgens dat het enkel creëren van een nieuwe rechtsvorm vorenstaande knelpunten niet oplost. Integendeel, de onzekerheid zal voorlopig toenemen, omdat voor een geheel nieuwe rechtsvorm nieuwe jurisprudentie ontwikkeld dient te worden, wat een aantal jaren zal duren. Dit laatste argument is merkwaardig. Met wetgeving kan juist duidelijkheid gegeven worden, aangenomen dat te voorziene knelpunten in de wet worden geregeld. Het is denkbaar dat de wetgever het oplossen van knelpunten afschuift op de rechter, maar de kans daarop neemt af naarmate in de discussie de werkelijke knelpunten tijdig boven water komen.

Voor het NTMO is het voorkomen van onzekerheid een argument om geen nieuwe rechtsvorm te creëren, maar de maatschappelijke onderneming in het Burgerlijk Wetboek een plaats te geven als modaliteit van (alle) bestaande privaatrechtelijke rechtsvormen. Dit zou gepaard dienen te gaan met het vaststellen van sectoroverschrijdende uitgangspunten voor deregulering en fiscale faciliteiten. De modaliteit dient niet verplicht te worden voorgeschreven vanuit de overheid, maar dient aantrekkelijk genoeg te zijn om door maatschappelijke ondernemingen vrijwillig te worden gekozen als rechtsvorm.

Het NTMO noemt de volgende onderwerpen, die in de regeling van de modaliteit in het Burgerlijk Wetboek een plaats zouden dienen te krijgen:

1. De verankering van het maatschappelijke doel, waarbij kan worden voortgebouwd op het voorontwerp.
2. Het interne toezicht, waarbij kan worden voortgeborduurd op de eigen branchecode van het NTMO.

3. De rol van belanghebbenden, waarbij het NTMO denkt in termen als ‘horizontale dialoog’ en ‘openbare rapportage’.
4. Interne kwaliteitsborging, waarbij de termen ‘benchmark’, ‘visitatie’ en ‘accreditatie’ worden gebruikt.
5. Winstuitkering indien de maatschappelijke onderneming een (modaliteit van de) N.V. of B.V. is, waarbij wordt verwezen naar de ervaringen in België.
6. De jaarverslaglegging, in de lijn van het voorontwerp.
7. Klachtregeling.
8. Geschillenregeling.
9. Enquêterecht, in de lijn van het voorontwerp.

Hieronder worden deze onderwerpen achtereenvolgens besproken, waarbij zal worden onderzocht of en in hoeverre hiermee knelpunten worden opgelost.

2.11.2. Het maatschappelijk doel en het maatschappelijk belang

Het eerste onderwerp roept meteen vragen op. Er wordt gesproken van het maatschappelijke doel. Het voorontwerp daarentegen spreekt niet van een maatschappelijk doel, maar van een maatschappelijk belang¹⁷¹. Dit wordt onderscheiden van het doel van de maatschappelijke onderneming, dat dient te bestaan uit het leveren van diensten of het verrichten van werkzaamheden gericht op een maatschappelijk belang. In de literatuur is reeds gewezen op de moeizame relatie tussen het doel van de rechtspersoon en de gerichtheid op een maatschappelijk belang¹⁷². Doeloverschrijding kan leiden tot vernietigbaarheid van besluiten¹⁷³, maar welke consequenties dienen te worden verbonden aan besluiten die kennelijk niet gericht zijn op het nagestreefde maatschappelijk belang?

Zulke besluiten zouden nietig kunnen zijn wegens strijd met de statuten, tenzij de statutaire bepaling van het maatschappelijk belang c.q. het wettelijk voorschrift daartoe niet de strekking heeft om daarmee strijdige besluiten nietig te doen zijn¹⁷⁴. Het kan discutabel zijn of en in hoeverre een concreet besluit in de omstandigheden van het geval gericht is of kan zijn op het statutair voorgeschreven maatschappelijk belang. De rechtszekerheid is daarom niet gediend met nietigheid van het besluit.

Zulke besluiten zouden vernietigbaar kunnen zijn¹⁷⁵, waarbij onmiddellijk de vraag rijst hoe groot de kring van belanghebbenden is die in rechte vernietiging

¹⁷¹ Voorontwerp, artikel 307a, lid 1.

¹⁷² Zoals T.J. van der Ploeg (2008), *De juridische inkadering van de ‘maatschappelijke onderneming’*, in: Preadvis van de Vereniging ‘Handelsrecht’, Deventer: Kluwer, blz. 122.

¹⁷³ Artikel 2:7 Burgerlijk Wetboek.

¹⁷⁴ Zie artikel 2:14 lid 1, Burgerlijk Wetboek.

¹⁷⁵ De vordering tot vernietiging zou gebaseerd kunnen worden op artikel 2:7, Burgerlijk Wetboek, indien men de gerichtheid op het maatschappelijk belang opvat als onderdeel van het doel van de rechtspersoon. Overigens kan de vordering op grond van artikel 7 slechts worden ingesteld

op die grond kunnen vorderen. De rechtspraak komt voor de vraag te staan hoe aan dit maatschappelijk belang getoetst dient te worden. ‘Gericht zijn op het maatschappelijk belang’ is een strikter criterium dan ‘niet in strijd zijn met het maatschappelijk belang’. Er zijn bovendien meerdere maatschappelijke belangen. Hoe dient de rechter om te gaan met een besluit dat wel een maatschappelijk belang dient, maar niet direct het maatschappelijk belang zoals dat in de statuten van de maatschappelijke onderneming is vermeld? Denkbaar zijn voorts situaties waarin het maatschappelijk belang niet samenvalt met het belang (de continuïteit) van de maatschappelijke onderneming.

Een andere denkbare sanctie kan zijn dat de maatschappelijke onderneming door de rechter kan worden ontbonden indien haar handelen niet gericht blijkt te zijn op het maatschappelijk belang. Daartoe zou artikel 2:21, Burgerlijk Wetboek, aangepast dienen te worden, zodanig dat het niet voldoen aan de wettelijke omschrijving van de modaliteit gelijkgesteld wordt met het niet voldoen aan de wettelijke omschrijving van de rechtsvorm.

Het aannemen of afleggen van de modaliteit zou gelijkgesteld moeten worden aan een wijziging van rechtsvorm (omzetting), zodat artikel 2:18, Burgerlijk Wetboek, van toepassing zal zijn. Uiteraard zal dan ook lid 2 van artikel 2:21, Burgerlijk Wetboek, gelden, waardoor de rechter een maatschappelijke onderneming een termijn kan gunnen om de modaliteit af te leggen, alvorens tot ontbinding te beslissen.

Overigens liet de letterlijke tekst van artikel 307a lid 1 van het voorontwerp de ruimte voor het standpunt dat het gediende maatschappelijk belang niet in de statuten van de maatschappelijke onderneming gedefinieerd hoeft te worden. Het handelen van de rechtspersoon dient uitsluitend te zijn gericht op ‘het daarmee gediende maatschappelijk belang’. Dit kan zo gelezen worden, dat van geval tot geval kan worden beoordeeld op welk maatschappelijk belang het handelen van de rechtspersoon is gericht en dat hier slechts een verbod op bijbedoelingen wordt gegeven (let op het woord ‘uitsluitend’ in de wettekst). Daarmee wordt het voor de rechter niet gemakkelijker, want bijbedoelingen blijven meestal verborgen. Bovendien behoeven bijbedoelingen niet altijd afbreuk te doen aan het

door de rechtspersoon zelf. Ook zou men de gerichtheid op het maatschappelijk belang kunnen opvatten als een voorschrift voor de tot stand koming van het besluit. In dat geval kan de vordering gebaseerd worden op artikel 2:15 lid 1 sub a, Burgerlijk Wetboek. Dit is evenwel een gekunstelde interpretatie van de wet, aangezien het maatschappelijk belang de inhoud van het besluit betreft en niet de besluitvormingsprocedure.

Het verdient daarom aanbeveling dat de wetgever zich bij het ontwerpen van een regeling voor de maatschappelijke onderneming expliciet opneemt welke rechtsgevolgen zijn verbonden aan een besluit dat het voorgeschreven maatschappelijk belang niet in acht neemt.

maatschappelijk belang, zeker niet als dat maatschappelijk belang ook een deelbelang van een bepaalde groepering kan zijn¹⁷⁶.

Het NTMO lijkt het onderscheid tussen doel en maatschappelijk belang te doorbreken door te spreken van het maatschappelijke doel. We maken een stap in de goede richting wanneer hiermee bedoeld wordt dat een maatschappelijk belang bepalend dient te zijn voor de doelomschrijving van de maatschappelijke onderneming, maar dat – het doel eenmaal omschreven zijnde – het maatschappelijk belang geen zelfstandige betekenis heeft naast de doelomschrijving. Ik kom hier op terug¹⁷⁷.

2.11.3. Intern toezicht

Voor het interne toezicht wil het NTMO aanknopen bij de eigen branchecode¹⁷⁸, hetgeen zal betekenen dat er een onafhankelijke raad van toezicht dient te zijn, waaraan het bestuur van de rechtspersoon verantwoording dient af te leggen. Deze raad van toezicht kan bestuurders schorsen en ontslaan. De leden van de raad van toezicht worden benoemd voor een bepaalde tijd en herbenoeming is geen automatisme. Daarmee wijkt het NTMO niet af van het voorontwerp¹⁷⁹. Het voorontwerp is gedetailleerder dan de branchecode, die zich tot hoofdlijnen beperkt. Deze hoofdlijnen zullen op weinig weerstand stuiten, ze zijn terug te vinden in vrijwel alle governance codes voor de non profit sector. De werkelijke vraag rond de regeling van het interne toezicht is dan ook niet dat het er moet komen en dat het vormgegeven zal worden door middel van een onafhankelijke raad van toezicht. De vraag is veeleer hoever de juridische techniek in de wet moet gaan: een regeling op hoofdlijnen, een vangnetregeling (regelend recht, waar in de statuten van afgeweken mag worden) of een uitgebreide dwingend-rechtelijke regeling. De maatschappelijke trend gaat naar een regeling op hoofdlijnen. De wetgever maakt de indruk die trend te willen volgen, maar daar zelf nog aan te moeten wennen.

2.11.4. De belanghebbenden

Het voorontwerp heeft in navolging van Wijffels c.s.¹⁸⁰ gekozen voor een verplichte vorm van belangenvertegenwoordiging via een daarvoor in het leven te roepen orgaan. Het NTMO wijst deze vorm niet direct af, maar bepleit de ruimte om de invloed van stakeholders anders vorm te geven. Gezien de gekozen bewoordingen wordt daarbij niet gedacht aan verplichte advisering door

¹⁷⁶ Zie Van der Ploeg (2008), a.w., blz. 128.

¹⁷⁷ Par. 3.5.

¹⁷⁸ Netwerk Toekomst Maatschappelijke Onderneming (NTMO) (2003), De waarde van de maatschappelijke onderneming geborgd, blz. 19 e.v., tevens gepubliceerd op www.ntmo.nl.

¹⁷⁹ Voorontwerp, artikel 307i en artikel 307j.

¹⁸⁰ H.H.F. Wijffels e.a. (28 september 2006), Rapport van de projectgroep Rechtsvorm maatschappelijke onderneming, blz. 18.

belanghebbenden. Toelaatbaar wordt gevonden de minimumeis dat het bestuur ten minste eenmaal per jaar met de belanghebbenden strategisch overleg voert over het langetermijnbeleid en een dialoog voert over de realisatie van bestaand beleid. Van belang is hierbij het standpunt, dat iedere maatschappelijke onderneming zelf dient te bepalen wie de belanghebbenden zijn. Het voorontwerp verlangde dat in de statuten van de maatschappelijke onderneming de belanghebbenden worden aangewezen¹⁸¹, maar het NTMO laat de statutaire verankering vallen. Daarmee rijst de vraag welk orgaan van de maatschappelijke onderneming mag bepalen wie de belanghebbenden zijn en voorts of periodiek, misschien wel jaarlijks, mag worden heroverwogen wie de belanghebbenden zijn. Wanneer bovendien de wet of de statuten geen criteria voorschrijven ontstaat voor de maatschappelijke onderneming de mogelijkheid om bepaalde groepen of personen buiten de kring van belanghebbenden te plaatsen zonder dat daarop een effectieve rechterlijke toetsing mogelijk is.

Samengevat: de belanghebbendenvertegenwoordiging blijft een weerbarstig probleem. Wijffels c.s. stelden dat de aanwijzing van belanghebbenden een politieke keuze is. Het voorontwerp schoof de keuze door van de politiek naar de statuten. Het NTMO legt de keuze bij de maatschappelijke onderneming zelf. Maar het blijft een politieke keuze, die op deze manier in handen van de maatschappelijke ondernemingen wordt gelegd. De vraag kan gesteld worden of dit niet in strijd is met de grondvesten van het staatsbestel. Er wordt immers een politieke keuze onttrokken aan de democratische controle.

Ongeacht de vraag wie de keuze maakt, is er de vraag hoe men de keuze van belanghebbenden bepaalt. Indien men de kring van belanghebbenden breed trekt, zal de belanghebbendenvertegenwoordiging te maken krijgen met interne belangentegenstellingen. Indien men de kring van belanghebbenden beperkt tot diegenen voor wie de belanghebbendenvertegenwoordiging daadwerkelijk in een behoefte voorziet, blijft er niet of nauwelijks iemand over¹⁸². Werknemers hebben ondernemingsraden en medezeggenschapsraden¹⁸³, afnemers van zorg hebben cliëntenraden, afnemers van onderwijs hebben medezeggenschapsraden. Voor wie in een omgeving van marktwerking met een maatschappelijke onderneming in relatie staat, kan een positie in een belanghebbendenvertegenwoordiging alleen maar versturend werken op het onderhandelingsproces.

Uit recent onderzoek is voorts gebleken dat in de praktijk de verwachtingen van belanghebbendenvertegenwoordigingen te hooggespannen zijn, wat veelvuldig

¹⁸¹ Voorontwerp, artikel 3070, lid 1.

¹⁸² Zie voor wat betreft de zorg J.G. Sijmons en T.A.M. van den Ende (2008), *De juridische herpositionering van de zorginstelling*, in: *Maatschappelijk ondernemen in het bijzonder in de zorg*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht', Deventer: Kluwer, blz. 48 e.v.

¹⁸³ Universiteit- en faculteitsraden daaronder mede te begrijpen.

tot teleurstellingen leidt. Enerzijds wil het bestuur recht doen aan het overleg, anderzijds wordt van het bestuur toch verwacht dat het zelf het beleid bepaalt¹⁸⁴. Daar ligt een spanningsveld, dat vraagt om een zorgvuldige communicatie, die tegelijkertijd de animo om tijd en energie te steken in een belanghebbendengremium niet zal stimuleren.

2.11.5. Interne kwaliteitsborging

Vervolgens stelt het NTMO dat de kwaliteitsborging kan worden geregeld vanuit de belanghebbenden, zodat de overheid kan terugtreden. Het overheidstoezicht zou zich dienen te beperken tot het systeem, dat daartoe in een wettelijke regeling een plaats dient te krijgen. Het NTMO stelt zich voor dat een en ander kan worden vormgegeven in een convenant met de overheid. In het beoogde convenant kunnen afspraken gemaakt worden over de kwaliteit van de dienstverlening en werkzaamheden van maatschappelijke ondernemingen. In dat geval zou de overheid dienen in te grijpen indien de afspraken op het punt van kwaliteit niet worden nagekomen.

Desondanks is kwaliteitsborging vanuit de belanghebbenden een merkwaardige gedachte, temeer daar het NTMO zich tegelijkertijd verzet tegen een wettelijk voorgeschreven vorm voor de belanghebbendenvertegenwoordiging. Iedere maatschappelijke onderneming zou zelf dienen te bepalen wie haar belanghebbenden zijn en hoe zij invloed krijgen c.q. hoe met hen het gesprek wordt aangegaan. Deze combinatie van factoren zal meebrengen dat iedere maatschappelijke onderneming zelf de kwaliteit dient te borgen en dat daarop niet meer toezicht plaatsvindt dan de maatschappelijke onderneming zelf organiseert.

Het NTMO noemt ook nog als methoden van kwaliteitsborging de onderlinge visitatie en het hanteren van benchmarks. Daarmee leunt het voorstel van het NTMO sterk op de governance codes, die toch in de eerste plaats gedragscodes zijn.

Parallel met de invoering van de nieuwe modaliteit in het Burgerlijk Wetboek, wil het NTMO een convenant tussen overheid en maatschappelijke organisaties tot stand brengen, waarin de relatie tussen de staat en de maatschappelijke ondernemingen op hoofdlijnen wordt geregeld. Dit zou vervolgens per sector moeten worden uitgewerkt. Het NTMO noemt enkele onderwerpen die in ieder geval in het convenant geregeld zouden dienen te worden.

Nog daargelaten dat niet duidelijk is wie allemaal partij bij dat convenant dienen te zijn om een wettelijke regeling overbodig te maken¹⁸⁵, zijn er bezwaren in te

¹⁸⁴ Algemene Rekenkamer (2008).

¹⁸⁵ Het zal toch niet de bedoeling zijn dat iedere maatschappelijke onderneming afzonderlijk met de overheid een convenant aangaat. Het beheer van zoveel convenanten zal de overheidsbemoeienis met de maatschappelijke ondernemingen alleen maar doen toenemen.

brengen tegen het creëren van de situatie dat een wettelijke regeling leunt op convenanten. Het is niet of nauwelijks te waarborgen dat de beoogde convenanten tot stand komen en stand houden. Daarmee zijn convenanten niet gediskwalificeerd, maar wettelijke regelingen dienen ook zonder convenant hanteerbaar te zijn. Daarnaast is zelfregulering – zonder convenanten, op basis van codes – als mogelijkheid nog niet aan de orde gekomen. Zelfregulering is wellicht eenvoudiger te realiseren dan een convenant, bovendien houdt de overheid meer beleidsvrijheid als zij zich niet aan een convenant heeft gebonden.

Met betrekking tot de kwaliteit van de dienstverlening is het volgende aspect van belang: wanneer een maatschappelijke onderneming opereert in een transparante marktsituatie, zal de dienstverlening van de maatschappelijke onderneming de kwaliteit hebben die bij de concurrentieverhoudingen past. Met andere woorden: de consument zal de kwaliteit krijgen die past bij de prijs die hij bereid is te betalen¹⁸⁶. Indien er niet of nauwelijks sprake is van concurrentie of indien de transparantie van de markt beperkt is, zal het marktmechanisme niet werken en zal de consument genoeg moeten nemen met de dienstverlening die de maatschappelijke onderneming aanbiedt.

Kenmerkend voor maatschappelijke ondernemingen is echter dat zij een maatschappelijk belang nastreven, dat boven de belangen van de directe gebruikers uitgaat: de samenleving als geheel heeft belang bij een goede zorg en niet alleen degene die toevallig vandaag ziek is, de samenleving als geheel is gebaat bij goed onderwijs en niet alleen degene die toevallig vandaag een opleiding volgt. Het NTMO onderkent dat ook wel, want zij stelt voor om de kwaliteit per sector te regelen in convenanten met de overheid. Die overheid kan zowel de landelijke, een regionale als een plaatselijke overheid zijn, afhankelijk van het karakter van de branche waarin de maatschappelijke onderneming actief is. Ten minste zou vooraf onderzocht dienen te worden of het maatschappelijk belang via convenanten beter wordt gewaarborgd dan via overheidsvoorschriften. Kan een democratische overheid in een convenant instemmen met een ander kwaliteitsniveau dan door de samenleving wordt gewenst, kennelijk in afwijking van hetgeen de sector wenst te bieden?

¹⁸⁶ Dit marktmechanisme leidt niet zonder meer tot gewaarborgde kwaliteit. Voor producten en diensten die de consument puur als noodzakelijk kwaad beschouwt, wil hij wellicht slechts de kosten zo beperkt mogelijk houden zonder zich om de kwaliteit van het gebodene te bekommeren. Dit kan momenteel in Nederland worden waargenomen ten aanzien van het notariaat, met name waar het betreft de koop en levering van bestaande woningen. Een deel van de consumenten is dermate gefixeerd op het vinden van de goedkoopste notaris, dat de kwaliteit van de notariële dienstverlening in bepaalde marktsegmenten de ondergrens van het toelaatbare overschrijdt of dreigt te overschrijden. Het zou verhelderend zijn wanneer er naast websites met “de goedkoopste notaris” ook een website zou komen waarop “de slechtste notaris” te vinden is. Het verband tussen prijs en kwaliteit zou daardoor transparanter worden.

2.11.6. Winstuitkering

Wanneer de modaliteit maatschappelijke onderneming toepasbaar wordt op de naamloze vennootschap en op de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, wordt het mogelijk om maatschappelijke ondernemingen te vormen die winst kunnen uitkeren. Het NTMO is hier voorstander van, onder een verwijzing naar de ervaringen die hiermee zijn opgedaan in België. Daarmee doelt men ongetwijfeld op de vennootschap met sociaal oogmerk, die een beperkte mogelijkheid tot uitkering van winst kent¹⁸⁷. Artikel 2:105 lid 1 en artikel 2:216 lid 1, Burgerlijk Wetboek, laten de ruimte om in de statuten van de vennootschap het winstrecht van de aandeelhouders te beperken. Voor wat betreft het batig saldo na ontbinding en vereffening van de vennootschap, vloeit voort uit artikel 2:23b lid 1, Burgerlijk Wetboek, dat dit toekomt aan de aandeelhouders of aan degenen die krachtens de statuten daartoe zijn gerechtigd. De wettekst laat derhalve ruimte voor aandeelhouders met een beperkt winstrecht. Zulke aandeelhouders zijn er reeds, maar dan als beperkte groep binnen de kring van aandeelhouders van een vennootschap, bijvoorbeeld houders van preferente aandelen. Hier zal sprake zijn van een breuk met het beginsel, dat het vermogen van een kapitaalvennootschap vroeg of laat ten goede komt (ofwel in economische zin toebehoort) aan de aandeelhouders. Overigens kennen wij al een inbreuk op dat beginsel, namelijk wanneer een naamloze of besloten vennootschap ontstaat door omzetting van een stichting. Uit de statuten van de vennootschap dient dan te blijken dat het vermogen dat zij bij de omzetting heeft en de vruchten daarvan slechts met toestemming van de rechter anders mogen worden besteed dan voor de omzetting was voorgeschreven¹⁸⁸ ofwel aan het doel van de stichting. Na ontbinding van de vennootschap zal dit vermogen – voor zover nog aanwezig – dienen te worden besteed overeenkomstig de bestemming van het batig saldo, zoals de statuten van de stichting dat ten tijde van de omzetting voorschreven. Een naamloze of besloten vennootschap met een beperkt winstrecht voor de aandeelhouders is daarom een minder grote stap dan het op het eerste gezicht lijkt.

Tegelijkertijd is het de vraag of regulering en beperking van winstrechten niet door de ontwikkelingen is ingehaald, als we kijken naar het voorstel voor een experiment met winstoogmerk in de ziekenhuiszorg. Ik kom daar op terug.

2.11.7. Jaarverslaglegging

Voor wat betreft de inhoud en vaststelling van de jaarrekening en het jaarverslag wil het NTMO aansluiten bij het voorontwerp¹⁸⁹, dat op zijn beurt aansluit bij de

¹⁸⁷ Zie Pijs (2007).

¹⁸⁸ Artikel 2:18 lid 6, Burgerlijk Wetboek.

¹⁸⁹ Voorontwerp, artikel 307r.

bestaande regeling in titel 9 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek¹⁹⁰, zij het met de aanvulling dat het jaarverslag ook melding dient te maken wie door de maatschappelijke onderneming als belanghebbenden zijn aangemerkt en hoe met hen is omgegaan. Het voorontwerp legt de taak en bevoegdheid tot vaststelling van de jaarrekening en het jaarverslag bij de raad van toezicht.

2.11.8. Klachtregeling

Verder wil het NTMO dat in de wettelijke regeling voor de modaliteit maatschappelijke onderneming systeemeisen worden geformuleerd voor een individuele klachtregeling ten behoeve van de afnemers van diensten en een geschillenregeling. Voor wat betreft de klachtregeling begrijp ik deze gedachte zo, dat in de wet niet een klachtregeling behoeft te worden uitgewerkt, maar dat de wet de kaders stelt, waarbinnen de maatschappelijke onderneming zelf in een passende klachtregeling dient te voorzien.

Voor de zorg bestaat er reeds een wettelijk kader in de vorm van de Wet klachtrecht cliënten zorgsector¹⁹¹. Die wet is kaderscheppend, in die zin dat zij niet alleen voorschrijft dat de zorginstelling een klachtenregeling dient vast te stellen, maar ook de inhoud van die regeling is vrij nauwkeurig voorgeschreven. De regeling van de Wet klachtrecht cliënten zorgsector zou geïncorporeerd of gekopieerd kunnen worden in een generieke regeling voor de maatschappelijke onderneming. Echter alvorens de wetgever daartoe overgaat, zou het goed zijn om die wet te evalueren en te bestuderen of zij zich leent voor toepassing in andere sectoren dan de zorg¹⁹².

2.11.9. Geschillenregeling

Ten aanzien van een wettelijk kader voor een geschillenregeling merk ik op, dat de Nederlandse wetgeving een generieke geschillenregeling kent, namelijk de gewone rechter. Wanneer een wettelijke geschillenregeling voor maatschappelijke ondernemingen wordt gecreëerd, leidt dat onvermijdelijk tot competentievraagstukken, waardoor het nog maar de vraag is of er iets van de beoogde vereenvoudiging terechtkomt.

2.11.10. Het enquêterecht

Het NTMO wil het enquêterecht uitwerken in de lijn van het voorontwerp. Dit onderdeel van het voorstel is moeilijk te plaatsen. Het voorontwerp legt de bevoegdheid om een verzoek tot enquête te doen aan de Ondernemingskamer

¹⁹⁰ D.F.M.M. Zaman (2007), *Modernisering van het rechtspersonenrecht: de Maatschappelijke Onderneming*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, blz. 596.

¹⁹¹ Wet van 29 mei 1995.

¹⁹² De Minister van VWS heeft overigens aangekondigd de wetgeving rond klachten- en geschillenregelingen te willen vereenvoudigen, met één 'toegangslotet' voor de cliënt, Brief aan de Tweede Kamer d.d. 23 mei 2008, kenmerk MC-U-2852129.

bij het orgaan de belanghebbendenvertegenwoordiging. Het NTMO wil echter de belanghebbendenvertegenwoordiging als orgaan van de rechtspersoon niet verplicht stellen. Daarmee komt het enquêterecht dan ook in de lucht te hangen. Overigens heeft Holtzer zich reeds afgevraagd of het wel zo'n doordachte keuze is om het enquêterecht aan de belanghebbendenvertegenwoordiging toe te kennen¹⁹³. Hij wijst er op dat het enquêterecht tot nu toe door de wetgever bewust is onthouden aan de ondernemingsraad¹⁹⁴. Of de belanghebbendenvertegenwoordiging het geschikte orgaan is om het enquêterecht te hebben, is nauwelijks te beoordelen zolang niet duidelijk is wie de belanghebbenden zijn. Wat daar van zij, om het enquêterecht te kunnen hebben moet de belanghebbendenvertegenwoordiging wel zijn ingesteld en dat laatste wil het NTMO nu juist niet verplicht stellen.

2.11.11. Keuzevrijheid

Het NTMO wil de keuze voor de modaliteit maatschappelijke onderneming niet expliciet verplicht stellen voor organisaties die in het maatschappelijk belang actief zijn. De modaliteit moet aantrekkelijk genoeg zijn om vrijwillig te worden gekozen als rechtsvorm, onder andere door fiscale faciliteiten. Daarnaast moet de modaliteit als een keurmerk gaan werken voor zowel de overheid als de afnemers van de diensten. Indien de modaliteit als keurmerk door de overheid gehanteerd gaat worden, kan dat de facto toch leiden tot een verplichting in bepaalde branches om de modaliteit aan te nemen. Of dat een positieve ontwikkeling zal zijn, is afhankelijk van de definitieve vormgeving van de wettelijke regeling.

2.11.12. Recapitulatie

Het voorstel van het NTMO is een belangrijke bijdrage geweest aan het publieke debat over de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming in Nederland. Er wordt door het NTMO gewezen op enkele knelpunten die tot dan toe onvoldoende aan bod zijn gekomen en er worden enkele standpunten ingenomen ten opzichte van het voorontwerp. Rode draad in de aangevoerde knelpunten is de relatie van maatschappelijke ondernemingen met de overheid. Wanneer de overheid bepaalde werkzaamheden overlaat aan maatschappelijke ondernemingen, is er de behoefte om te weten welke positie de overheid zelf nog inneemt.

Het NTMO toonde zich voorstander van de mogelijkheid om uitkering van winst door maatschappelijke ondernemingen mogelijk te maken. Daarbij werd nog

¹⁹³ Holtzer (2008).

¹⁹⁴ Daarbij vraagt hij zich wel af of deze situatie niet heroverwogen dient te worden.

niet echt een standpunt ingenomen over de vraag of de mogelijkheid tot winstuitkering beperkt of onbeperkt zou dienen te zijn.

Het ingewikkeldste onderdeel van de vraagstukken rond de maatschappelijke onderneming blijft de belanghebbendenvertegenwoordiging. Wie, wat en hoe zijn vragen waarop het antwoord, ook na de bijdrage van het NTMO, niet was uitgekristalliseerd.

2.12 WETSVOORSTEL (2008/2009)

Nadat de reacties op het voorontwerp waren geëvalueerd, achtte het kabinet Balkenende IV de tijd rijp om een wetsvoorstel te ontwikkelen. Op 5 december 2008 zond de Minister van Justitie een wetsvoorstel voor advies naar de Raad van State. Ongeveer gelijktijdig hebben de Minister en Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aan de Tweede Kamer laten weten dat zij voor 1 januari 2010 een nieuwe rechtsvorm willen introduceren voor ziekenhuizen¹⁹⁵. Hun gedachten gingen daarbij uit naar een modaliteitenregeling naar voorbeeld van de Belgische VSO¹⁹⁶.

Het leek er op dat beide ministers hetzelfde wilden¹⁹⁷, want het wetsvoorstel bevatte inderdaad een modaliteitenregeling voor zowel de vereniging als de stichting.

Daarmee week het wetsvoorstel fundamenteel af van het voorontwerp. Dit kan worden gezien als de vrucht van de brede consultatie die over het voorontwerp had plaatsgevonden¹⁹⁸. Het maatschappelijke draagvlak voor een afzonderlijke rechtsvorm bleek uitermate gering te zijn, een modaliteitenregeling kon naar de kennelijke inschatting van de bewindslieden op meer sympathie rekenen.

Het wetsvoorstel is naar aanleiding van een zeer kritisch advies van de Raad van State de dato 18 maart 2009 op onderdelen aangepast, voorzien van een nader rapport op 29 juni 2009 en op 6 juli 2009 ingediend bij de Tweede Kamer met een sterk gewijzigde Memorie van Toelichting.

¹⁹⁵ Brief Minister en Staatssecretaris van VWS, kamerstukken II 2006/07, 27.659 nummer 84, blz. 11 e.v.

¹⁹⁶ Zie Pijls (2008). Zie ook hoofdstuk 5, waar evenwel blijkt dat de invoering van de VSO een geheel andere achtergrond heeft gehad dan de invoering van de M.O./M.W.O.

¹⁹⁷ Zij het dat minister Klink op 23 juli 2009 aan de Tweede Kamer gedachten over de governance in de zorg uitte, die niet volledig in het wetsvoorstel waren terug te vinden. Zo voorzag het wetsvoorstel niet in meer dan de bestaande mogelijkheden om bestuurders en toezichhouders aansprakelijk te stellen voor onbehoorlijk functioneren, terwijl de minister aangaf dat hij de bestaande mogelijkheden onvoldoende vond.

¹⁹⁸ MvT (2008), blz. 12.

Het wetsvoorstel omvatte in hoofdzaak de invoering van een Titel 6a (artikel 305 tot en met 307p) in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Daarnaast zou worden toegevoegd een artikel 26a, waarin de definitie werd gegeven van een vereniging tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming, namelijk:

1. Een vereniging tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming is een als zodanig bij notariële akte opgerichte vereniging. Op deze verenigingen zijn de bepalingen van deze titel van toepassing, voor zover daarvan in titel 6a niet wordt afgeweken. Zij houdt een of meer ondernemingen of instellingen in stand en stelt zich blijkens de statuten ten doel diensten te leveren of werkzaamheden te verrichten die zijn gericht op het daarmee te dienen maatschappelijke belang. De statuten vermelden welke deze diensten of werkzaamheden zijn en wat de inhoud is van het daarmee te dienen maatschappelijk belang.
 2. In afwijking van artikel 26 lid 3 kan in de statuten van een vereniging tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming worden bepaald dat de vereniging bevoegd is winst uit te keren aan houders van daartoe door die vereniging uitgegeven winstbewijzen, voor zover dit niet bij wet is verboden. en een artikel 285a, waarin de definitie werd gegeven van een stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming, te weten:
 1. Een stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming is een als zodanig bij notariële akte opgerichte stichting. Op deze stichtingen zijn de bepalingen van deze titel van toepassing, voor zover daarvan in titel 6a niet wordt afgeweken. Zij houdt een of meer ondernemingen of instellingen in stand en stelt zich blijkens de statuten ten doel diensten te leveren of werkzaamheden te verrichten die zijn gericht op het daarmee te dienen maatschappelijke belang. De statuten vermelden welke deze diensten of werkzaamheden zijn en wat de inhoud is van het daarmee te dienen maatschappelijk belang.
 2. In afwijking van artikel 285 lid 3 kan in de statuten van een stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming worden bepaald dat de stichting bevoegd is winst uit te keren aan houders van daartoe door die stichting uitgegeven winstbewijzen, voor zover dit niet bij wet is verboden.
- De maatschappelijke onderneming zou derhalve een vereniging of stichting zijn, die:
- als zodanig is opgericht (of op de voet artikel 2:18 Burgerlijk Wetboek door omzetting tot stand wordt gebracht). Met de woorden ‘als zodanig’ wordt aangegeven dat een vereniging of stichting niet de status van M.O. of M.O.W. van rechtswege verkrijgt door aan de kenmerken van Titel 6a te voldoen. Het is derhalve mogelijk om een stichting of vereniging in het leven te roepen die aan alle materiële kenmerken van de M.O. of de M.O.W. voldoet zonder dat zij de modaliteit van artikel 2:26a c.q. artikel 2:285a aanneemt. Dit laatste vloeit

voort uit het gegeven dat de modaliteit niet verplicht is. Omzetting van een maatschappelijke onderneming in een stichting vice versa zal mogelijk zijn zonder rechterlijke machtiging¹⁹⁹;

- één of meer ondernemingen of instellingen in stand houdt;
- diensten levert of werkzaamheden verricht;
- gericht op een maatschappelijk belang.

De statuten van de maatschappelijke onderneming dienden zowel de diensten c.q. werkzaamheden als het daarmee te dienen maatschappelijk belang te vermelden. Daarmee zouden veel aspecten toetsbaar geworden zijn:

- is het genoemde belang een maatschappelijk belang? Volgens de minister kan dit naar tijd en plaats variëren, maar iets is ‘maatschappelijk’ als het algemeen belang in het geding is. Dit is in ieder geval aan de orde bij de sociale grondrechten die in de Nederlandse Grondwet zijn opgenomen²⁰⁰. In aanmerking genomen dat de vaststelling van wat tot het algemeen belang behoort een politieke keuze is, kan de vraag gesteld worden of vermelding in de Grondwet geen voorwaarde zou behoren te zijn om te kunnen spreken van een maatschappelijk belang in de zin van de wettelijke regeling van de maatschappelijke onderneming. Ik kom hier op terug²⁰¹;
- zijn de genoemde diensten/werkzaamheden gericht dienstbaar aan het genoemde maatschappelijk belang, althans kunnen zij dat zijn?

¹⁹⁹ Het wetsvoorstel behelst de invoering van een nieuw lid 5 in artikel 2:18, Burgerlijk Wetboek, dat zal bepalen dat lid 4 niet van toepassing is op de M.O. en de M.O.W. Wel zal rechterlijke machtiging vereist zijn voor de omzetting van een M.O. of een M.O.W. in een onderlinge waarborgmaatschappij, een N.V. of een B.V. en voor de omzetting van een onderlinge waarborgmaatschappij, een N.V. of een B.V. in een M.O. of een M.O.W. Waarom rechterlijke machtiging voor deze omzettingen vereist is en voor andere niet, wordt door de minister niet toegelicht. In MvT (2008) is slechts aangegeven dat omzetting van een stichting in een stichting M.O. en omgekeerd zonder rechterlijke machtiging mogelijk dient te zijn, omdat beide rechtsvormen dicht tegen elkaar aanliggen. Met deze opmerking wordt het belang van de nieuwe rechtsvorm sterk gerelativeerd. Het is daarom vanuit politiek oogpunt niet onbegrijpelijk, dat MvT (2009) zwijgt op dit punt. Ondertussen wordt niet duidelijk waarom voor de omzetting van of in een onderlinge waarborgmaatschappij wel rechterlijke machtiging nodig is en voor een omzetting van of in de daaraan zeer verwante coöperatie niet. Hierbij rijst de vraag of de rechterlijke machtiging ex artikel 2:18 lid 4 niet afgeschaft zou kunnen worden, zoals dat ook gaat gebeuren met de rechterlijke goedkeuring voor wijziging van huwelijkse voorwaarden. Het daarvoor gehanteerde argument dat de beoogde toetsing kan plaatsvinden door de notaris, gaat ook op voor de omzetting van of in een stichting.

²⁰⁰ MvT (2008), blz. 16, waar wordt verwezen naar de artikelen 21 (bewoonbaarheid van het land, bescherming van het milieu), 22 (volksgezondheid) en 23 (onderwijs) van de Grondwet. MvT (2009), blz. 16, volstaat met de opmerking dat de diensten zich voor een groot deel afspelen op het terrein van de sociale grondrechten.

²⁰¹ Zie par. 3.5.2.

- worden de genoemde diensten daadwerkelijk geleverd c.q. de genoemde werkzaamheden daadwerkelijk verricht? Aan de eisen van de modaliteit wordt niet voldaan indien de vereniging of stichting uitsluitend aandelen houdt in een N.V. of B.V.²⁰², zelfs niet indien de vennootschap een maatschappelijke onderneming in stand zou houden. Deze eis is stringenter dan het equivalent bij de coöperatie, die haar werkzaamheid ten behoeve van haar leden mag laten verrichten door een (dochter) vennootschap.

De maatschappelijke onderneming zou derhalve kunnen kiezen of zij vereniging wil zijn, dan wel stichting. Voorts dient de maatschappelijke onderneming te kiezen of zij de mogelijkheid van winstuitkering wil hebben. Overigens is het – conform het wetsvoorstel – mogelijk dat in sectorspecifieke regelgeving winstuitkering alsnog wordt verboden²⁰³.

De naam van de maatschappelijke onderneming zou dienen te beginnen of te eindigen met de woorden ‘Maatschappelijke Onderneming’ of de afkorting ‘M.O.’ als zij niet de statutaire mogelijkheid van winstuitkering kent. Was die mogelijkheid wel in de statuten opgenomen, dan diende te naam van de rechtspersoon te beginnen of te eindigen met de woorden ‘Maatschappelijke Onderneming met Winstuitkering’ of de afkorting ‘M.O.W.’²⁰⁴. Rechtspersonen die de modaliteit niet zouden hebben, zouden vorenstaande aanduidingen niet in hun naam mogen opnemen. Dit laatste laat onverlet dat zij zichzelf wel op andere wijzen als maatschappelijke onderneming zouden kunnen profileren²⁰⁵.

Titel 2 (verenigingen), titel 8 afdeling 2 (recht van enquête) en titel 9 (jaarrekening en jaarverslag) zouden op de M.O. en de M.O.W. van toepassing zijn, voor zover in titel 6a niet anders zou zijn bepaald²⁰⁶.

2.12.1. Bestuur

De eerste bestuurders van de M.O./M.O.W. zouden worden benoemd bij de akte van oprichting. Opvolgende bestuurders werden dwingendrechtelijk benoemd door de raad van toezicht²⁰⁷. De benoemings- en ontslagbevoegdheden, zoals de algemene vergadering die heeft bij de gewone vereniging²⁰⁸ golden niet bij de maatschappelijke onderneming. Voor wat betreft de vereniging M.O. werd artikel 2:37, Burgerlijk Wetboek, namelijk niet van toepassing verklaard.

²⁰² MvT (2008), blz. 16.

²⁰³ MvT (2008), blz. 17 en MvT (2009), blz. 23.

²⁰⁴ Artikel 2:306, lid 1, Wetsvoorstel 2008/idem 2009.

²⁰⁵ MvT (2008), blz. 18 en MvT (2009), blz. 38.

²⁰⁶ Artikel 2:305, lid 2, Wetsvoorstel 2008/idem 2009.

²⁰⁷ Artikel 2:307a, lid 1, Wetsvoorstel 2008/idem 2009.

²⁰⁸ En bij de coöperatie en bij de onderlinge waarborgmaatschappij.

Conform de governance codes zouden de bestuurders benoemd worden aan de hand van een profielschets. Deze profielschets diende te worden opgesteld door het bestuur bij de stichting M.O. en door de algemene vergadering op voorstel van het bestuur bij de vereniging M.O.²⁰⁹. Een besluit tot vaststelling van de profielschets door het bestuur – derhalve bij de stichting M.O. en niet bij de vereniging M.O. – behoeft bovendien de goedkeuring van de raad van toezicht²¹⁰. Dit betekende dat bij de vereniging M.O. de profielschets buiten de raad van toezicht om tot stand zou kunnen komen²¹¹, tenzij de statuten in de totstandkoming van de profielschets een rol aan de raad van toezicht zouden toekennen. Dit laatste gold eveneens voor de belanghebbendenvertegenwoordiging, die overigens wel een wettelijk recht kreeg op kennisname van de profielschets²¹². Daarmee had de belanghebbendenvertegenwoordiging de mogelijkheid om marginaal te toetsen of de profielschets werd toegepast, maar dat zou slechts een toetsing achteraf zijn. Indien de belanghebbendenvertegenwoordiging meende dat een benoeming niet in overeenstemming met de profielschets had plaatsgevonden, zouden haar geen andere middelen ten dienste hebben gestaan dan de statutaire geschillenregeling²¹³. De benoeming van de betrokken bestuurder zou er echter niet door ongedaan gemaakt zijn geworden, wel zou het functioneren van de betrokkene geschaad kunnen worden doordat een interventie achteraf van de belanghebbendenvertegenwoordiging het draagvlak voor de benoeming zou kunnen aantasten. Dit pleit voor een duidelijke keuze van de wetgever: ofwel een orgaan van een rechtspersoon dient in het geheel niet te worden betrokken bij de benoeming van bestuurders, ofwel dat orgaan dient daarin een positie te hebben die van reële invloed kan zijn op de uiteindelijke benoeming.

De Memorie van Toelichting vermeldde dat het ontbreken van de goedkeuring van de profielschets door de raad van toezicht geen derdenwerking zou hebben²¹⁴. Dit zou betekenen dat tegenover de benoemde bestuurder geen beroep kan worden gedaan op het ontbreken van een profielschets. Met andere woorden: de rechtsgeldigheid van de benoeming wordt niet aangetast door het ontbreken van of gebreken aan de totstandkoming van de profielschets.

Het is een interessante vraag – en voor de praktijk van belang – hoe deze opvatting van de minister zich verhoudt tot artikel 2:14 lid 2, Burgerlijk Wetboek. Dat artikel bepaalt dat een besluit nietig is, indien een voorgeschreven voorafgaande

²⁰⁹ Artikel 2:307a, lid 2, Wetsvoorstel 2008/idem 2009.

²¹⁰ Artikel 2:307g, lid 1 sub i, Wetsvoorstel 2008/idem 2009.

²¹¹ De vaststelling van de profielschets is immers bij de vereniging geen bestuursbesluit. In MvT (2008) wordt dit niet onderkend, de minister gaat er van uit dat ook bij de vereniging M.O. de profielschets door de raad van toezicht dient te worden goedgekeurd.

²¹² Artikel 2:307a, lid 2, Wetsvoorstel 2008/idem 2009.

²¹³ Artikel 2:307b, lid 2, Wetsvoorstel 2008/idem 2009.

²¹⁴ MvT (2008), blz. 19 en MvT (2009), blz. 40.

handeling van een ander dan het orgaan dat het besluit heeft genomen, niet is verricht. Op grond daarvan zou een benoeming door de raad van toezicht van een bestuurder zonder dat er een profielschets is opgemaakt, nietig zijn. Hetzelfde zou gelden indien de profielschets wel is opgemaakt, maar niet aan de belanghebbendenvertegenwoordiging ter beschikking was gesteld.

In beide gevallen kan evenwel bekrachtiging plaatsvinden door het orgaan dat de profielschets had behoren op te maken (bestuur of algemene vergadering), casu quo door de belanghebbendenvertegenwoordiging.

Gesteld dat artikel 2:14 lid 2, Burgerlijk Wetboek, niet van toepassing zou zijn op het besluit tot benoeming van een bestuurder van een M.O., rijst de vraag of dat besluit vernietigbaar zou zijn op grond van artikel 2:15 lid 1 sub a, Burgerlijk Wetboek. De benoeming is dan tot stand gekomen in strijd met wettelijke en/of statutaire bepalingen die het tot stand komen van het besluit regelen. De vraag rijst of hier nog de uitzondering van artikel 2:15 lid 2 geldt²¹⁵. De bedoeling van de wetgever was kennelijk, gelet op het standpunt van de minister, dat overtreding van het voorschrift inzake de profielschets niet tot nietigheid van in weerwil daarvan genomen benoemingsbesluiten zou leiden. Gelet op artikel 14 en 15 van Boek 2 was het wenselijk geweest wanneer de wettekst zich daar expliciet over zou hebben uitgelaten. Zonder dat zou moeten worden aangenomen dat artikel 2:14 lid 2 meebrengt dat een benoemingsbesluit van de raad van toezicht zonder voorgeschreven profielschets zou hebben geleid tot nietigheid van het benoemingsbesluit, behoudens bekrachtiging door de raad van bestuur.

De statuten zouden volgens het wetsontwerp aan de belanghebbendenvertegenwoordiging het recht kunnen toekennen om één of meer bestuurders voor te dragen, mits minder dan de helft van het totale aantal bestuurders. Deze voordrachten zouden dan bindend zijn, met dien verstande dat de raad van toezicht de benoeming slechts zou kunnen weigeren indien zij in strijd zou zijn met de profielschets²¹⁶.

In artikel 2:307a lid 4 werd bepaald dat iedere bestuurder te allen tijde zou kunnen worden geschorst en ontslagen door raad van toezicht. Voor het geval een voorgenomen besluit tot schorsing of ontslag betrekking zou hebben op een bestuurder die krachtens een statutair voordrachtsrecht was voorgedragen door de belanghebbendenvertegenwoordiging, dienden de statuten te regelen hoe

²¹⁵ Artikel 15 lid 2 BW luidt: *Tot de bepalingen als bedoeld in het vorige lid onder a, behoren niet die welke de voorschriften bevatten waarop in artikel 14 lid 2 wordt gedomd.*

²¹⁶ Artikel 2:307a, lid 3, Wetsvoorstel 2008/idem 2009 met een aanpassing van redactionele aard.

de belanghebbendenvertegenwoordiging bij de besluitvorming tot schorsing of ontslag werd betrokken²¹⁷.

Besluiten van het bestuur zouden bij of krachtens de statuten kunnen worden onderworpen aan goedkeuring van:

- de raad van toezicht;
- de belanghebbendenvertegenwoordiging;
- de algemene (leden)vergadering;
- de algemene vergadering van winstbewijshouders;

voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. De statuten dienden in ieder geval te voorzien in een geschillenregeling omtrent besluiten of goedkeuring van besluiten tussen de genoemde organen van de rechtspersoon²¹⁸.

2.12.2. Raad van toezicht

In lijn met de governance en diverse sectorspecifieke regelgeving²¹⁹, diende de maatschappelijke onderneming een raad van toezicht te hebben²²⁰. De raad van toezicht zou dienen te bestaan uit ten minste drie natuurlijke personen, die door het wetsvoorstel worden aangeduid als commissarissen²²¹. Dit laatste zou een noviteit geweest zijn, deze titulatuur is tot op heden voor leden van raden van toezicht nog niet gangbaar. Het zou geen slechte ontwikkeling zijn indien de titel commissaris gangbaar wordt voor leden van raden van toezicht. Sterker nog, de vraag rijst waarom het toezichthoudend orgaan van de M.O./M.O.W. of van een stichting niet wordt aangeduid als raad van commissarissen²²². De term 'raad van toezicht' is slechts historisch verklaarbaar en houdt geen verband met een inhoudelijk onderscheid tussen een raad van toezicht en een raad van commissarissen. De taak van raden van commissarissen bij vennootschappen en die van raden van toezicht bij verenigingen en stichtingen is met enige nuanceverschillen identiek te noemen²²³. Bij de M.O./M.O.W. zal de taak van de toezichthouders inhoudelijk beïnvloed worden door het maatschappelijk belang dat door de rechtspersoon wordt behartigd.

²¹⁷ Artikel 2:307a, lid 4, Wetsvoorstel 2008/idem 2009. In Wetsvoorstel 2008 werd per abuis het bestuur als orgaan genoemd dat bevoegd is tot schorsing en ontslag. In Wetsvoorstel 2009 is dat gecorrigeerd.

²¹⁸ Artikel 2:307b, Wetsvoorstel 2008/idem 2009.

²¹⁹ Zie ook MvT (2008), blz. 21 en MvT (2009), blz. 41 e.v.

²²⁰ Asser-Rensen, nr 345.

²²¹ Artikel 2:307c, lid 2, Wetsvoorstel 2008/idem 2009.

²²² Zoals ook voorgesteld door Zaman (2009). De Raad van State heeft geadviseerd om de term 'commissaris' niet te gebruiken ter aanduiding van een lid van de raad van toezicht, daarmee eveneens een consequente terminologie bepleitend, echter zonder uniformiteit met het vennootschapsrecht. Zie RvS/NR, blz. 19.

²²³ Het lijkt mij dan ook ondenkbaar dat een rechtspersoon zowel een raad van toezicht als een raad van commissarissen zou kunnen hebben.

Artikel 307c lid 3 werd ontleend aan de governance codes:

De raad van toezicht is zodanig samengesteld dat de commissarissen ten opzichte van elkaar, het bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren. Een commissaris heeft geen persoonlijk belang in de vereniging of stichting of de door haar in standgehouden onderneming of instelling.

Evenals bij het bestuur, zou in de vacatures in de raad van toezicht worden voorzien aan de hand van een profielschets. Deze profielschets zou worden opgesteld door de raad van toezicht. Het wetsvoorstel schreef voor dat de profielschets ten minste aandacht zou dienen te besteden aan de gewenste omvang en samenstelling van de raad en aan de gewenste deskundigheid van de commissarissen. Deze profielschets had daarmee een structureel karakter, in tegenstelling tot de profielschets voor een bestuurder. De voorgestelde wet liet toe dat die profielschets ad hoc per bestuursvacature zou worden opgesteld. Het gewenste competenties van een bestuurder hangen samen met de fase waarin de organisatie zich bevindt en met omgevingsfactoren. Dat geldt voor de raad van toezicht in veel mindere mate.

De profielschets van de raad van toezicht diende bekendgemaakt te worden aan de belanghebbendenvertegenwoordiging en – bij de M.O.W. – eveneens aan de algemene vergadering van winstbewijshouders.

Voor wat betreft het ontslag van de leden van de raad van toezicht, voorzag het wetsvoorstel alleen in ontslag door de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam. Het verzoek daartoe kon worden gedaan door de rechtspersoon, daartoe vertegenwoordigd door het bestuur of door de raad van toezicht, of door de belanghebbendenvertegenwoordiging of door de algemene vergadering van winstbewijshouders²²⁴.

Een commissaris zou geschorst kunnen worden door de raad van toezicht. De schorsing zou van rechtswege eindigen indien niet binnen een maand na het besluit tot schorsing door de rechtspersoon een verzoek tot ontslag zou zijn ingediend bij de Ondernemingskamer²²⁵.

De voorgestelde wet voorzag niet in een andere wijze van ontslag dan door de Ondernemingskamer. Aangezien de bepalingen van Boek 2 van dwingend recht zijn, voor zover uit de wet niet anders blijkt²²⁶, moet worden aangenomen dat ontslag van commissarissen anders dan door de Ondernemingskamer, niet mogelijk zou zijn geweest. Gezien de onafhankelijkheid die van commissarissen wordt gevraagd, is een zware ontslagprocedure wel te rechtvaardigen, hoewel de gang naar de Ondernemingskamer overkill is. Statuten van stichtingen in de zorg kennen gewoonlijk de mogelijkheid dat de raad van toezicht zelf een lid van de raad ontslaat op in de statuten genoemde gronden²²⁷. Dat laatste maakt rech-

²²⁴ Artikel 2:307d, lid 1, Wetsvoorstel 2008/idem 2009, met een aanpassing van redactionele aard.

²²⁵ Artikel 2:307d, lid 2, Wetsvoorstel 2008/idem 2009, met een aanpassing van redactionele aard.

²²⁶ Artikel 2:25, Burgerlijk Wetboek.

²²⁷ Vaak wordt als mogelijke ontslaggrond genoemd: 'gewichtige redenen'.

terlijke toetsing van een ontslagbesluit mogelijk. De praktijk gaf en geeft geen aanleiding aan de wetgever om een zwaardere ontslagprocedure via de Ondernemingskamer op te leggen.

In lijn met de governance codes ligt het voor de hand dat commissarissen worden benoemd voor een bepaalde periode en dat de mogelijkheid van herbenoeming wordt beperkt en in ieder geval geen automatisme is. Daarover regelde het wetsvoorstel evenwel niets. Het wetsvoorstel bood daarmee ruimte aan en leek zelfs uit te gaan van benoeming voor onbepaalde tijd. Dat is geen wenselijke situatie. Voorschriften over de benoemingsduur zouden worden overgelaten aan de governance codes en aan sectorspecifieke regelgeving, zoals thans ook het geval is, terwijl dit onderwerp zich goed leent voor een generieke regeling, wat uit oogpunt van vermindering van regeldruk en vereenvoudiging van regelgeving de voorkeur had en heeft.

De taakomschrijving van de raad van toezicht was analoog aan de taakomschrijving van de raad van commissarissen bij de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid²²⁸. Echter noemde artikel 2:307e als richtsnoer voor het handelen van de raad van toezicht niet alleen het belang van de rechtspersoon en de door haar in stand gehouden onderneming, maar ook het belang van de betrokken belanghebbenden. De minister meldde hierover dat de raad van toezicht niet de publieke belangen zou behartigen, die tot de overheidstaak behoren. Wel zou de raad van toezicht de belangen van alle stakeholders dienen te betrekken in de afweging van alle belangen, die als deelbelangen behoren tot het overkoepelende algemene belang²²⁹. De minister vermeldde daar bij, dat hij geen onderscheid wilde suggereren tussen het maatschappelijk belang en het belang van de betrokken belanghebbenden. Het is opmerkelijk dat de minister hier het belang van de betrokken belanghebbenden in enkelvoud noemt. De belangen van belanghebbenden waren en zijn onderling niet homogeen en het onderscheid dat de minister niet wilde suggereren is er wel degelijk. De hiervoor bedoelde afweging van alle belangen dient gemaakt te worden door en is de verantwoordelijkheid van het bestuur, niet van de raad van toezicht. Aangezien het handelen van het bestuur wordt getoetst door de raad van toezicht, kan het bestuur deelbelangen slechts honoreren binnen de marges van het maatschappelijk belang.

Analoog aan regelingen bij grote kapitaalvennootschappen was ook de lijst van bestuursbesluiten in artikel 2:307g lid 1 die aan goedkeuring van de raad van toezicht zijn onderworpen. Uitgezonderd de vaststelling van de profielschets voor bestuurders, zijn alle in dit artikellid genoemde bepalingen min of meer terug te vinden in artikel 2:107a, dan wel artikel 2:164 en 2:274, Burgerlijk Wetboek. Dezelfde besluiten zijn ook terug te vinden in artikel 25 van de Wet

²²⁸ Vergelijk artikel 2:307e, Wetsvoorstel 2009, met artikel 2:140, lid 2 en artikel 2:250, lid 2, Burgerlijk Wetboek.

²²⁹ MvT, blz. 43.

op de ondernemingsraden en daarom onderworpen aan het adviesrecht van de ondernemingsraad. De redactie van de lijst was enigszins aangepast met het oog op de maatschappenstructuur, dat in veel zorginstellingen werd en wordt aangetroffen²³⁰.

Het wetsvoorstel voorzag niet in een 'one tier board' stelsel. Dat had eenvoudig gerealiseerd kunnen worden door te bepalen dat een raad van toezicht achterwege kan blijven, indien het bestuur zou worden onderscheiden in een algemeen bestuur en een dagelijks bestuur, waarbij de wettelijke regeling zou dienen te voorzien in een bevoegdhedenverdeling tussen die twee organen. Daarvoor had de wetgever kunnen aansluiten bij het wetsvoorstel van 7 november 2008²³¹, dat voorziet in de mogelijkheid van een monistisch bestuursmodel bij naamloze en besloten vennootschappen.

2.12.3. Belanghebbendenvertegenwoordiging

De M.O en de M.O.W. dienden ten minste één belanghebbendenvertegenwoordiging te hebben. Wanneer een M.O. of M.O.W. meerdere ondernemingen of instellingen in stand houdt, zouden de statuten mogen bepalen dat er een belanghebbendenvertegenwoordiging per onderneming/instelling zou zijn. Iedere belanghebbendenvertegenwoordiging diende zelf een reglement vast te stellen over het eigen functioneren²³². Dit reglement leek dwingend te worden voorgeschreven. De vraag rijst hoe dit reglement zich zou hebben verhouden tot de statuten van de rechtspersoon. Wat te doen als de statutaire regeling van de belanghebbendenvertegenwoordiging uitputtend is? Of is dat laatste niet toegestaan? Welke onderwerpen hadden de statuten dan ten minste voor het reglement dienen over te laten?

De statuten dienden ook de relatie met bestaande medezeggenschapsvormen te regelen, waarbij het mogelijk zou zijn geweest om ondernemingsraden en cliëntenraden onderdeel van de belanghebbendenvertegenwoordiging te maken²³³. De bevoegdheden van medezeggenschapscommissies zouden hierdoor niet mogen worden uitgebreid of beperkt buiten de bestaande wettelijke kaders²³⁴.

De statuten van de M.O./M.O.W. dienden aan te wijzen wie de belanghebbenden zijn of welke categorieën van belanghebbenden er zijn of wie hun vertegenwoor-

²³⁰ MvT (2008), blz. 22 en MvT (2009), blz. 44.

²³¹ Wetsvoorstel 31763, wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht bij naamloze en besloten vennootschappen. Het voorstel werd op 8 december 2009 door de Tweede Kamer aangenomen en is op 24 mei 2011 behandeld in de Eerste Kamer. Op 6 juni 2011 is de wet verschenen in het Staatsblad (2011, 275), zie ook paragraaf 3.7.5. De ingangsdatum is nog niet bekend.

²³² Artikel 2:307h, lid 1 en lid 2, Wetsvoorstel 2008/idem 2009.

²³³ Artikel 2:307h, lid 6, Wetsvoorstel 2008/ idem lid 5, Wetsvoorstel 2009, bepaalt dit zonder verdere uitwerking.

²³⁴ Zie MvT (2009), blz. 45.

digers zijn²³⁵. Hiermee werd een politieke keuze in eerste aanleg bij de rechtspersoon zelf gelegd, zij het met twee restricties. Ten eerste zou een gepretendeerde belanghebbende aan de Ondernemingskamer kunnen vragen om toelating tot de belanghebbendenvertegenwoordiging²³⁶. Ten tweede zou bij algemene maatregel van bestuur een gedragscode van toepassing verklaard kunnen worden voor een categorie van maatschappelijke ondernemingen. De inhoud van die gedragscode zou mede richtinggevend kunnen zijn bij de vaststelling wie belanghebbenden zijn. De belanghebbenden dienden zowel tot het statutaire maatschappelijk belang als tot het beleid van de rechtspersoon in rechtstreekse betrekking te staan. Aan deze twee criteria zou de rechter dienen te toetsen, indien een gepretendeerde belanghebbende zou verzoeken om toelating tot de belanghebbendenvertegenwoordiging²³⁷.

Belanghebbenden is een containerbegrip. Er kunnen zeer uiteenlopende partijen als belanghebbende worden aangemerkt, van wie de belangen onderling niet altijd parallel zullen lopen. Het wetsvoorstel voorzag niet in een mogelijkheid om partijen uit de belanghebbendenvertegenwoordiging te stoten. Er zijn zeer wel situaties denkbaar, waarin een in de belanghebbendenvertegenwoordiging vertegenwoordigde partij zijn gerechtvaardigde belang bij de maatschappelijke onderneming verliest, hetzij doordat de maatschappelijke onderneming zijn focus verlegt, hetzij door een oorzaak die aan de kant van de partij zelf is gelegen. Hoe om te gaan met een partij die zich zou dienen terug te trekken uit de belanghebbendenvertegenwoordiging, maar dat niet eigener beweging doet? En hoe om te gaan met een partij die in de belanghebbendenvertegenwoordiging een opstelling kiest die de maatschappelijke onderneming of andere belanghebbenden op onredelijke wijze schade berokkent? Moet de geschillenregeling daar uitkomst bieden? Kan de Ondernemingskamer ingrijpen?

Indien de belanghebbendenvertegenwoordiging al als orgaan in een volgend wetsvoorstel zou terugkeren, bepleit ik een regeling waarbij de raad van toezicht de mogelijkheid krijgt om partijen de toegang tot de belanghebbendenvertegenwoordiging te ontzeggen.

De Algemene Rekenkamer heeft gewezen op het gevaar dat bepaalde belanghebbenden hun plaats opeisen ten koste van de stem van minder assertieve groepen belanghebbenden²³⁸. Het is de vraag of de gang langs de Ondernemingskamer

²³⁵ Artikel 2:307h, lid 3, Wetsvoorstel 2008/idem 2009.

²³⁶ Artikel 2:307h, lid 5, Wetsvoorstel 2008/idem lid 4, Wetsvoorstel 2009, waarbij de term 'rechtstreeks belanghebbenden bij het bepalen van het strategisch beleid' is gewijzigd in: 'een zodanig direct belang hebben bij het bepalen van het strategisch beleid'.

²³⁷ MvT (2009), blz. 24.

²³⁸ Algemene Rekenkamer (2008), blz. 37 en 41.

geen te hoge drempel is om toegang tot de belanghebbendenvertegenwoordiging te krijgen.

2.12.4. Winstbewijzen en winstbewijshouders

Indien de rechtspersoon winstbewijzen zou uitgeven, vormden de gezamenlijke houders van die winstbewijzen de vergadering van winstbewijshouders, waarin zij de bevoegdheden zouden uitoefenen die de wet en/of de statuten hen zouden toekennen. Ook de vergadering van winstbewijshouders zou zelf haar reglement vaststellen²³⁹. Net als bij de belanghebbendenvertegenwoordiging rijst hier de vraag naar de verhouding tussen dat reglement en de statuten van de rechtspersoon.

De uitgifte van winstbewijzen²⁴⁰ beoogde de maatschappelijke onderneming een toegang te geven tot het kapitaal van particuliere investeerders²⁴¹. De voorgestelde winstbewijzen laten zich vergelijken met aandelen bij een kapitaalvennootschap, doordat ze zouden worden uitgereikt tegen storting van kapitaal, waartegenover een recht op winst en een recht op zeggenschap zou staan. Toch zag de minister een groot verschil tussen een aandeelhouder en een winstbewijshouder. Omdat bij de M.O.W. het maatschappelijke belang voorop dient te blijven staan, zou de zeggenschap van de winstbewijshouder beperkter dienen te zijn dan de zeggenschap van een aandeelhouder in een N.V. of B.V. De bevoegdheden die dwingendrechtelijk aan de vergadering van aandeelhouders toekomen – benoeming/ontslag van bestuurders, statutenwijziging en ontbinding van de vennootschap, vaststelling van de jaarrekening – konden in de M.O.W. niet aan de vergadering van winstbewijshouders toekomen. Voor het overige zou de praktijk dienen uit te wijzen in hoeverre de positie van winstbewijshouders zou verschillen van die van aandeelhouders. De minister verwachtte dat als gevolg van de beperkte zeggenschapsmogelijkheden investeren in een M.O.W. niet aantrekkelijk zou zijn geweest voor institutionele beleggers. Hij verwachtte meer van particuliere beleggers en beleggingsfondsen met een maatschappelijk doel²⁴². In de vergelijking van winstbewijshouders met andere mogelijke stakeholders zou ook de positie van een commanditaire vennoot in een commanditaire vennootschap kunnen worden betrokken. Evenals de winstbewijshouder in het wetsvoorstel, heeft de commanditaire vennoot vanuit institutioneel oogpunt een nauwere betrokkenheid bij de onderneming dan de verstrekker van een lening,

²³⁹ Artikel 2:307h, lid 4, Wetsvoorstel 2008/artikel 2:307k, lid 6, Wetsvoorstel 2009.

²⁴⁰ Zaman wees er op dat het zuiverder is om te spreken van 'participatiebewijzen', aangezien winstbewijzen in het vennootschapsrecht zich van aandelen onderscheiden doordat op winstbewijzen niet behoefte te worden gestort. Op winstbewijzen in de M.O.W. diende uitdrukkelijk wel een storting plaats te vinden. Zie Zaman (2009). Uit oogpunt van uniformering van terminologie heeft dit ook mijn voorkeur.

²⁴¹ MvT (2008), blz. 6 en MvT (2009), blz. 17.

²⁴² MvT (2009), blz. 17.

maar ook zijn invloed dient beperkt te blijven. Anders dan voor de winstbewijs-
houder vloeit die beperking echter voor de commanditaire vennoot niet voort uit
de maatschappelijke positie en functie van de onderneming, maar uit zijn eigen
behoefte om niet aansprakelijk te worden voor schulden van de onderneming.
De commanditaire vennoot heeft derhalve een prikkel vanuit zijn eigen belang
om zich van bepaalde gedragingen te onthouden.

Winstbewijzen zouden worden uitgegeven door het bestuur. Winstbewijzen zou-
den overdraagbaar zijn. Zowel uitgifte als overdracht van winstbewijzen zou de
goedkeuring van de raad van toezicht behoeven. Deze goedkeuring zou externe
werking hebben, zodat bij het ontbreken ervan de uitgifte c.q. de overdracht nie-
tig zou zijn²⁴³. Daaruit kan worden afgeleid dat een winstbewijs niet aan toonder
zou mogen luiden.

Ten aanzien van de winstbewijzen diende vrij veel te worden geregeld in de statu-
ten²⁴⁴:

- welke rechten de houder van het desbetreffende winstbewijs heeft;
- op welke activiteiten het winstbewijs betrekking heeft;
- wat de uit te keren winst per winstbewijs is.

Kortom: de inhoud van het winstbewijs diende integraal in de statuten te worden
opgenomen. De vorm van uitgifte en van overdracht van een winstbewijs werd
niet duidelijk. Wellicht diende de overdracht van een winstbewijs, net als een
certificaat van een aandeel, te worden beschouwd als een overdracht van een
vorderingsrecht, zodat de overdracht tot stand zou komen door middel van een
akte en mededeling daarvan aan de M.O.W.²⁴⁵.

Winstbewijzen konden op verzoek van de winstbewijshouder door de M.O.W.
worden teruggenomen. Het besluit tot terugname diende genomen te worden
door het bestuur en behoefde de goedkeuring van de raad van toezicht. De statu-
ten konden voorwaarden verbinden aan de terugname (uiteraard zou het bestuur
dat ook kunnen bij het besluit tot terugname). Het wetsvoorstel bepaalde heel
algemeen dat de terugname de solvabiliteit en continuïteit van de rechtspersoon
niet in gevaar zou mogen brengen²⁴⁶. Een regeling met objectieve criteria zoals
artikel 2:98 en artikel 2:207, Burgerlijk Wetboek, voor de inkoop van aandelen
van een N.V. respectievelijk een B.V. ontbrak, maar dat is niet verwonderlijk,

²⁴³ Artikel 2:307k, lid 1 en lid 4, Wetsvoorstel 2008/idem 2009, waarbij de redactie van de bepalingen
is herzien.

²⁴⁴ Zie artikel 2:307k, lid 2, Wetsvoorstel 2008/idem 2009, waarbij de bepaling was toegevoegd, dat
de statuten kunnen bepalen dat de onderneming meer dan één soort winstbewijzen zou kennen.

²⁴⁵ Artikel 3:94, lid 1, Burgerlijk Wetboek.

²⁴⁶ Artikel 2:307k, lid 5, Wetsvoorstel 2008/idem 2009.

gezien de algemene tendens ook in de vennootschapswetgeving – onder andere voor kapitaal- en vermogensbescherming – om formaliteiten te verminderen²⁴⁷. Wanneer de maatschappelijke onderneming de mogelijkheid zou hebben om de kapitaalbijdrage van de winstbewijshouders te restitueren of op andere wijze te herfinancieren, zou het bestuur van de M.O.W. van oordeel kunnen zijn dat het belang van de maatschappelijke onderneming zou zijn gediend met het beëindigen van de relatie met één of meer winstbewijshouders. De statuten zouden daarom in een mogelijkheid dienen te voorzien om de winstbewijzen op initiatief van het bestuur terug te nemen, onder dezelfde conditie die daarvoor geldt in het vennootschapsrecht, namelijk dat de winstbewijshouder er mee instemt, dan wel dat de mogelijkheid van terugname reeds voor de uitgifte van het desbetreffende winstbewijs in de statuten was opgenomen²⁴⁸.

De M.O.W. diende zorg te dragen dat de publieke en de particuliere geldstromen gescheiden blijven. Winstbewijzen zouden niet geschikt zijn om het eigen vermogen van de rechtspersoon in het algemeen te versterken, zij dienden te worden uitgegeven voor de financiering van een specifieke activiteit. Die specifieke activiteit diende in de statuten te worden omschreven.

Bij de uitgifte van winstbewijzen zouden bepalingen in de statuten van de rechtspersoon en de overeenkomst tussen rechtspersoon als een Siamese tweeling van elkaar afhankelijk zijn. Zoals het wetsvoorstel luidde, zou de uitgifte van nieuwe winstbewijzen gepaard dienen te gaan met een statutenwijziging. Alle organen die bij de procedure tot statutenwijziging betrokken zouden zijn, zouden daarmee rechtstreeks invloed hebben gehad op de overeenkomst die het bestuur met de desbetreffende investeerder wilde sluiten. Dit zou de onderhandelingen tussen bestuur en investeerder niet hebben vergemakkelijkt.

Investeren in een maatschappelijke onderneming kan aantrekkelijker worden gemaakt dan in het wetsvoorstel, indien de statuten zouden mogen volstaan met een algemene aanduiding voor welke activiteiten winstbewijzen mogen worden uitgegeven en onder welke voorwaarden. Het winstbewijs zou dan gestalte dienen te krijgen in een afzonderlijk document, waaruit zou dienen te blijken welke rechten de winstbewijshouder in casu heeft en op welke activiteiten het winstbewijs betrekking heeft.

²⁴⁷ Zie wetsvoorstel 31058 inzake de zogenaamde flex B.V. (van kracht geworden 1 oktober 2012), waarin de regeling van artikel 2:207, Burgerlijk Wetboek, plaatsmaakt voor een toetsing achteraf indien er een causaal verband is of wordt geacht te zijn tussen betalingsonmacht van de vennootschap en een geldstroom naar aandeelhouders in de periode daarvoor. Een soortgelijke aansprakelijkheidsregeling voor de bestuurders van de M.O.W. ontbrak in het wetsvoorstel.

²⁴⁸ Artikel 2:99, lid 2 en 2:208, lid 2, Burgerlijk Wetboek.

Aan de winstbewijshouders werd een voorkeursrecht gegeven bij de uitgifte van nieuwe winstbewijzen²⁴⁹. Het voorkeursrecht zou uitgesloten kunnen worden bij besluit van het bestuur. Daar kunnen valide argumenten voor zijn. Het voorkeursrecht dient de winstbewijshouder te beschermen tegen verwatering van zijn belang, maar van verwatering hoeft niet altijd sprake te zijn. Denkbaar is dat er nieuwe winstbewijzen worden uitgegeven voor andere activiteiten dan die waarvoor eerder winstbewijzen zijn uitgegeven. Er ontstaan dan verschillende soorten winstbewijzen voor verschillende activiteiten, waarvan de rechten derhalve betrekking hebben op verschillende geldstromen. Van verwatering is dan geen sprake²⁵⁰. In deze situatie zou wellicht naast een algemene vergadering van winstbewijshouders behoefte zijn aan vergaderingen van winstbewijshouders van een soort.

Een interessante vraag is of het mogelijk is om winstbewijzen te certificeren. Er is geen reden waarom dat niet mogelijk zou zijn, echter voorzag de voorgestelde regeling niet in de rechtspositie van met medewerking van de M.O.W. uitgegeven certificaten. De behoefte aan certificering zou niet zijn voortgevloeid uit de behoefte vanuit de rechtspersoon om zeggenschap te kanaliseren, de zeggenschap van de winstbewijshouders zou immers beperkt zijn. Wanneer het aantal winstbewijshouders groot zou zijn, zouden overwegingen van efficiency kunnen leiden tot de wens om de winstbewijzen te certificeren.

Uitkering van winst zou plaatsvinden krachtens een besluit van het bestuur onder goedkeuring van de raad van toezicht. De goedkeuring had externe werking, zonder goedkeuring van de raad van toezicht zou de uitkering nietig zijn, derhalve kon in dat geval terugvordering plaatsvinden uit hoofde van onverschuldigde betaling. Het bestuur kon enkel besluiten tot winstuitkering na vaststelling van de jaarrekening, waaruit zou blijken dat winstuitkering geoorloofd zou zijn²⁵¹. Een identieke bepaling geldt voor de N.V. en de B.V.²⁵², met dien verstande dat voor die bepaling voor de N.V. en de B.V. steunt op een voorafgaande bepaling dat winstuitkering slechts mogelijk is voor zover het eigen vermogen groter is dan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal, vermeerderd met de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden²⁵³. Voor de M.O.W. zou daarvoor in de plaats slechts een negatief geformuleerd voorschrift komen, dat beoogde te voorkomen dat door of vanwege de overheid verstrekte middelen en de vruchten daarvan ten goede zouden komen aan houders van

²⁴⁹ Artikel 307k, lid 3, Wetsvoorstel 2008/idem 2009, waarbij de bepaling is toegevoegd dat het bestuur het voorkeursrecht van de winstbewijshouders bij het besluit tot uitgifte kan uitsluiten.

²⁵⁰ Ik wijs er uitdrukkelijk op dat dit een civielrechtelijke benadering is, die voorbij gaat aan de vraag of de door het wetsvoorstel beoogde interne onderscheiding van geldstromen administratief te realiseren zou zijn.

²⁵¹ Artikel 2:307m, Wetsvoorstel 2008/idem 2009.

²⁵² Artikel 2:105 en 2:216, beide lid 3, Burgerlijk Wetboek.

²⁵³ Artikel 2:105 en 2:216, beide lid 2, Burgerlijk Wetboek.

winstbewijzen. Bij algemene maatregel van bestuur kon worden aangegeven welke middelen en welke vruchten als zodanig zouden hebben te gelden.

2.12.5. De ledenvergadering bij de vereniging M.O.

De M.O. of M.O.W. die als modaliteit van de rechtsvorm vereniging zou zijn opgericht, zou een algemene ledenvergadering hebben. De minister merkte hierover op dat de ledenvergadering geen andere positie zou hebben dan in een gewone vereniging²⁵⁴. Daarmee ging de minister voorbij aan een belangrijke uitzondering, namelijk dat de bestuursleden van een M.O./M.O.W. niet door de ledenvergadering zouden worden benoemd, maar door de raad van toezicht, die ook niet door de ledenvergadering zou worden benoemd. De bevoegdheid tot benoeming en ontslag van bestuurders was derhalve aan de ledenvergadering onttrokken. De vaststelling van de jaarrekening kon wel berusten bij de ledenvergadering, maar de statuten konden deze bevoegdheid aan de ledenvergadering ontnemen en aan de raad van toezicht toekennen²⁵⁵. Wat dan nog zou resterende waren de besluiten tot statutenwijziging en tot ontbinding²⁵⁶ van de rechtspersoon, waarbij het besluit tot statutenwijziging gebonden zou zijn aan een voorstel daartoe door het bestuur²⁵⁷. Het lidmaatschap van een maatschappelijke onderneming leek al met al weinig te verschillen van een donateurschap. Het lidmaatschap zou aldus voornamelijk emotionele betekenis hebben gehad, behoudens het volgende.

Het lidmaatschap van een vereniging M.O. had een instrument kunnen zijn in handen van initiatiefnemers, die uitsluitend enige greep zouden willen houden op de statuten en het voortbestaan van de maatschappelijke onderneming, maar overigens afstand wensten te houden van het reilen en zeilen. Een dergelijke positie is in een gewone stichting ook te creëren, maar in een stichting M.O. zou dat niet mogelijk zijn, omdat daar het besluit tot statutenwijziging dwingend-rechtelijk tot de bevoegdheid van het bestuur zou behoren.

2.12.6. Jaarrekening en jaarverslag

Het jaarrekeningenrecht, zoals neergelegd in titel 9, Boek 2, Burgerlijk Wetboek, zou op de M.O. en de M.O.W. van toepassing zijn, voor zover daarvan niet was afgeweken in titel 6a.

Voor wat betreft de termijnen sloot artikel 2:307n lid 1 aan bij de termijnen die ook voor kapitaalvennootschappen gelden²⁵⁸, in afwijking van het gewone verenigingsrecht²⁵⁹. Binnen vijf maanden na afloop van het boekjaar zou het bestuur

²⁵⁴ MvT (2008), blz. 7 en MvT (2009), blz. 25.

²⁵⁵ Artikel 2:307n, lid 4, Wetsvoorstel 2008/idem 2009.

²⁵⁶ Artikel 2:19, lid 1, sub a, Burgerlijk Wetboek.

²⁵⁷ Artikel 2:307, lid 1, Wetsvoorstel 2008/idem 2009.

²⁵⁸ Zie artikel 2:101 en artikel 2:210, Burgerlijk Wetboek.

²⁵⁹ Zie artikel 2:49, Burgerlijk Wetboek.

de jaarrekening dienen op te maken en deze ter inzage dienen te leggen voor de belanghebbendenvertegenwoordiging en voor de (algemene vergadering van) winstbewijshouders. De raad van toezicht zou deze termijn met ten hoogste zes maanden kunnen verlengen op grond van bijzondere omstandigheden. Binnen dezelfde termijn diende het bestuur ook het jaarverslag ter inzage te leggen, tenzij geen jaarverslag opgemaakt zou behoeven te worden, omdat artikel 2:396 lid 6 dan wel artikel 2:403, Burgerlijk Wetboek, van toepassing zou zijn. Gedurende twee maanden na ter inzage legging zouden de belanghebbendenvertegenwoordiging en de algemene vergadering van winstbewijshouders opmerkingen kunnen maken, waarop het bestuur diende te reageren, hetzij schriftelijk na goedkeuring van de raad van toezicht, hetzij in een vergadering met de betrokkenen in aanwezigheid van de raad van toezicht. Vervolgens zou de jaarrekening vastgesteld dienen te worden door de raad van toezicht dan wel door de algemene ledenvergadering²⁶⁰. Het jaarverslag diende te voldoen aan de eisen van artikel 2:391, Burgerlijk Wetboek, aangevuld met een verslag over de wijze waarop het maatschappelijk belang is gediend en over de verwachtingen dienaangaande. Ook van de naleving van de gedragscode, indien van toepassing, zou verslag gedaan dienen te worden²⁶¹.

2.12.7. Geschillenregeling

Artikel 2:307b lid 2 schreef voor dat de statuten een regeling zouden dienen te bevatten voor geschillen over besluiten of goedkeuring van besluiten tussen bestuur, raad van toezicht, belanghebbendenvertegenwoordiging, algemene ledenvergadering en algemene vergadering van winstbewijshouders. Als voorschrift was dit een novum, voor geen enkele rechtsvorm schrijft de wet een geschillenregeling in deze vorm voor.

De minister dacht voor de toepassing van deze bepaling met name aan situaties waarin een orgaan een besluit wil nemen dat afwijkt van gegeven adviezen. De Wet op de ondernemingsraden bevat een regeling voor deze situatie. Wanneer het bestuur een besluit neemt dat afwijkt van het ter zake gevraagde en verkregen advies van de ondernemingsraad, dan dient het bestuur de ondernemingsraad daarvan schriftelijk in kennis te stellen en de uitvoering daarvan een maand op te schorten²⁶². In die maand kan de ondernemingsraad in beroep gaan tegen het besluit van de bestuurder bij de Ondernemingskamer²⁶³. De opschortingstermijn eindigt vervroegd, indien de ondernemingsraad binnen een maand te kennen geeft niet in beroep te zullen gaan.

²⁶⁰ Artikel 2:307n, lid 4, Wetsvoorstel 2008/idem 2009.

²⁶¹ Artikel 2:307o, Wetsvoorstel 2008/idem 2009.

²⁶² Artikel 25 lid 6, Wet op de ondernemingsraden.

²⁶³ Artikel 26, lid 1, Wet op de ondernemingsraden.

Indien de ondernemingsraad in beroep gaat, zal de Ondernemingskamer onderzoeken of de bestuurder in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen. Indien de Ondernemingskamer tot het oordeel komt dat dat niet het geval is, kan zij de bestuurder verplichten om het besluit geheel of gedeeltelijk zelf in te trekken of om aan te wijzen gevolgen van het besluit ongedaan te maken²⁶⁴.

De minister noemde als reden voor het voorschrijven van een statutaire geschillenregeling, dat het enquêterecht vaak een te zwaar middel zal zijn en wellicht ook niet geschikt, omdat de enquêteprocedure slechts kan leiden tot de voorzieningen die worden genoemd in artikel 2:356, Burgerlijk Wetboek²⁶⁵. De voorzieningen die in artikel 2:356 worden genoemd zijn: schorsing of vernietiging van besluiten, schorsing of ontslag van bestuurders of commissarissen, tijdelijke aanstelling van bestuurders of commissarissen, tijdelijke afwijking van de statuten, tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer en ontbinding van de rechtspersoon. Inderdaad zal niet voor elk geschil één van deze maatregelen een adequate oplossing bieden.

De minister dacht bij de statutaire geschillenregeling in de richting van een klachtencommissie en noemde als voorbeeld de regeling in de governance code van de Bve Raad²⁶⁶. Deze regeling houdt in grote lijnen in dat een klachtencommissie eerst probeert te bemiddelen tussen de conflictpartijen. Als dat geen succes heeft, kan de klachtencommissie een bindende uitspraak doen, waarvan beroep openstaat op de algemene vergadering van de branchevereniging. De uiterste sanctie op het niet naleven van de uitspraak van de algemene vergadering is roeyement als lid van de branchevereniging. Deze procedure is toegesneden op het al dan niet naleven van de governance code, maar de minister achtte het mogelijk om deze procedure ook op andere geschillen toe te passen. Ik merk hier bij op dat in ieder geval de sanctie op niet naleving van een uitspraak van de klachtencommissie een andere invulling dient te krijgen om effectief te zijn voor uitspraken tussen organen van een rechtspersoon.

Als alternatief noemde de minister de mogelijkheid van een extra besluitvormingsronde. Dat kan soms tot nieuwe gezichtspunten leiden, waardoor een impasse kan worden doorbroken, maar ook dat is niet altijd het geval. Bovendien behouden de betrokken partijen hun rol in het interne ‘politieke’ krachtenspel binnen de maatschappelijke onderneming. Om een geschillenregeling goed als ultimum remedium te laten functioneren, dient een geschillenregeling niet de facto te bestaan uit een tweede onderhandelingsronde.

²⁶⁴ Artikel 26, lid 5, Wet op de ondernemingsraden.

²⁶⁵ MvT (2008), blz. 20 en MvT (2009), blz. 41.

²⁶⁶ Zie ook hoofdstuk 4.

Een geschillenregeling dient een goede balans in de zeggenschapsverhoudingen tussen de organen van een rechtspersoon te bevorderen. Daarvoor is enerzijds nodig dat het gebruik van de regeling voldoende toegankelijk is. De gang naar de Ondernemingskamer is dan inderdaad een grote stap. Anderzijds dient het gebruik van de geschillenregeling niet zodanig te worden aangemoedigd, dat het doorlopen van die procedure al bij voorbaat moet worden ingepland in het besluitvormingstraject. De M.O./M.O.W. zou daardoor zoveel slagvaardigheid hebben verloren, dat reeds om die reden van een winstoogmerk geen sprake had kunnen zijn! De maatschappelijke onderneming dient bestuurbaar te blijven en het bestuur moet kunnen besturen.

Het wettelijk voorschrift om een geschillenregeling in de statuten op te nemen was erg summier geformuleerd. Daardoor werd niet duidelijk aan welke eisen een zodanige geschillenregeling zou dienen te voldoen. De voorgestelde wet liet ruimte om met een zeer beperkte regeling te volstaan. Te verwachten was evenwel dat governance codes nadere invulling zouden gaan geven aan het wettelijke voorschrift.

2.12.8. Enquêterecht

Het wetsvoorstel voorzag in wijziging van artikel 2:344, Burgerlijk Wetboek, zodat afdeling 2 van titel 8 (het recht van enquête) ook op de vereniging M.O. en de stichting M.O. van toepassing zou zijn. Artikel 2:346 zou eveneens worden aangepast, om te bewerkstelligen dat de bevoegdheid tot het doen van een verzoek tot onderzoek aan de Ondernemingskamer mede zou toekomen aan de belanghebbendenvertegenwoordiging.

Op grond van artikel 2:346 lid 1 sub a komt bij een vereniging²⁶⁷, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij die bevoegdheid onder bepaalde voorwaarden toe aan de leden²⁶⁸. De memorie van toelichting bevestigde dat deze bevoegdheid bij de vereniging M.O. zou blijven bestaan naast de bevoegdheid van de belanghebbendenvertegenwoordiging, op grond van het uitgangspunt dat het gewone verenigingsrecht van toepassing zou zijn op de vereniging M.O. tenzij uit de wet anders mocht blijken²⁶⁹.

2.12.9. Statutenwijziging

In overeenstemming met de heersende governance codes werd voor de maatschappelijke onderneming die de stichtingsvorm heeft, bepaald dat de bevoegdheid tot statutenwijziging zou berusten bij het bestuur. Bij de maatschappelijke

²⁶⁷ Mits de vereniging een onderneming in stand houdt waarvoor een ondernemingsraad dient te zijn ingesteld. Voor een stichting geldt hetzelfde. Zie 2:344 sub b, Burgerlijk Wetboek.

²⁶⁸ Te weten: 300 leden of een/tiende van de leden of zoveel leden als tezamen een/tiende van de stemmen in de algemene vergadering kunnen uitbrengen.

²⁶⁹ MvT (2008), blz. 30, en MvT (2009), blz. 52.

onderneming die de verenigingsvorm zou hebben, wilde de wetgever kennelijk niet afwijken van het verenigingsrecht en de bevoegdheid bij de algemene vergadering laten, zij het dat het voorstel tot statutenwijziging dwingendrechtelijk door het bestuur diende te worden gedaan²⁷⁰. Zowel bij de vereniging M.O. als bij de stichting M.O. diende het voorstel tot statutenwijziging te worden goedgekeurd door de raad van toezicht. Opvallend genoeg was het besluit tot statutenwijziging niet aan de goedkeuring van de raad van toezicht onderworpen. Bij de vereniging M.O. was het derhalve denkbaar geweest dat in de algemene vergadering een amendement zou worden aangenomen dat niet de goedkeuring van de raad van toezicht had, met als gevolg dat er een besluit tot statutenwijziging tot stand had kunnen komen dat als geheel niet de goedkeuring van de raad van toezicht zou hebben. Bij de stichting M.O. was hetzelfde denkbaar geweest, wanneer in een bestuursvergadering een individueel bestuurslid met een amendement zou komen. Indien een zodanig amendement steun zou krijgen in de bestuursvergadering, had artikel 2:8, Burgerlijk Wetboek, wellicht meegebracht dat het bestuur het geamendeerde voorstel diende voor te leggen aan de raad van toezicht alvorens te beslissen. Bij de vereniging M.O. lijkt mij dat niet het geval te kunnen zijn, aangezien besluiten van de algemene vergadering per definitie niet aan goedkeuring van de raad van toezicht zouden zijn onderworpen geweest.

De belanghebbendenvertegenwoordiging zou een adviesrecht hebben ten aanzien van statutenwijzigingen. Zij diende daartoe tijdig in de gelegenheid te worden gesteld om aan het bestuur haar standpunt kenbaar te maken. Het lag voor de hand dat bij de vereniging M.O. het bestuur zou dienen zorg te dragen dat de algemene vergadering kennis had kunnen nemen van het standpunt van de belanghebbendenvertegenwoordiging.

Opvallend was het voorgestelde artikel 2:307 lid 2: het zou niet mogelijk zijn geweest om wijziging van statutaire bepalingen uit te sluiten. In de statuten van veel verenigingen en stichtingen is een artikel opgenomen met de (meestal) christelijke grondslag, waarbij de statuten bepalen dat het desbetreffende artikel niet gewijzigd kan worden²⁷¹. Een bepaling van die strekking zou derhalve bij de M.O. en de M.O.W. niet mogelijk zijn geweest. Dit roept de vraag op of een vereniging of stichting met een zodanige niet te wijzigen grondslag zich had kunnen omzetten in een M.O. of M.O.W. In het bevestigende geval was de omzetting in een M.O. of M.O.W. een route geweest om te ontsnappen aan niet te wijzigen

²⁷⁰ Artikel 2:307, lid 1, Wetsvoorstel 2008/idem 2009.

²⁷¹ De formulering van zo'n grondslag kan tot stand gekomen zijn na veel interne discussie, waarbij elk woord en zelfs elke komma op een goudschaaltje is gewogen. Het betreft een materie die zeer gevoelig kon en kan liggen, op een voor buitenstaanders soms moeilijk te bevatten wijze.

bepalingen in de statuten. De behoefte aan een zodanige ontsnappingsroute is er in de praktijk²⁷².

De mogelijkheid van statutenwijziging kon dus voor geen enkele bepaling geheel worden uitgesloten, maar zij kon wel worden beperkt. Dit volgde uit artikel 2:307 lid 3. Deze bepaling had het mogelijk gemaakt om de raad van toezicht, de belanghebbendenvertegenwoordiging, de algemene vergadering van winstbewijshouders, maar ook derden, een plaats te geven in het besluitvormingsproces naar een statutenwijziging.

Wijziging van de statuten door de rechter, zoals het gewone stichtingenrecht dat kent²⁷³, was volgens de minister bij de M.O. en de M.O.W. niet nodig, aangezien er voldoende controlerende betrokkenen zijn²⁷⁴.

Een bijzondere procedure van statutenwijziging zou hebben gegolden indien de Ondernemingskamer op verzoek van een belanghebbende zou uitspreken dat deze vertegenwoordigd zou dienen te zijn in de belanghebbendenvertegenwoordiging. Binnen een maand na die uitspraak zou het bestuur een voorstel tot statutenwijziging dienen te doen, waarvoor de statutaire beperkingen in de besluitvorming niet van toepassing zouden zijn²⁷⁵. Hoewel de voorgestelde wet het niet met zoveel woorden zei, lag het voor de hand dat de desbetreffende statutenwijziging uitsluitend de toelating van de desbetreffende belanghebbende tot de belanghebbendenvertegenwoordiging zou mogen omvatten.

²⁷² Er zijn bijvoorbeeld vanuit de in 1944 ontstane Gereformeerde Kerken (vrijgemaakt) in Nederland vele als maatschappelijke onderneming te kwalificeren verenigingen en stichtingen opgericht met een grondslag die niet gewijzigd kan worden. Bij verenigingen ging deze bepaling meestal gepaard met een bepaling die het lidmaatschap uitsluitend openstelde voor leden van het eigen kerkgenootschap. Inmiddels is gebleken dat een volgende generatie de behoefte heeft om de toelating van leden te verruimen en om de grondslag, zo niet inhoudelijk te wijzigen, dan toch qua formuleringen te actualiseren. Bij een vereniging is dan weliswaar wijziging mogelijk met instemming van alle leden, maar vrijwel altijd blijkt er in de periferie wel een lid te zijn dat zich daartegen verzet. De praktijk kent inmiddels verschillende methodes om toch te komen tot een situatie die door de overgrote meerderheid van de betrokkenen wordt voorgestaan, het voert te ver van het onderwerp af om hier nader op in te gaan.

²⁷³ Artikel 2:294, Burgerlijk Wetboek.

²⁷⁴ MvT, blz. 19.

²⁷⁵ Artikel 2:307h, lid 5, Burgerlijk Wetboek.

2.13 COMMENTAAR VAN DE RAAD VAN STATE

De Raad van State²⁷⁶ heeft de minister geadviseerd om het wetsvoorstel niet in de op 18 december 2008 voorgelegde vorm in te dienen bij het parlement²⁷⁷. De Raad van State heeft tegen het wetsvoorstel een reeks van bezwaren geformuleerd, waaraan de minister in het wetsvoorstel van 6 juli 2009 slechts zeer ten dele is tegemoetgekomen.

Ten eerste is de Raad van State van mening dat de term ‘maatschappelijk belang’ onvoldoende onderscheidende waarde heeft om als criterium voor een rechtsvorm te dienen. De beschikking over publieke middelen of door de overheid uitgeoefend toezicht zijn als criteria ontoereikend. De Raad adviseert de minister dan ook om te verduidelijken wat met een ‘maatschappelijke onderneming’ wordt bedoeld. Volgens de minister is dat niet nodig en zal de praktijk uitwijzen waarvoor de M.O. als onderscheidende rechtsvorm gebruikt gaat worden, waardoor de herkenbaarheid vanzelf groeit²⁷⁸.

Vervolgens is de Raad van State ingegaan op de doelstellingen van het wetsvoorstel, te weten: (a) herkenbaarheid van de maatschappelijke onderneming als maatschappelijke onderneming, (b) wettelijke waarborgen voor intern toezicht, medezeggenschap, financiële verantwoording, geschilbeslechting en controle op de commissarissen bij instellingen met een maatschappelijk doel, en (c) het terugtreden van de overheid, echter niet voor wat betreft het toezicht op de kwaliteit en op de besteding van overheidsmiddelen²⁷⁹.

De Raad constateert dat de diversiteit aan potentiële maatschappelijke ondernemingen te groot is om herkenbaarheid te kunnen ontlenen aan de rechtsvorm. De minister stelt daar tegenover dat de rechtsvorm M.O. aanduidt dat er een raad van toezicht en een belanghebbendenvertegenwoordiging zijn, dat winstuitkeringen aan beperkingen onderworpen zijn en dat toepassing van het enquête-recht mogelijk is²⁸⁰.

De Raad heeft onderzocht en bevonden dat de nieuwe rechtsvorm geen betere waarborgen biedt voor wat betreft het intern toezicht en de belanghebbendenvertegenwoordiging dan bestaande wettelijke regelingen of gedragscodes in de

²⁷⁶ Artikel 73 lid 1 van de Grondwet schrijft voor dat de Raad van State wordt gehoord over (onder meer) wetsvoorstellen. Het advies wordt gevraagd voordat een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer wordt ingediend, zo schrijft artikel 17 van de Wet op de Raad van State voor. Artikel 26 lid 1 van laatstgenoemde wet schrijft voor dat de adviezen worden gepubliceerd in de Staatscourant.

²⁷⁷ RvS/NR, blz. 22.

²⁷⁸ RvS/NR, blz. 6.

²⁷⁹ RvS/NR, blz. 7.

²⁸⁰ RvS/NR, blz. 10.

woningsector, de zorg en het onderwijs. De meerwaarde van het wetsvoorstel beperkt zich tot de mogelijkheid voor de Ondernemingskamer om commissarissen wegens gewichtige redenen te ontslaan²⁸¹. De belanghebbendenvertegenwoordiging creëert zelfs een doublure ten opzichte van bestaande medezeggenschapsorganen. De Raad adviseert dan ook om in het wetsvoorstel een heldere regeling op te nemen van de verhoudingen tussen de diverse belanghebbendenvertegenwoordiging en andere medezeggenschapsorganen²⁸². Aan dit laatste is de minister tegemoet gekomen door in artikel 2:307h lid 6 te bepalen dat ondernemingsraden en cliëntenraden onderdeel van de belanghebbendenvertegenwoordiging kunnen zijn. De minister geeft aan dat de inspiratie voor het wetsvoorstel juist uit bestaande regelingen is gekomen en dat de nieuwe rechtsvorm breder toepasbaar is dan uitsluitend in de sectoren die specifieke regelingen kennen²⁸³. De voorwaarde dat de incorporatie van bestaande medezeggenschapsorganen in de belanghebbendenvertegenwoordiging niet mag leiden tot uitbreiding of beperking van de bevoegdheden van die bestaande medezeggenschapsorganen, maakt het nog niet zo eenvoudig om dat in de praktijk te realiseren. Het lijkt er op dat de belanghebbendenvertegenwoordiging uit meerdere geledingen zal dienen te bestaan, met ieder hun eigen specifieke aandachtsgebieden en bevoegdheden. Voorts is de minister van mening dat de nieuwe rechtsvorm als voordeel heeft dat zij breder toepasbaar is, niet alleen in sectoren die thans veel sectorspecifieke regelgeving hebben, maar ook in sectoren die dat niet of nauwelijks hebben. De nieuwe rechtsvorm leidt dan tot meer herkenbaarheid dan harmonisatie van sectorspecifieke regelingen.

De Raad van State is niet overtuigd dat het wetsvoorstel het terugtreden van de overheid stimuleert. Regulering blijft nodig ten aanzien van instellingen die voor andere rechtsvormen kiezen, bovendien blijkt niet van bereidheid van de overheid om terug te treden. De minister ontkent dat laatste niet, maar meent dat er meer duidelijkheid kan komen wanneer de nieuwe rechtsvorm zich in de praktijk heeft bewezen²⁸⁴.

De Raad van State is van mening dat de term ‘belanghebbende’ te ruim is en adviseert om dit begrip te beperken tot de rechtstreeks belanghebbenden. De minister deelt dit standpunt niet, de term ‘rechtstreeks belanghebbende’ is publiekrechtelijk van aard en daarom zijns inziens ongeschikt in de privaatrechtelijke context van het wetsvoorstel. Het is daarnaast nadrukkelijk de bedoeling dat ook anderen dan afnemers als belanghebbende kunnen worden aangemerkt²⁸⁵.

²⁸¹ Artikel 2:307d, Wetsvoorstel 2008.

²⁸² RvS/NR, blz. 13.

²⁸³ RvS/NR, blz. 10.

²⁸⁴ RvS/NR, blz. 11.

²⁸⁵ RvS/NR, blz. 14.

De Raad van State acht de mogelijkheid van winstuitkering in strijd met de grondgedachte van de maatschappelijke onderneming, dat de winst ten goede dient te komen aan het maatschappelijk belang, zoals dat in de statuten dient te zijn verwoord. De Raad herhaalt daarmee een gedachte die reeds bij De Ru c.s. is te vinden²⁸⁶. De minister meent dat het maatschappelijke doel voldoende centraal blijft staan, omdat de zeggenschap van investeerders in een maatschappelijke onderneming beperkt zal zijn. Tegenover deze beperkte zeggenschap staat investering van kapitaal, dat anders niet voor het maatschappelijk belang beschikbaar geweest zou zijn²⁸⁷.

De Raad verwacht bovendien niet dat er belangstelling voor deelname via winstbewijzen in een maatschappelijke onderneming zal zijn, zolang dezelfde activiteit door een kapitaalvennootschap kan worden uitgeoefend, waarin men kan deelnemen in het aandelenkapitaal²⁸⁸.

De minister wijst in zijn reactie nog op enkele aspecten die de Raad van State zijns inziens laat liggen. De bestaande medezeggenschapsregelingen zien slechts op afnemers, de nieuwe rechtsvorm bevat een platform voor alle belanghebbenden. De handhaving van de governance regels komt in handen van betrokkenen in plaats van de overheid, dat zou wel degelijk de besluitvorming versterken. Tenslotte zou het wetsvoorstel toelating van particuliere investeerders mogelijk maken zonder dat deze investeerders de koers van de onderneming gaan bepalen en zonder dat overheidsgeld 'weglekt'²⁸⁹.

Hoewel het advies van de Raad van State er toe strekte om het wetsvoorstel niet in de voorgelegde vorm in te dienen bij de Tweede Kamer, heeft het er toe geleid dat de voorgestelde wettekst slechts enkele aanpassingen op details heeft ondergaan. Vervolgens is het wetsvoorstel met een uitvoerig herschreven Memorie van Toelichting bij het parlement ingediend. Uiteindelijk is het wetsvoorstel weer ingetrokken, kort na het aantreden van een volgend kabinet.

2.14 EVALUATIE

De term 'maatschappelijke onderneming' is ontwikkeld in het laatste decennium van de 20^e eeuw als antwoord op een maatschappijvisie, waarbij de overheid bij haar taakinvulling zich uitsluitend richt op individuen. Tevens werd de maatschappelijke onderneming gezien als remedie tegen een uitdijende bureaucratie.

²⁸⁶ Zie De Ru c.s., blz. 30, waar wordt gesteld dat winstuitkering niet past bij de door hen voor hun onderzoek gehanteerde definitie van de maatschappelijke onderneming. Zij wijzen er echter op, dat de overheid kan kiezen voor een licht aangepaste definitie, waardoor wel enige ruimte voor uitkering van winst kan ontstaan.

²⁸⁷ RvS/NR, blz. 16.

²⁸⁸ RvS/NR, blz. 15.

²⁸⁹ RvS/NR, blz. 11.

Naderhand werd de maatschappelijke onderneming ook genoemd als mogelijke dam tegen doorschietende commercialisering en ongewenste vormen van marktwerking, met name in de zorg. In plaats van het primaat van de politiek enerzijds en marktwerking anderzijds wordt gewezen op het primaat van de samenleving²⁹⁰. Het eerste decennium van de 21^e eeuw is de tijd rijp voor een trendbreuk, waarvan het concept van de maatschappelijke onderneming een exponent is. Tegenover de ‘shareholder value’ die in de voorgaande periode werd gepropageerd als de ultieme bestaansgrond voor ondernemingen, wordt de maatschappelijke onderneming gesteld. Een organisatie die voldoet aan de kenmerken van een onderneming, maar gericht op een maatschappelijk belang dat prevaleert boven het belang van individuen en waarbij derhalve de winst – want een winststreven mag er zijn, in dat opzicht verschilt de maatschappelijke onderneming van de non-profit organisatie van de jaren ’70 – wordt aangewend ten behoeve van dat maatschappelijk belang en dus niet beschikbaar komt voor aandeelhouders of andere individuen. Het wetsvoorstel met zijn belanghebbenden vertegenwoordiging en zijn beperkte of uitgesloten winstuitkering, is zo bezien vooral een product van een tijdgeest of wellicht kunnen we beter zeggen: een symptoom van een kenterende tijdgeest. Want de maatschappelijke ontwikkelingen hebben niet stil gestaan. Ondertussen ontaardde het wetsvoorstel in een hybride rechtsvorm: voor de markt een stichting (geen winstoogmerk ten behoeve van aandeelhouders), voor de belanghebbenden een vereniging (met inspraak), voor de kapitaalverschaffers een vennootschap (met winstbewijzen en gereguleerde zeggenschap). Dat is op zichzelf reeds een indicatie dat het wetsvoorstel slechts een tussenfase in een maatschappelijke discussie markeerde.

In het regeerakkoord van VVD en CDA 2010 komt de term maatschappelijke onderneming niet voor. Ten aanzien van de zorg wil het akkoord onder meer: *“Winstuitkering mogelijk maken onder voorwaarden die ervoor zorgen dat de publieke belangen van het zorgstelsel gewaarborgd zijn. Er wordt geen winst uitgekeerd gedurende de eerste drie jaar na het moment van investeren. Er wordt pas winst uitgekeerd na een positieve beoordeling van vooraf gestelde minimumkwaliteitseisen door een onafhankelijke toezichthouder en na een positieve beoordeling van de financiële buffers, bijvoorbeeld op basis van minimale solvabiliteitseisen. Instrumenten en regelgeving om cruciale zorg te waarborgen bij financiële problemen van ziekenhuizen worden zoveel mogelijk gericht op eigen verantwoordelijkheid van ziekenhuizen en een early warning systeem.”*

Daarnaast was er het voornemen om de positie van de raad van bestuur ten opzichte van de medische staf te versterken²⁹¹. Het wetsvoorstel voor de maatschappelijke onderneming is door de regering in november 2010 opgenomen in

²⁹⁰ Balkenende (2002), blz. 99.

²⁹¹ Vrijheid en verantwoordelijkheid, regeerakkoord VVD en CDA, versie 30 september 2010, blz. 18-19.

een lijstje van meerdere in te trekken wetsontwerpen, zonder specifieke motivering²⁹².

De intrekking van het wetsvoorstel is in zoverre te betreuren, dat daardoor een kans is gemist op een parlementair debat over de maatschappelijke onderneming. De maatschappelijke onderneming kan als fenomeen niet los worden gezien van een visie op de inrichting van de samenleving. Het wetsvoorstel gaf een impuls aan een maatschappelijke discussie over wenselijkheid en de mogelijkheden om een maatschappelijke onderneming te positioneren in de samenleving. Die discussie werd voornamelijk gevoerd op academisch niveau. Voortzetting van de discussie op politiek niveau was en is interessant, omdat daarin blootgelegd kan worden uit welke trend de intrekking van het wetsvoorstel voortvloeit. Dat zou een tegengestelde trend kunnen zijn – terug naar de tegenstelling overheid of markt-, maar het zou ook een voortgaande trend kunnen zijn, die uiteindelijk zou kunnen uitmonden in de opvatting dat elke onderneming een maatschappelijke verantwoordelijkheid heeft en dat het daarom onnodig of zelfs ongewenst is een status aparte voor maatschappelijke ondernemingen te creëren. Het kabinet Rutte laat die vraag onbeantwoord.

Ondertussen gaat de gedachtevorming over de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming wel degelijk verder. Maatschappelijke ondernemingen zijn niet weg te denken uit de Nederlandse samenleving en het vraagstuk van hun financiering is in een tijd van bezuinigingen bij de overheid uiterst actueel. De economische crisis roept ten aanzien van maatschappelijk ondernemen twee tegengestelde reacties op. Aan de ene kant de gedachte dat maatschappelijk verantwoord ondernemen geld kost en dat dat geld er even niet is. Aan de andere kant wint de gedachte terrein dat de laatste economische crisis juist veroorzaakt is door maatschappelijk onverantwoord ondernemen. Daarmee blijkt de vraag naar de vormgeving van het toezicht zowel voor de maatschappelijke onderneming als de klassieke onderneming actueel en onbeantwoord te zijn.

In het volgende hoofdstuk wordt de anatomie van de maatschappelijke onderneming aan een nadere beschouwing onderworpen in het bredere kader van de anatomie van de rechtspersoon in het algemeen.

²⁹² De intrekking van het wetsvoorstel werd nogmaals gemeld in een brief van de minister-president aan de voorzitter van de Tweede Kamer op 27 november 2012, referentie 3117848 (Kamerstukken II 2012/13, 33410 nummer 68). De formele intrekking volgde op 23 januari 2013 bij brief van de minister van Veiligheid en Justitie (Kamerstukken II, 2012/13, 32003 nummer 7). Daarin worden sectorspecifieke maatregelen aangekondigd, die niet zullen voortbouwen op het wetsvoorstel.



III. De anatomie van de maatschappelijke onderneming

3.1 INLEIDING

Om de maatschappelijke onderneming te positioneren in het Nederlandse rechtspersonenrecht, zullen we ingaan op de meer fundamentele aspecten van de privaatrechtelijke rechtspersoon, waarbij we verschillende elementen van rechtspersoonlijkheid afzonderlijk analyseren. Aldus kunnen we vaststellen met welke anatomische kenmerken de maatschappelijke onderneming zich onderscheidt van andere rechtsvormen. Wanneer we weten waarin de maatschappelijke onderneming zich kan onderscheiden van de bestaande rechtsvormen, kunnen we een oordeel vormen over vraag of de maatschappelijke onderneming als rechtsvorm in een leemte kan voorzien.

Alvorens de elementen van de rechtspersoon vanuit een juridische benadering te beschrijven, wordt gezocht naar de karakteristieke structuur van de rechtspersoon vanuit economisch perspectief, vanuit de gedachte dat de juridische structuur dienstbaar dient te zijn aan de organisatie van de maatschappelijke onderneming en de ontplooiing van die organisatie als bijdrage aan de duurzame ontwikkeling van welvaart en welzijn.

Een centrale tekst voor de economische theorievorming rond de rechtspersoon is de in 2004 verschenen studie: *The Anatomy of Corporate Law, a comparative and functional approach*²⁹³. Ook voor de Nederlandse vennootschapsrechtbeoefening is dit een belangrijke publicatie²⁹⁴. De conclusies laten zich toepassen op de Nederlandse situatie. De onderzoekers stelden namelijk vast dat rechtsvormen voor ondernemingen in Europese, Amerikaanse en Japanse rechtssystemen opvallend uniform zijn. In dit hoofdstuk worden deze benadering en bevindingen betrokken op de maatschappelijke onderneming.

²⁹³ Kraakman c.s. De auteurs zijn verbonden aan Harvard Law School, London School of Economics, New York University School of Law, ETH Zürich, Max-Planck-Institut for Foreign and Private International Law Hamburg, de universiteit van Tokyo respectievelijk Pennsylvania Law School. De door hen gehanteerde economische benadering van het rechtspersonenrecht gaat terug op een publicatie van R. Coase (1937), *The Nature of the Firm*, zie Clarke, blz. 60 e.v. De benadering van Kraakman c.s. is overigens bekritiseerd omdat het Amerikaanse corporate governance model – waarbij ‘shareholder value’ de alles dominerende factor is – al te nadrukkelijk als blauwdruk voor de wereld zou worden gehanteerd. Zie o.a. Branson, blz. 263-264. Niettemin volg ik de benadering van Kraakman c.s., omdat deze kritiek de waardering van de gevonden basiskarakteristieken raakt, maar niet de bevindingen als zodanig.

²⁹⁴ Timmerman (2004), blz. 1631.

Vervolgens wordt de term ‘onderneming’ vanuit een juridische benadering verkend. Van daaruit worden de organen en wetmatigheden van de maatschappelijke onderneming als rechtspersoon aan een beschouwing onderworpen. Aldus kan worden vastgesteld in welke opzichten de maatschappelijke onderneming als rechtsvorm zich dient te onderscheiden van andere rechtsvormen.

Nadat het ondernemingsbegrip – en als specimen daarvan de term maatschappelijke onderneming – is omschreven, wordt ingegaan op het juridische instrument om een onderneming – in ieder geval een maatschappelijke onderneming – vorm te geven, de rechtspersoon.

3.2 DE ECONOMISCHE BENADERING

Kraakman c.s. hebben gezocht of er een basisstructuur bestaat voor de wijze waarop in diverse rechtsstelsels in de wereld ondernemingen worden georganiseerd. Zij beschrijven vijf basiskarakteristieken, die zij hebben aangetroffen in alle door hen onderzochte stelsels van rechtsvormen voor ondernemingen, namelijk:

- a. rechtspersoonlijkheid,
- b. beperkte aansprakelijkheid,
- c. overdraagbare aandelen,
- d. gedelegeerd bestuur, en
- e. investeedereigendom²⁹⁵.

Bij de bespreking van de elementen van de rechtspersoon, zal nader op deze karakteristieken worden ingegaan, maar deze vijf karakteristieken verdienen hier een korte toelichting.

- Ad a. Onder rechtspersoonlijkheid wordt verstaan dat de onderneming eigen rechten en verplichtingen heeft, die afgescheiden zijn van het vermogen van één of meer (natuurlijke) personen.
- Ad b. De (natuurlijke) personen die de onderneming in het maatschappelijk verkeer vertegenwoordigen zijn in beginsel niet met hun eigen vermogen aansprakelijk voor de handelingen die zij namens de onderneming verrichten.
- Ad c. De eigendom van de onderneming is deelbaar en kan in gedeelten worden vervreemd.
- Ad d. Eigenaarschap van de onderneming is geen voorwaarde om de onderneming te kunnen besturen.
- Ad e. Eigendom wordt bepaald door terbeschikkingstelling van materiële waarden, waarbij eigendom in beginsel twee elementen omvat, namelijk recht op zeggenschap en recht op resultaten van de onderneming.

²⁹⁵ Kraakman c.s., blz. 1.

Overigens hoeft een rechtsvorm niet alle vijf karakteristieken te hebben, om als ondernemingsvorm bruikbaar te zijn. Indien één of meer van deze karakteristieken ontbreken, is dat echter de keuze van de oprichters. Elk onderzocht wettelijk stelsel kent een rechtsvorm die alle vijf elementen bevat²⁹⁶. Elk rechtsstelsel kent ook rechtsvormen, waarbij één of meer van de vijf basiskarakteristieken ontbreken²⁹⁷. Er zijn bijvoorbeeld coöperatieve rechtsvormen, waarbij de overdraagbaarheid van aandelen ontbreekt en er zijn besloten vennootschapsvormen, waarbij de overdraagbaarheid van aandelen is beperkt.

De M.O., zoals geconcipieerd in het wetsvoorstel, zou in ieder geval drie van de vijf hiervoor genoemde basiskarakteristieken hebben: rechtspersoonlijkheid, beperkte aansprakelijkheid en gedelegeerd bestuur. Van overdraagbare aandelen was geen sprake, de plaats van aandelen werd bij de M.O. ingenomen door het maatschappelijk belang dat blijkens haar statuten door de M.O. zou worden gediend. Bij de M.O.W. kon bovendien sprake zijn van investeedereigendom, doordat winstbewijshouders recht zouden hebben op zeggenschap in en op resultaten van de maatschappelijke onderneming, zij het alles in beperkte mate. Indien – zoals voorgesteld – zowel de zeggenschap als het recht op resultaten gelimiteerd is, rijst de vraag of de term ‘eigendom’ wel passend is, ook in de economische of sociologische betekenis van het woord. In overdrachtelijke zin zou men kunnen zeggen dat het gediende maatschappelijk belang ‘eigenaar’ van de maatschappelijke onderneming is. Wanneer we deze gedachtegang doorzetten, is de conclusie dat een maatschappelijke onderneming vermogen is ‘in de dode hand’, een aanduiding die vanouds is gebruikt voor vermogen van stichtingen. Het dienen van een maatschappelijk belang impliceert evenwel dat de maatschappelijke onderneming de ontwikkelingen in de samenleving moet kunnen volgen. Vermogen in de dode hand kan zich juist aan maatschappelijke ontwikkelingen onttrekken²⁹⁸. Daarmee is een argument gegeven waarom de stichting niet de meest aangewezen rechtsvorm voor een maatschappelijke onderneming is.

²⁹⁶ Kraakman, blz. 5. In het Nederlandse recht voldoen de naamloze en de besloten vennootschap aan alle vijf criteria. De stichting mist overdraagbare aandelen en investeedereigendom. De coöperatie voldoet aan alle vijf elementen, indien het lidmaatschap overdraagbaar is.

²⁹⁷ Kraakman c.s. blz. 15.

²⁹⁸ Door vermogen in een stichting te brengen kan de bestemming van dat vermogen als het ware worden bevroren, zonder dat maatschappelijke ontwikkelingen die bestemming beïnvloeden.

3.2.1. 'Agency problems' / de principaal agent theorie

Het vennootschapsrecht heeft de taak om de kosten van conflicten in en rond de onderneming te beperken²⁹⁹, kosten die ten laste komen van het resultaat van de onderneming. Er zijn drie vormen van conflicten te onderscheiden:

- a. tussen bestuur en aandeelhouders,
- b. tussen aandeelhouders onderling, en
- c. tussen de vennootschap en derden, zoals schuldeisers en werknemers³⁰⁰.

In economische termen is hier telkens sprake van 'agency problems': er is sprake van een principaal-agent relatie, waarbij belangen van de ene partij (de principaal) afhankelijk zijn van handelen van de andere partij (de agent). De agent dient derhalve te worden aangezet om het belang van de principaal boven zijn eigen belang te stellen en wel tegen zo laag mogelijke kosten³⁰¹. In de relatie tussen bestuur en aandeelhouders is het bestuur de agent en zijn de aandeelhouders de principaal, maar onder omstandigheden kan het ook andersom zijn, bijvoorbeeld als het bestuur een goedkeuringsbesluit van de aandeelhoudersvergadering nodig heeft. In de relatie tussen de aandeelhouders onderling is de aandeelhouder met een controlerend belang de agent en de minderheidsaandeelhouder de principaal. De principaal-agent relatie is derhalve situationeel en kan wederkerig zijn.

Als we dit vertalen naar de maatschappelijke onderneming, dan stuiten we op problemen. Het bestuur van de maatschappelijke onderneming is te kwalificeren als het bestuur. Maar wie zijn de aandeelhouders? Laten we aannemen dat het te dienen maatschappelijk belang de plaats van de aandeelhouders inneemt. De voor de hand liggende gedachte is vervolgens dat de belanghebbenden dit maatschappelijk belang representeren. Tot de belanghebbenden behoren echter ook de winstbewijshouders. En ook overigens behoeven de belanghebbenden geen homogene groep te zijn. Het is daarom niet efficiënt om het maatschappelijk belang te laten behartigen door de belanghebbendenvertegenwoordiging,

²⁹⁹ Deze functie heeft het vennootschapsrecht onafhankelijk van de vraag of men de vennootschap louter ziet als een instrument om 'shareholder value' te creëren dan wel dat de vennootschap de belangen van meerdere stakeholders moet dienen. Deze kosten behoren in economische zin tot de transactiekosten, die de volkomen concurrentie op de markt – en daarmee de marktwerking – in meer of mindere mate verstoren, zie ook Sijmons (2006), blz. 54, alwaar verdere verwijzingen.

³⁰⁰ Kraakman c.s., blz. 2.

³⁰¹ Kraakman c.s., blz. 21 e.v. De principaal-agent relatie behoeft niet tot uitdrukking te komen in een formele hiërarchische relatie of in een relatie die door de principaal en/of de agent als hiërarchisch wordt ervaren. Bovendien is het mogelijk – en in de praktijk ook veelvuldig voorkomend – dat de agent in een formele hiërarchie een hogere positie inneemt dan de principaal. Dit aspect is er wellicht de oorzaak van dat de principaal-agent theorie onder juristen gemakkelijk te beperkt wordt opgevat en daardoor onzuiver wordt toegepast. Zie bijvoorbeeld Mouwen (2010) en Van Bijsterveld en ook Goodijk (2011), blz. 27. Het misverstand lijkt mij te ontstaan doordat zij de relatie benaderen vanuit de positie van de agent.

aangezien de leden van dat orgaan ieder hun eigen belangen hebben en er geen mechanismen voorhanden zijn om hen het maatschappelijk belang boven hun eigen belang te laten stellen.

Het bestuur en de raad van toezicht hebben een eigen verantwoordelijkheid ten aanzien van het statutair gedefinieerde maatschappelijk belang. Die eigen verantwoordelijkheid wordt niet uitgeschakeld of begrensd door de inbreng van de bij de maatschappelijke onderneming betrokken belanghebbenden. Er zijn situaties denkbaar waarin het statutair aangeduide maatschappelijk belang vereist dat het bestuur van een door de belanghebbendenvertegenwoordiging gegeven advies afwijkt. De jurisprudentie van de Ondernemingskamer dient in dezen te worden afgewacht.

Wellicht is de oplossing voor dit moment, dat we het statutair gegeven maatschappelijk belang beschouwen als equivalent van de meerderheidsaandeelhouder en de leden van de belanghebbendenvertegenwoordiging, alsmede de winstbewijshouders, als equivalenten van minderheidsaandeelhouders.

De drie vormen van conflicten zijn dan:

- a. tussen bestuur en maatschappelijk belang c.q. belanghebbenden;
- b. tussen maatschappelijk belang en andere belanghebbenden c.q. tussen belanghebbenden onderling (winstbewijshouders daaronder mede begrepen);
- c. tussen maatschappelijke onderneming en derden.

In de relatie sub a is het bestuur de agent, in de relatie sub b is het maatschappelijk belang de agent.

In de relatie sub a dient het maatschappelijk belang tegenover het bestuur te worden gerepresenteerd door de raad van toezicht of door externe toezichthouders. Ook de belanghebbendenvertegenwoordiging kan daarin een rol spelen, maar mijns inziens is zij daarin gehandicapt³⁰².

In de relatie sub b dient het maatschappelijk belang tegenover de andere belanghebbenden te worden gerepresenteerd door het bestuur, eventueel daarin gesteund door de raad van toezicht of gesteund door externe toezichthouders. Tegenover derden wordt de maatschappelijke onderneming gerepresenteerd door het bestuur. Indien een bestuurder de betrokken derde is, wordt de maatschappelijke onderneming gerepresenteerd door de raad van toezicht.

We zien derhalve dat de behartiging van het maatschappelijk belang (als *principaal*) binnen de rechtspersoon dient te geschieden door het bestuur (als *agent*) tegenover de belanghebbendenvertegenwoordiging en tegenover derden, maar zo nodig ook tegenover de raad van toezicht. Tegenover het bestuur dient het maatschappelijk belang (als *principaal*) te worden behartigd door de raad van

³⁰² Hetzelfde geldt voor de ledenvergadering van de vereniging M.O. en voor de vergadering van winstbewijshouders.

toezicht (als agent). Vervolgens stuiten we op de tekortkoming van deze benadering: het maatschappelijk belang is in vorenstaande benadering gepersonifieerd, er zal dus altijd een agent moeten zijn, de principaal is zelf tot niets in staat, hij is zelfs niet in staat om zelf te bepalen wat zijn belang is. Het is dan ook onvermijdelijk dat er ten aanzien van iedere maatschappelijke onderneming een hoedster is van het maatschappelijk belang, die autonoom bepaalt hoe dat maatschappelijk belang in een concrete situatie gediend moet worden. Die hoedster van een maatschappelijk belang kan de overheid zijn of iemand die daarvoor van de overheid de ruimte krijgt.

In de benadering van Kraakman c.s. is in beginsel geen plaats voor de duiding van conflicten tussen bestuur en raad van toezicht, omdat de raad van toezicht geacht wordt geen eigen belang te hebben. De raad van toezicht dient zich immers te richten naar het belang van de rechtspersoon, zodat het belang van de raad van toezicht theoretisch wordt gesublimeerd door het maatschappelijk belang³⁰³. Iedere praktijkjurist weet dat er conflicten tussen bestuur en raad van toezicht mogelijk zijn. Deze conflicten kunnen het functioneren van de rechtspersoon diepgaand beïnvloeden, zodat het van belang is om te onderzoeken wat de benadering van Kraakman c.s. oplevert voor deze relatie. In de relatie tussen bestuur en raad van toezicht kunnen beide partijen zowel agent als principaal zijn.

In een ander opzicht is de overheid te beschouwen als de principaal en de maatschappelijke onderneming als de agent. Uit het vorenstaande mag blijken de principaal agent relatie niet noodzakelijk inhoudt dat de maatschappelijke onderneming slechts uitvoerder is van instructies van de overheid. De relatie is aanwezig in alle gevallen waarin de overheid een bepaald resultaat via een maatschappelijke onderneming wenst te bereiken.

3.2.2. Beheersing van 'agency problems'

Om de bedoelde kosten van conflicten te beperken, kan een wetgever verschillende strategieën kiezen:

- a. het verbieden of aan richtlijnen onderwerpen van gedragingen van de agent (*regular strategies*),
- b. het geven van bevoegdheden aan de principaal (*governance strategies*).

3.2.2.A. REGULAR STRATEGIES.

Regels omtrent gedragingen van de agent kunnen verschillende vormen hebben:

- I. De wetgever kan in het belang van de principaal bepaalde gedragingen aan de agent voorschrijven of verbieden (vooraf).

³⁰³ Artikel 2:307 e, Wetsvoorstel 2009, waar echter ook de belangen van de bij de maatschappelijke onderneming betrokken belanghebbenden worden genoemd. Zie hoofdstuk 2.

2. De wetgever kan richtlijnen geven, waaraan het gedrag van de agent getoetst kan worden (achteraf).
3. De wetgever kan voorschriften geven ten aanzien van het aangaan van de principaal-agent relatie, bijvoorbeeld door de principaal recht op bepaalde informatie te geven.
4. De wetgever kan de principaal ruimte geven om de relatie met de agent te beëindigen.

3.2.2.B. GOVERNANCE STRATEGIES.

De mogelijke bevoegdheden van de principaal ten aanzien van de agent kunnen onderscheiden worden in:

1. Het recht agenten te benoemen en te ontslaan.
2. Het recht van initiatief tot en het recht van goedkeuring van gedragingen van de agent door de principaal.
3. Het belonen en ontmoedigen van gedragingen ³⁰⁴.

We kunnen nu in beschouwing nemen hoe deze strategieën geconcretiseerd kunnen worden in relatie tot de maatschappelijke onderneming. Conflicten tussen de maatschappelijke onderneming en derden laat ik rusten, omdat deze niet in de eerste plaats worden beheerst door het rechtspersonenrecht, maar door het verbintenissenrecht³⁰⁵. Ik volsta met een enkele opmerking: derden kunnen worden beschermd door minimum kapitaaleisen. Een aantal rechtsstelsels in Europa en Japan kennen een minimum kapitaal. Andere vormen van derdenbescherming zijn voorschriften omtrent de wijze van boekhouden en verplichting tot openbaarmaking van financiële gegevens. Ook bij de M.O. en de M.O.W. zou openbaarmaking van financiële gegevens in een jaarverslag voorgeschreven zijn, zodat hier dezelfde derdenbescherming van kracht zou zijn als in het generieke Nederlandse vennootschapsrecht.

3.2.3. Conflicten tussen bestuur en maatschappelijk belang c.q. belanghebbenden

In de relatie tussen het bestuur als agent en het maatschappelijk belang als principaal zijn de volgende instrumenten mogelijk:

³⁰⁴ Bij belonen kan gedacht worden aan optie- en bonusregelingen. Ontmoedigen van gedrag kan plaatsvinden doordat de goedkeuring of het initiatief van een derde partij nodig is, maar ook bijvoorbeeld door reputatieschade. Zie Kraakman c.s., blz. 23.

³⁰⁵ Voor wat betreft conflicten tussen de maatschappelijke onderneming en derden is de relatie met de in de maatschappelijke onderneming werkzame professionals een aparte studie waard. Deze relatie speelt met name in zorginstellingen een belangrijke rol. De wederzijdse afhankelijkheid in deze relatie is zo groot dat vaak geen van beide partijen doorslaggevende invloed heeft. Het bestuur van de instelling en de medisch specialist zijn ten opzichte van elkaar zowel principaal als agent. Zie Scholtes en Abeln, blz. 160.

- a.1. De bestuurders zijn gebonden aan de doelomschrijving van de rechtspersoon.
- a.2. De bestuurders dienen een jaarrekening en een jaarverslag op te maken.
- a.3. De raad van toezicht en de belanghebbenden hebben recht op informatie.
- a.4. Het beëindigen van de relatie met de bestuurders is voor de belanghebbenden niet altijd mogelijk. Het ontslag van bestuurders is voorbehouden aan de raad van toezicht. Een andere vorm van beëindiging is het beëindigen van de relatie met de maatschappelijke onderneming en een relatie aan te gaan met een alternatieve (concurrerende) maatschappelijke onderneming. Dat alternatief dient dan wel beschikbaar te zijn.
- b.1. De raad van toezicht kan bestuurders ontslaan.
- b.2. Bepaalde besluiten zijn onderworpen aan goedkeuring van de raad van toezicht en eventueel aan goedkeuring van de belanghebbendenvertegenwoordiging³⁰⁶.
- b.3. Conflicten van het bestuur met andere organen kunnen het maatschappelijk draagvlak c.q. het draagvlak binnen de organisatie aantasten.

3.2.4. Conflicten tussen maatschappelijk belang en (individuele) belanghebbenden c.q. tussen belanghebbenden onderling

- a.1. Het maatschappelijk belang dient te prevaleren boven deelbelangen.
- a.2. Afwijking van adviezen dient gemotiveerd te worden, geschillenregeling.
- a.3. De statuten of een reglement kunnen regels geven omtrent de vergaderorde en de wijze van besluitvorming.
- a.4. Belanghebbenden kunnen uit de belanghebbendenvertegenwoordiging stappen. Winstbewijshouders kunnen terugname van hun winstbewijzen vragen.
- b.1. Ontslagrecht is er niet in deze verhouding.
- b.2. Het bestuur heeft een eigen verantwoordelijkheid bij het nastreven van het maatschappelijk belang. De statuten dienen in een geschillenregeling te voorzien.
- b.3. Reputatieschade en draagvlak kunnen een rol spelen. Een partij kan proberen zijn belang te dienen door de publiciteit te zoeken of daarmee te dreigen. Aantasting van het draagvlak kan een reden zijn om een openlijk conflict te vermijden.

3.2.5. Conflicten tussen bestuur en raad van toezicht

- a.1. Het bestuur (als agent) heeft de wettelijke plicht om de raad van toezicht zorg te dragen dat de raad van toezicht (als principaal) volledig geïnformeerd is. De raad van toezicht (als agent) is ten opzichte van het bestuur niet aan

³⁰⁶ Of de ledenvergadering of de vergadering van winstbewijshouders, zie hoofdstuk 2.

- a.2. De raad van toezicht toetst, onder andere aan de hand van het jaarverslag, of het bestuur zijn doelstellingen heeft gehaald.
- a.3. Door profielschets geeft zowel het bestuur als de raad van toezicht een referentiekader waaraan informatie over kandidaat-bestuurders c.q. – toezichthouders getoetst kan worden, met dien verstande dat het bestuur geen formele bevoegdheden heeft ten aanzien van de benoeming van leden van de raad van toezicht.
- a.4. De raad van toezicht kan bestuurders ontslaan. Het bestuur kan zich tot de Ondernemingskamer wenden om ontslag van toezichthouders te bewerkstelligen.
- b.1. De raad van toezicht benoemt en ontslaat de bestuurders.
- b.2. Bepaalde handelingen van het bestuur zijn onderworpen aan goedkeuring van het bestuur. Spiegelbeeldig: goedkeuringsbesluiten kan de raad van toezicht slechts nemen nadat het bestuur het initiatief tot een voorgenomen besluit heeft genomen.
- b.3. De raad van toezicht stelt de beloning en arbeidsvoorwaarden van de bestuurders vast.

3.2.6. Belangrijke besluiten

Kraakman c.s. hebben hun theorie geconcretiseerd door voor drie categorieën van belangrijke besluiten te onderzoeken of en in hoeverre het tot de bestuursbevoegdheid behoort om daaromtrent besluiten te nemen³⁰⁷, te weten:

- 1. structurele wijzigingen in de organisatie van de vennootschap, zoals overnames, fusies en statutenwijzigingen;
- 2. verkoop van activa;
- 3. wijzigingen in de kapitaalstructuur, zoals uitgifte en intrekking van aandelen en de uitkering van dividend.

Drie elementen blijken daarin een rol te spelen:

- a. het relatieve belang van de handeling ten opzichte van de rechtspersoon;
- b. het gepaard gaan met investeringen;
- c. de invloed van mogelijke eigen belangen van de bestuurders.

De drie genoemde categorieën van besluiten worden hierna behandeld, waarbij

3.2.6.1. STRUCTURELE WIJZIGINGEN

Structurele wijzigingen blijken in ieder rechtsstelsel onderworpen te zijn aan een vorm van goedkeuring van de aandeelhouders. De aandeelhouders worden hier dus collectief beschermd tegen eigenmachtig handelen van het bestuur. In

³⁰⁷ Kraakman c.s., blz. 132 e.v.

hoeverre en hoe minderheidsaandeelhouders tegen meerderheidsbeslissingen worden beschermd is zeer wisselend per rechtsstelsel.

Europese rechtsstelsels en de Japanse wet kennen daarnaast vormen van derdenbescherming, dit in tegenstelling tot de rechtsstelsels in de Verenigde Staten van Amerika.

De mogelijkheid om een besluit te nemen tot het aanbrengen van structurele wijzigingen tegen de wil van het bestuur is niet altijd aanwezig³⁰⁸. In Nederland is dat mogelijk voor wat betreft een statutenwijziging. De algemene vergadering kan daartoe besluiten buiten het bestuur om, dit is niet in iedere nationale wet het geval³⁰⁹.

Bij de M.O. en de M.O.W. zouden structurele wijzigingen niet mogelijk zijn buiten het bestuur om. Besluiten daartoe behoren tot de bevoegdheid van het bestuur³¹⁰, zij het dat vrijwel altijd goedkeuring vereist zou zijn van de raad van toezicht en vooraf belanghebbenden geconsulteerd dienen te worden. Een statutenwijziging zou ook kunnen inhouden een wijziging van het door de rechtspersoon te dienen maatschappelijk belang. De vereiste voorafgaande goedkeuring en consultatie in het besluitvormingstraject dienen bescherming te bieden tegen afbreuk aan het maatschappelijk belang. De raad van toezicht dient hiervoor te waken. Van belanghebbenden daarentegen is een andere attitude te verwachten, waarbij eigen (deel)belangen de boventoon voeren boven het maatschappelijk belang. De invloed van belanghebbenden dient om die reden niet onbegrensd te zijn. De principaal-agent theorie maakt duidelijk dat ten opzichte van het

³⁰⁸ Kraakman c.s., blz. 133 e.v.

³⁰⁹ Dit is één van de details, die maken dat de positie van aandeelhouders ten opzichte van het bestuur in de meeste Amerikaanse staten minder sterk is dan in Europa, in tegenstelling tot wat vaak wordt gedacht. In Amerika zijn aandeelhouders sterker dan in het algemeen in Europa afhankelijk van initiatieven van het bestuur. Dit hangt samen met het gegeven dat in Amerika het aandelenbezit gemiddeld gespreider is dan in Europa, waar veel meer aandelen in handen zijn van institutionele beleggers of – zoals met name in Frankrijk en Italië – de staat.

Een interessant detail in dit verband is ook een door Kraakman c.s. gesignaleerd verschil in uitgangspunt tussen enerzijds veel Amerikaanse rechtstelsels en anderzijds het Engelse recht voor wat betreft de positie van de bestuurders. Het Engelse recht beschouwt de bestuurders van een vennootschap in beginsel als gemandateerden van de aandeelhouders. De statuten van de rechtspersoon zijn in deze visie het middel waardoor de aandeelhouders hun controle uitoefenen over die gemandateerden. In Amerika daarentegen is het uitgangspunt veelal dat de bestuurders hun bevoegdheid ontlenen aan de statuten van de rechtspersoon, waarbij de rol van de aandeelhouders secundair is (N.B. De aandeelhouders zijn in Amerika veelal niet bij machte zonder instemming van het bestuur de statuten van de vennootschap te wijzigen). Zie Kraakman c.s., blz. 173. De Amerikaanse rechtscultuur lijkt hier dichterbij het Rijnlandse model te staan dan het Engelse recht en het is derhalve ongenueanceerd om Amerikaanse rechtstelsels te vereenzelvigen met 'het' Angelsaksische model.

³¹⁰ Een uitzondering vormde het besluit tot statutenwijziging bij de vereniging tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming, zoals vormgegeven in Wetsvoorstel 2008. Daar zou de algemene ledenvergadering het bevoegde orgaan zijn, maar het voorstel diende uit te gaan van het bestuur.

maatschappelijk belang geen enkele partij de principaal is, maar altijd agent. Dat bergt het risico in zich van een ontwikkeling in de governance van maatschappelijke ondernemingen waarbij steeds meer goedkeuringsvereisten op elkaar worden gestapeld (elke agent dient immers onderworpen te zijn aan ‘regulary strategies’ en/of ‘governance strategies’³¹¹).

3.2.6.2. VERVREEMDING VAN ALLE ACTIVA

Vervreemding van alle of nagenoeg alle activa van een rechtspersoon heeft in de praktijk hetzelfde effect als overname of fusie van de rechtspersoon. De activiteiten kunnen niet meer worden voortgezet zoals voorheen, slechts het beheer of de verdeling van de verkoopopbrengst blijft over. Toch blijken veel rechtsstelsels hier anders mee om te gaan dan met besluiten tot fusie of overname. In het Engelse en het Franse stelsel is geen enkele medewerking van de aandeelhouders vereist. In Duitsland en in Delaware is goedkeuring van de aandeelhoudersvergadering voorgeschreven. In Japan en in een aantal Amerikaanse staten komt de beslissingsbevoegdheid (dus niet slechts een goedkeuringsrecht) toe aan de aandeelhouders³¹².

Bij de M.O. en de M.O.W. is vervreemding van alle activa onderworpen aan goedkeuring van de raad van toezicht. De invloed van belanghebbenden dient statutair geregeld te zijn.

3.2.6.3. WIJZIGINGEN IN DE KAPITAALSTRUCTUUR

Voor de uitgifte van aandelen blijkt er in de meeste rechtsstelsels verschil te zijn tussen verhoging van het geplaatste kapitaal en verhoging van het maatschappelijk kapitaal. In Amerika en in Japan kan het bestuur besluiten tot uitgifte van aandelen binnen de grenzen van het maatschappelijk kapitaal³¹³. In Europese stelsels is dat slechts mogelijk indien de algemene vergadering van aandeelhouders de uitgiftebevoegdheid aan het bestuur heeft overgedragen of indien de statuten de uitgiftebevoegdheid aan het bestuur toekennen en die bevoegdheid is dan vaak gelimiteerd³¹⁴. Bescherming van minderheidsaandeelhouders vindt in een aantal landen plaats door toekenning van voorkeursrechten bij de uitgifte van aandelen. Hier blijkt in de praktijk weinig gebruik van te worden gemaakt³¹⁵. De dividendpolitiek van de rechtspersoon kan nadelig zijn voor minderheidsaandeelhouders. Een voor minderheidsaandeelhouders nadelige dividendpolitiek kan zowel bestaan uit het uitkeren van een te groot dividend, waardoor de

³¹¹ Zie par. 3.2.2. Het is daarom te verwachten dat de invoering van een Algemene Vergadering van Maatschappelijke Aandeelhouders, zoals voorgesteld door o.a. Van Bijsterveld (zie Van Bijsterveld (2012, blz. 25 e.v.) eerder tot een verschuiving van problemen leidt dan tot een oplossing.

³¹² Kraakman c.s., blz. 145.

³¹³ Kraakman c.s., blz. 146 e.v.

³¹⁴ In Nederland: zie art. 2:96 lid 1, Burgerlijk Wetboek, en art. 2:206 lid 1, Burgerlijk Wetboek.

³¹⁵ Kraakman c.s., blz. 148.

rechtspersoon wordt beroofd van haar werkkapitaal, als uit het niet uitkeren van dividend, waardoor de minderheidsaandeelhouder rendement op zijn investering wordt onthouden³¹⁶. Veel rechtsstelsels leggen de bescherming van de minderheidsaandeelhouders in dit opzicht bij het bestuur, dat de uitkering van dividend dient te initiëren c.q. kan blokkeren. Minderheidsaandeelhouders hebben echter het meest te vrezen van de inkoop of intrekking van aandelen. De risico's zijn enerzijds dat zij door de meerderheid worden uitgesloten van een lucratieve inkoop, anderzijds dat zij door de meerderheid worden gedwongen afstand te doen van hun aandelen. Tenslotte kan zelfs een evenredige inkoop nadelig zijn voor minderheidsaandeelhouders als gevolg van een kennisachterstand. De meeste rechtsstelsels reguleren de inkoop c.q. intrekking van aandelen dan ook strikt³¹⁷.

Dit onderwerp raakt de M.O.W., zoals door de wetgever werd voorgesteld. De houders van winstbewijzen zijn te beschouwen als minderheidsaandeelhouders ten opzichte van het maatschappelijk belang en hun bescherming tegen dat maatschappelijk belang is minimaal. Hun winstrecht is gelimiteerd, echter zijn zij in het wetsvoorstel vooralsnog volledig beschermd tegen uitkoop, doordat de wet niet voorziet in een regeling tot intrekking van winstbewijzen tegen de wil van de winstbewijshouder³¹⁸. Vanuit het perspectief van het maatschappelijk belang is het echter wenselijk dat de wetgever dat laatste wel – onder de nodige waarborgen – mogelijk maakt.

3.3 DE TERM ONDERNEMING

3.3.1. Inleiding

Zoals aangekondigd aan het begin van dit hoofdstuk, komt nu – in aansluiting op de economische benadering van de rechtspersoon – de term 'onderneming' aan de orde, waarbij gezocht wordt naar de juridische inhoud van die term als basis voor de maatschappelijke onderneming.

Het onderscheid tussen de rechtspersoon en de onderneming wordt reeds door de wetgever gemaakt. In artikel 140 lid 2, Boek 2, Burgerlijk Wetboek, bijvoorbeeld, wordt bepaald dat het toezicht door de raad van commissarissen van een naamloze vennootschap zich uitstrekt over de "de vennootschap en de met haar verbonden onderneming". Een ander voorbeeld is te vinden in de Wet op de ondernemingsraden. In artikel 1 lid 1 van die wet komen we de rechtspersoon tegen in de definitie van de ondernemer, terwijl datzelfde artikel ook een definitie bevat van de onderneming, waarvan de rechtspersoon geen element is.

³¹⁶ Kraakman c.s., blz. 149.

³¹⁷ Kraakman c.s., blz. 149.

³¹⁸ Artikel 2:307k, Wetsvoorstel (2009) schrijft voor dat terugname van winstbewijzen slechts mogelijk is op verzoek van de winstbewijshouder.

We zoeken naar de inhoud van de term onderneming als element van de term maatschappelijke onderneming. Daarbij gaan we er van uit dat een maatschappelijke onderneming wordt uitgeoefend door een rechtspersoon, niet door een natuurlijk persoon. Na een beschouwing van de inhoud in literatuur en jurisprudentie alsmede door de wetgever aan de term onderneming wordt gegeven, zullen we komen tot een definitie, die voor het onderzoek naar een passende rechtsvorm gehanteerd kan worden.

3.3.2. Wetgeving

3.3.2.1. DE HANDELSREGISTERWET

De oude Handelsregisterwet van 1996 ging uit van een ondernemingsbegrip, waarin winst maken voorop staat. Een definitie ontbrak in de wet, maar wel werd uitdrukkelijk bepaald dat bij algemene maatregel van bestuur met een onderneming gelijk kunnen worden gesteld: bedrijven waarmee niet het maken van winst wordt beoogd³¹⁹. In de praktijk ontwikkelde zich een toetsingskader, dat door de Kamers van Koophandel werd gehanteerd ten behoeve van de inschrijfplicht in het Handelsregister³²⁰. Op basis van dit toetsingskader is het ondernemingsbegrip in de Handelsregisterwet 2007 gecodificeerd, nader uitgewerkt in artikel 2 van het Handelsregisterbesluit 2008. Een onderneming wordt daar gedefinieerd als een voldoende zelfstandig optredende organisatorische eenheid van één of meer personen waarin voldoende inbreng van arbeid of middelen ten behoeve van derden diensten of goederen worden geleverd of werken tot stand gebracht met het oogmerk daarmee materieel voordeel te behalen³²¹, uitgezonderd die gevallen waarin er onvoldoende omvang van activiteiten of omzet is. De beoordeling of er voldoende omvang van activiteiten of omzet is, behoort tot de discretionaire bevoegdheid van de Kamer van Koophandel³²². Deze definitie gaat uit van een gerichtheid op materieel voordeel, dus een winststreven. Overigens oefenen naamloze en besloten vennootschappen per definitie een onderneming in de zin van de Handelsregisterwet uit. Dit is slechts anders indien de rechtspersoon in het geheel niet meer over middelen beschikt³²³. Het is derhalve denkbaar dat een actieve maatschappelijke onderneming niet een onderneming uitoefent in de zin van het Handelsregisterbesluit. Het praktische gevolg daarvan zal zijn dat voor

³¹⁹ Artikel 1 lid 6 van de Handelsregisterwet 1996.

³²⁰ Meijers c.s., blz. 296.

³²¹ Artikel 2 lid 1 Handelsregisterbesluit 2008.

³²² Artikel 2 lid 2, Handelsregisterbesluit 2008.

³²³ Dit sluit aan bij vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, zie Meijers c.s., blz. 298.

de inschrijving in het handelsregister niet het (ondernemings)adres bepalend is, maar de statutaire zetel van de maatschappelijke onderneming³²⁴.

3.3.2.2. WET OP DE ONDERNEMINGSRADEN

Het ondernemingsbegrip in het medezeggenschapsrecht is, al evenzeer als het fiscale begrip waarover hierna meer, ingekleurd door de context waarin het dient te functioneren. De Wet op de ondernemingsraden beschouwt als onderneming: *elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst arbeid wordt verricht*³²⁵. In deze definitie valt op dat het winststreven, de deelname aan het economisch verkeer en het doel geen rol spelen. Daarentegen is voor het medezeggenschapsrecht essentieel dat er krachtens arbeidsovereenkomst arbeid in de organisatie wordt verricht, aangezien dit element bepalend is voor de toepassing van de Wet op de ondernemingsraden. Bij gebreke van werknemers kan medezeggenschap niet aan de orde komen. Het ondernemingsbegrip wordt in het medezeggenschapsrecht institutioneel benaderd. Vanuit medezeggenschapsrechtelijk oogpunt is de term ‘instelling’ synoniem aan de term onderneming. De definitie in de Wet op de ondernemingsraden is zeer ruim. Binnen deze definitie is bijvoorbeeld ook de staat een ondernemer en ieder ministerie een onderneming.

3.3.2.3. FISCALE WETGEVING

De elementen arbeid en kapitaal komen we tegen in de gangbare definitie van de term onderneming, zoals die door de Belastingdienst wordt gehanteerd bij het bepalen van behaalde winst uit onderneming. Er is in Nederland in fiscale zin sprake van een onderneming, indien er een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid bestaat, die gericht is op het behalen van economisch voordeel in het maatschappelijk verkeer; het economisch voordeel moet subjectief beoogd en objectief te verwachten zijn³²⁶.

Deze definitie sluit non profit activiteiten uit, hetgeen niet verwonderlijk is, aangezien deze definitie gericht is op het vaststellen van belastbare ondernemingswinst. Waar geen winst wordt behaald, kan geen winst worden belast. Bij het bepalen van de ondernemingswinst kent de belastingwetgeving een aantal faciliteiten, waarvan voorkomen dient te worden dat daarvan geprofiteerd kan worden door belastingplichtigen die geen perspectief hebben op het maken van – belastbare – ondernemingswinst. Vandaar dat zowel het oogmerk als de verwachting van winst criteria zijn voor het fiscale ondernemingsbegrip. Het

³²⁴ Inmiddels is iedere rechtspersoon verplicht om iedere vestiging in het handelsregister in te schrijven (artikel 9, Handelsregister 2007), waarbij onder vestiging ieder gebouw of gebouwencomplex wordt verstaan waarin duurzaam activiteiten van de rechtspersoon plaatsvinden (artikel 1 lid 1 sub j, Handelsregisterwet 2007).

³²⁵ Artikel 1 lid 1 sub c, Wet op de ondernemingsraden.

³²⁶ Over dit ondernemingsbegrip bestaat veel jurisprudentie, zie Galle, blz. 23.

winstoogmerk kan aan de hand van feiten en omstandigheden achteraf worden vastgesteld³²⁷. De fiscale benadering van het ondernemingsbegrip is hoofdzakelijk instrumenteel.

3.3.3. Rechtspraak

Evenals de fiscus, acht de rechtspraak vanouds het winststreven essentieel om van een onderneming te kunnen spreken³²⁸, waarbij evenwel winst ook kan bestaan uit besparing van kosten. Het behalen van winst behoeft bovendien niet het enige doel te zijn. Voor het ondernemingsbegrip is niet van belang welke bestemming aan de winst wordt gegeven.

3.3.4. Literatuur

3.3.4.1. BOEKMAN (1977)

Boekman benadert de onderneming mededingingsrechtelijk en acht het winststreven in het geheel niet van belang³²⁹. Zijns inziens is sprake van een onderneming, indien een rechtssubject – natuurlijk persoon, rechtspersoon of een stabiel samenwerkingsverband – deelneemt aan het economisch verkeer en daarin in beginsel in een concurrentiepositie kan geraken. Deelname aan het economisch verkeer betekent in dit verband dat de onderneming producten of diensten levert, gericht op het (of een bepaald) publiek en tegen betaling³³⁰. In dit verband wordt vermeld dat het Europese Hof van Justitie een onderneming definieert als: elk tot een zelfstandig rechtssubject behorend geheel van personen, materiële en immateriële factoren, waarmee op duurzame wijze een economisch doel wordt nagestreefd³³¹. Als economische activiteit wordt aangemerkt: iedere activiteit die bestaat uit het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt³³². De mededingingsrechtelijke benadering van het ondernemingsbegrip is overwegend reëel. Institutionele en instrumentele elementen zijn niet doorslaggevend in mededingingsrechtelijke vraagstukken.

3.3.4.2. RAAIJMAKERS (2000)

Raaijmakers hanteert een definitie die ook non-profit activiteiten tot een onderneming kan bestempelen: de algemeenheid van goederen (zaken en rechten) en schulden (vermogensverschaffing en duurovereenkomsten), die een (rechts) persoon als ondernemer (dus niet slechts als belegger) bestemt of heeft bestemd

³²⁷ Zie o.a. Hof Den Haag 21 april 1993, V-N 12-08-1993.

³²⁸ Zie bijvoorbeeld Hoge Raad 17 april 1939, NJ 1939, 690 (ANP) en Hoge Raad 10 oktober 1940, NJ 1941, 197 (AVRO).

³²⁹ Boekman, blz. 20.

³³⁰ Het is daarbij niet noodzakelijk dat de betaling wordt verricht door de afnemer.

³³¹ Hof van Justitie 13 juli 1962, zaak 19/61, Jur. 1962, 705.

³³² Hof van Justitie 16 juni 1987, zaak 118/85, Jur. 87, 2599-7.

tot en dienstbaar maakt tot een commercieel of non profit doel in een duurzame organisatie, die onder zijn beheer en, al dan niet onder eigen naam, werkzaam is³³³. In deze definitie ligt de nadruk op de kapitaal(goederen) inbreng. Slechts het woord organisatie veronderstelt de betrokkenheid van mensen. Anders dan bij de Belastingdienst, kan bij Raaijmakers een onderneming een non profit doel hebben. De benadering van Raaijmakers heeft reële elementen, maar het instrumentele aspect overheerst.

In 2006 is bij Raaijmakers het kapitaalsaspect nog steeds dominant, waarvan blijkt uit de aanduiding van een onderneming als een doelbestemde vermogens-eenheid³³⁴ en als een algemeenheid van goederen³³⁵.

3.3.4.3. SER (2005)

De SER stelt dat de term onderneming omvat een institutioneel kenmerk, namelijk een zekere autonomie in de bedrijfsvoering, en een gedragskenmerk (derhalve instrumenteel), te weten een professioneel en innovatief gebruik van middelen ten behoeve van een voortdurende verbetering van dienstverlening. Ondernemerschap moet ruimte en inspiratie geven aan professionals om hun potenties optimaal te ontplooiën. Onder professional worden zowel de manager, de specialist als de medewerker met cliëntencontact verstaan³³⁶. Deze definitie is toegesneden op ondernemen met een publiek belang, waarbij van publiek belang is: alles waarvoor de overheid zich verantwoordelijk voelt. Daar ligt derhalve een politieke keuze aan ten grondslag³³⁷.

3.3.4.4. BUIJN EN STORM (2006)

Buijn en Storm omschrijven de onderneming als een als zelfstandige eenheid (niet in juridische zin) aan het maatschappelijk verkeer deelnemende organisatie van mensen en productiemiddelen, gericht op het duurzaam verwerven van inkomen voor bij die organisatie betrokkenen³³⁸. Deze definitie ziet de onderneming wel als een economische activiteit, namelijk waar het betreft het verwerven van inkomen, maar laat de ruimte dat dit inkomen wordt verworven uit bijvoorbeeld giften of subsidies. De onderneming behoeft in deze perceptie geen winst te behalen uit haar activiteiten en zij behoeft ook geen winst na te streven. Het instrumentele karakter staat voorop.

De definitie van Buijn en Storm laat ruimte voor de maatschappelijke onderneming, zoals Wijffels die schetst: een privaatrechtelijke rechtsvorm, die één of

³³³ Pitlo-Raaijmakers (2000), blz. 55 e.v.

³³⁴ Pitlo-Raaijmakers (2006), blz. 3.

³³⁵ Pitlo-Raaijmakers (2006) blz. 33.

³³⁶ SER(2005), blz. 25.

³³⁷ SER (2005), blz. 23.

³³⁸ Sanders/Westbroek, blz. 2.

meer ondernemingen in stand houdt en die zich blijkens haar statuten specifiek en uitsluitend in dienst stelt van een publiek belang³³⁹. De vraag rijst evenwel of er niet ook van een maatschappelijke onderneming sprake kan zijn, wanneer daarbij geen mensen zijn betrokken die uit de organisatie een inkomen verwerven. Een organisatie waarin uitsluitend vrijwilligers werkzaam zijn, mist mijns inziens niet een element dat essentieel zou zijn voor een organisatie om als maatschappelijke onderneming te kwalificeren.

3.3.4.5. VAN SCHILFGAARDE/WINTER

Van Schilfgaarde/Winter onderscheidt drie benaderingen van de term onderneming, namelijk:

- 1^e de reële benadering, waarbij de onderneming louter wordt opgevat als een vermogensobject, namelijk goederen die tot elkaar in een organisatorisch verband staan;
- 2^e de instrumentele benadering, die de onderneming beschouwt als een organisatie van goederen en mensen, die door de eigenaar voor een bepaald doel wordt gebruikt; en
- 3^e de institutionele benadering, waarbij aan de onderneming een zekere zelfstandigheid wordt toegekend in het maatschappelijk verkeer, een zelfstandigheid die zich zelfs kan manifesteren ten opzichte van de eigenaar van de onderneming³⁴⁰.

In het voorafgaande kwamen wij deze benaderingen successievelijk tegen, waarbij de instrumentele benadering en de institutionele benadering domineren over de reële benadering. De reële benadering kan bruikbaar zijn voor een bedrijfs-overname of voor de afwikkeling van een faillissement. Zodra echter vanuit het perspectief van de reële benadering wordt vastgesteld dat het geheel meer is dan de som der delen, spelen instrumentele of institutionele aspecten een rol. Voor de definitie van de maatschappelijke onderneming is de reële benadering niet van betekenis.

De instrumentele benadering gaat er van uit dat de onderneming een eigenaar heeft, die via de onderneming bepaalde doelstellingen nastreeft. Volgens de principaal agent theorie dient die eigenaar een principaal te zijn en geen agent. Het is echter de vraag of bij de maatschappelijke onderneming een eigenaar kan worden aangewezen, aangezien ieder persoon ten opzichte van het maatschappelijk belang agent kan zijn, maar geen principaal.

De institutionele benadering veronderstelt een zekere autonomie van de onderneming. Deze benadering is het meest passend voor de maatschappelijke

³³⁹ Wijffels, blz. 2.

³⁴⁰ Van Schilfgaarde/Winter, blz. 4 e.v.

onderneming, die immers een doel heeft dat onafhankelijk is van individuele belangen.

3.3.5. Eigen definitie

In het vorenstaande is gebleken dat de betekenis van de term onderneming sterk wordt beïnvloed door de context waarin de term wordt gebruikt. Voor de belastingdienst bijvoorbeeld is het te belasten object – winst – essentieel, voor de toepasselijkheid van medezeggenschapsstructuren niet. Medezeggenschap komt slechts aan de orde als er in een organisatie meerdere personen werkzaam zijn, voor de belastbaarheid van de winst is dat laatste geen voorwaarde. Ook het ondernemingsbegrip als element van de term ‘maatschappelijke onderneming’ zal derhalve contextueel worden ingekleurd, namelijk door het maatschappelijk belang, dat is een belang dat het belang van individuen of beperkte groepen overstijgt³⁴¹.

Desondanks zijn er elementen aan te wijzen die in elke definitie van de onderneming terugkeren en die in de definitie van de maatschappelijke onderneming niet kunnen ontbreken.

Allereerst blijkt dat een onderneming zich beweegt in het economisch verkeer, wat impliceert dat zij een tegenprestatie ontvangt of wil ontvangen voor de door haar verrichte activiteiten en dat zij meer dan één afnemer van haar diensten en/of goederen heeft. Dit zal voor de maatschappelijke onderneming ook gelden. Het feit dat een tegenprestatie wordt verlangd sluit zowel fondsenwervende als charitatieve instellingen uit van de definitie van de maatschappelijke onderneming³⁴².

Voor iedere onderneming is voorts kenmerkend dat er een combinatie van arbeid en kapitaal in de onderneming aanwezig is. De context kan meebrengen dat de nadruk op hetzij het element arbeid (zoals in het medezeggenschapsrecht), hetzij het element kapitaal (zoals in fiscale regelgeving) komt te liggen, dit gaat echter nooit zover dat het andere element geëlimineerd kan worden. In de maatschappelijke onderneming dienen de elementen arbeid en kapitaal dan ook beide aanwijsbaar te zijn.

Een element dat in elk ondernemersbegrip genoemd of verondersteld wordt, is een zekere duurzaamheid van de activiteiten. Losse activiteiten, incidenten en

³⁴¹ Op de betekenis van de term ‘maatschappelijk belang’ wordt hierna in par. 3.5 ingegaan.

³⁴² Anders Laseur en Mars, die ook ‘goede doelen’ tot de maatschappelijke ondernemingen rekenen, uitgaande van een definitie waarvan deelname aan het economisch verkeer geen element is, zie Laseur c.s., blz. 427.

projecten zijn op zichzelf niet een onderneming, ook niet een maatschappelijke onderneming.

Een element dat vaak, doch niet altijd, in een definitie van een onderneming als noodzakelijk element naar voren komt, is de gerichtheid op economisch voordeel. In de fiscaliteit is het streven naar voordeel een essentieel element van de onderneming, hoewel daarop nuanceringen bestaan³⁴³. Ook in de meeste andere definities wordt een winsttoegmerk kenmerkend bevonden. In het medezeggenschapsrecht speelt de gerichtheid op voordeel daarentegen geen enkele rol, maar dat is een uitzondering die verklaarbaar is door de ruime toepassing van medezeggenschapsregelingen die door de wetgever destijds is beoogd. De hiervoor genoemde bedoeling om een tegenprestatie te ontvangen, brengt mee dat het streven naar economisch voordeel een element is van de definitie van de maatschappelijke onderneming.

Wat een maatschappelijke onderneming onderscheidt van andere ondernemingen is de gerichtheid op een maatschappelijk belang, dat wordt onderscheiden van de belangen van bij de maatschappelijke onderneming betrokken partijen. Die gerichtheid op het maatschappelijk belang kan dan ook niet in de definitie ontbreken.

Tenslotte dient de maatschappelijke onderneming te worden onderscheiden van overheidsorganen en – diensten. De maatschappelijke onderneming kent dan ook een privaatrechtelijke rechtsvorm.

Het vorenstaande overwegend omvat de definitie van de maatschappelijke onderneming de volgende elementen. De maatschappelijke onderneming is

- a. een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid;
- b. actief in het economisch verkeer;
- c. met het oogmerk een maatschappelijk belang te dienen.

In een volzin geformuleerd: een maatschappelijke onderneming is een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid, die een maatschappelijk belang dient door middel van deelname aan het economisch verkeer.

Hiervoor³⁴⁴ is de vraag opgeworpen of het maatschappelijk belang een grondwettelijke basis nodig heeft en aldus beperkt dient te blijven tot het terrein van de

³⁴³ Zoals bijvoorbeeld in artikel 4 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, waarin onder het drijven van een onderneming onder meer mede wordt verstaan een uiterlijk daarmee overeenkomende werkzaamheid waardoor in concurrentie wordt getreden met belastingplichtige personen of lichamen.

³⁴⁴ Zie par. 2.12.

sociale grondrechten. In de definitie is die beperking niet opgenomen. Ik kom daarop terug³⁴⁵.

Bij de bepaling van vorenstaande definitie heb ik de maatschappelijke onderneming benaderd als een specimen van het begrip onderneming, waarbij de maatschappelijke onderneming zich van andere ondernemingen onderscheidt door de gerichtheid op een maatschappelijk belang. Ik acht derhalve niet essentieel dat een maatschappelijke onderneming aanzienlijke financiële middelen ontvangt zonder tegenprestatie³⁴⁶ of in hoge mate gefinancierd wordt met publieke middelen³⁴⁷, dat de winst in het geheel niet wordt uitgekeerd³⁴⁸, dat er geen aanwijsbare eigenaren zijn die aanspraak kunnen maken op het eigen vermogen van de organisatie³⁴⁹. Deze eigenschappen kunnen in de praktijk veelvuldig bij maatschappelijke ondernemingen worden aangetroffen, hun afwezigheid verhindert een organisatie mijns inziens niet om maatschappelijke onderneming te zijn en zich als zodanig te presenteren. Een organisatie die haar inkomsten volledig genereert uit de exploitatie van haar activiteiten, kan in mijn definitie een maatschappelijke onderneming zijn³⁵⁰. Mijn definitie sluit voorts niet uit dat een maatschappelijke onderneming winst uitkeert en/of dat er ‘eigenaren’ zijn aan te wijzen die een aanspraak kunnen doen gelden op het eigen vermogen van de maatschappelijke onderneming, zij het dat die aanspraak wordt begrensd door het algemeen belang³⁵¹. Met andere woorden: maatschappelijk ondernemerschap is een vorm van ondernemerschap die op een specifieke wijze is gedisciplineerd³⁵².

De elementen van intern en extern toezicht en publieke (horizontale) verantwoording³⁵³ acht ik geen constitutieve kenmerken van de maatschappelijke

³⁴⁵ Zie par. 3.5.2 en par. 7.6.2.

³⁴⁶ Stevens (2011), blz. 14.

³⁴⁷ De Waal, aangehaald door Botter, zie Botter, blz. 23.

³⁴⁸ De Ru c.s., blz. 19.

³⁴⁹ Stevens (2011), blz. 15.

³⁵⁰ Zie hoofdstuk 5.

³⁵¹ Zie onder meer par. 4.10. Stevens wijst er op dat artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens toestaat dat een inbreuk op de eigendom wordt gemaakt door de wetgever in het algemeen belang, zie Stevens (2011), blz. 19. Mijns inziens is het zuiverder om de bevoegdheidsbeperkingen van ‘eigenaren’ van een maatschappelijke onderneming in dit licht te bezien, dan te stellen dat er geen sprake van eigenaarschap kan zijn.

³⁵² Vergelijk Houwen (2011), blz. 23.

³⁵³ Zoals benadrukt door Minderman, aangehaald door Botter, blz. 28. De nadruk die daarbij gelegd wordt op verankering en legitimatie vloeit voort uit een benadering waarin de maatschappelijke onderneming het gremium is dat de ruimte vult die een terugtrekkende overheid achterlaat. Dit leidt tot een beperktere opvatting van de maatschappelijke onderneming dan voor dit onderzoek wordt aangenomen.

onderneming, maar consequenties die de wetgever aan de hoedanigheid van maatschappelijke onderneming dient te verbinden³⁵⁴.

3.4 RECHTSPERSOONLIJKHEID

Rechtspersoonlijkheid is geen element van het ondernemingsbegrip, het is wel het eerste van de vijf elementen die door Kraakman c.s. zijn vastgesteld als basiskarakteristieken van de rechtsvorm van ondernemingen in de door hen onderzochte, wereldwijd gespreide, rechtsstelsels. Daarbij merkten zij op dat het ontbreken van één of meer van deze karakteristieken voortvloeit uit de keuze van de eigenaren/aandeelhouders. Voor wat betreft de maatschappelijke onderneming kunnen we stellen dat die keuze er niet is. De gerichtheid op een maatschappelijk belang brengt mee dat de maatschappelijke onderneming voldoende moet kunnen worden onderscheiden van de natuurlijke personen die daarbij betrokken zijn. Het is daarom noodzakelijk dat de maatschappelijke onderneming rechtspersoonlijkheid heeft. In termen van de principaal agent theorie: om agent te kunnen zijn met het maatschappelijk belang als principaal, dient de maatschappelijke onderneming rechtspersoonlijkheid te bezitten.

We spreken van rechtspersoonlijkheid, wanneer een entiteit drager is van rechten en verplichtingen, zonder een natuurlijk persoon te zijn³⁵⁵. Dit komt tot uitdrukking in artikel 2:5, Burgerlijk Wetboek: *Een rechtspersoon staat wat het vermogensrecht betreft, met een natuurlijk persoon gelijk, tenzij uit de wet het tegendeel blijkt.*

Rechtspersoonlijkheid brengt mee dat enerzijds het vermogen van de rechtspersoon uitsluitend aan de schuldeisers van de rechtspersoon ten dienste staat als verhaalsobject en dat anderzijds het vermogen van de bij de rechtspersoon betrokken personen niet als verhaalsobject beschikbaar is voor de schuldeisers van de rechtspersoon, maar uitsluitend voor de privé schuldeisers. Dit stelsel leidt gewoonlijk tot een verbetering van de kredietwaardigheid van zowel de rechtspersoon als van de privé personen³⁵⁶.

De wet kent rechtspersoonlijkheid toe aan de Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, alle lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend. Andere overheidslichamen bezitten rechtspersoonlijkheid indien dit volgt uit het bij of krachtens de wet bepaalde³⁵⁷. Voorts wordt rechtspersoonlijkheid toegekend aan kerkgenootschappen, hun zelfstandige

³⁵⁴ Zie onder meer par. 7.5, 7.8.3 en 7.8.7.

³⁵⁵ Zie ook Kraakman c.s., blz. 7. Kraakman c.s. maken onderscheid tussen sterke en zwakke rechtspersoonlijkheid, waarbij sterke rechtspersoonlijkheid wordt gekenmerkt doordat de deelgenoten c.q. hun schuldeisers niet de ontbinding van de rechtspersoon kunnen vorderen. Indien ontbinding van de rechtspersoon door aandeelhouders/leden c.q. hun schuldeisers wel gevorderd kan worden, is sprake van zwakke rechtspersoonlijkheid. Dit onderscheid wordt in het Nederlandse recht niet gemaakt en voor zover mij bekend door niemand bepleit.

³⁵⁶ Kraakman c.s., blz. 9.

³⁵⁷ Artikel 2:1, Burgerlijk Wetboek.

onderdelen en de lichamen waarin zij zijn verenigd³⁵⁸. Tenslotte wordt rechtspersoonlijkheid toegekend aan verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en stichtingen³⁵⁹.

Alle vormen van rechtspersoonlijkheid vinden hun oorsprong in hetzij associatie, dat is samenwerking van mensen met een bepaald doel (verenigingen, vennootschappen, maar ook kerkgenootschappen en overheidslichamen), hetzij bestemming van middelen voor een bepaald doel (stichtingen). Vaak zijn beide elementen aanwezig, omdat vrijwel steeds zowel arbeid als kapitaal nodig zijn voor de verwezenlijking van het gestelde doel. Tegelijkertijd zijn deze elementen niet constitutief, want bijvoorbeeld de maatschap en de vennootschap onder firma kennen beide elementen: het zijn samenwerkingsverbanden van mensen en ze hebben een afgescheiden vermogen. Toch hebben ze onder de huidige stand van wetgeving geen rechtspersoonlijkheid³⁶⁰, omdat de wetgever geen rechtspersoonlijkheid toekent.

We kunnen derhalve stellen dat de rechtspersoon een eenduidige oorsprong heeft. In de loop der tijd is het gekomen tot codificatie en daarmee tot differentiatie van rechtsvormen. En zo kennen we thans de stichting zonder leden, de vereniging met leden zonder winstoogmerk, de coöperatie met leden met winstoogmerk, de N.V. en B.V. met aandeelhouders, de maatschap zonder bedrijf, de vennootschap onder firma met een bedrijf onder een gemeenschappelijke naam en de commanditaire vennootschap met stille vennoten. Het onderscheid tussen de diverse rechtsvormen verloopt steeds meer vloeiend. Het assortiment rechtsvormen heeft zich ontwikkeld tot een collectie confectie, waaruit een keuze kan worden gemaakt³⁶¹. De notaris snijdt de gekozen rechtsvorm vervolgens op maat, waarbij vaak meerdere rechtsvormen mogelijkheden bieden om tot het gewenste eindresultaat te komen. In het wetsvoorstel werd dan ook geen nieuwe rechtsvorm voorgesteld, maar een modaliteit van bestaande rechtsvormen. De wetgever achtte de ontwikkeling van een geheel nieuwe rechtsvorm kennelijk niet nodig, mede nadat was gebleken dat vanuit de praktijk niet om een nieuwe rechtsvorm werd gevraagd³⁶².

Vorenstaande beschrijving van de ontwikkeling naar differentiatie betreft de privaatrechtelijke rechtsvormen. De vormgeving van publiekrechtelijke rechtspersonen is in Nederland minder ver ontwikkeld, een generieke regeling zoals Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek is er niet voor publiekrechtelijke rechtspersonen.

³⁵⁸ Artikel 2:2, Burgerlijk Wetboek.

³⁵⁹ Artikel 2:3, Burgerlijk Wetboek.

³⁶⁰ Wetsvoorstel 28746 tot invoering van Titel 7.13, Burgerlijk Wetboek, maakt onderscheid tussen openbare en stille vennootschappen. De openbare vennootschap krijgt in dit wetsvoorstel de keuze tussen het al dan niet aannemen van rechtspersoonlijkheid.

³⁶¹ Zaman, blz. 12.

³⁶² Zie par. 2.10, 2.11 en 2.12.

Voor de overheid brengt de oprichting van een aparte rechtspersoon mee, dat er jaarlijkse een aparte begroting en verantwoording gemaakt dienen te worden. Daarom is de oprichting van rechtspersonen door de overheid altijd ontmoedigd, met als gevolg dat het gemakkelijker is om een privaatrechtelijke figuur op te richten dan een publiekrechtelijke³⁶³. Scheltema ziet argumenten om ten behoeve van de maatschappelijke onderneming te kiezen voor een publiekrechtelijke rechtsvorm, omdat de maatschappelijke onderneming publieke taken uitoefent en in het publiekrecht meer dan in het privaatrecht oog is voor inspraak in en verantwoording van inhoudelijk beleid³⁶⁴. Tot op zekere hoogte sluit de minister hier bij aan, wanneer hij stelt dat ook ten aanzien van de M.O. en de M.O.W. de door de overheid zich gestelde publieke belangen gezekerd dienen te worden langs publiekrechtelijke weg³⁶⁵. Mijns inziens is het wel mogelijk om publiekrechtelijke thema's een plaats geven in de vormgeving van een privaatrechtelijke rechtspersoon. Dat wordt niet zozeer belemmerd door het privaatrechtelijk karakter van de rechtsvorm als wel door de – door Scheltema terecht gesignaleerde – waterscheiding tussen de beoefenaars van het privaatrecht enerzijds en van het publiekrecht anderzijds. Een publiekrechtelijke rechtsvorm is niet noodzakelijk voor de door de minister bedoelde waarborgen. Een publiekrechtelijke rechtsvorm heeft als nadeel dat slechts de overheid tot oprichting kan overgaan, terwijl maatschappelijke ondernemingen veelal voortkomen uit particulier initiatief en het concept van de maatschappelijke onderneming juist mede bedoeld was om ruimte aan particulier initiatief te verlenen en zo de overheid te ontlasten. Daarnaast is financiering van een publiekrechtelijke rechtspersoon met privaatrechtelijk risicodragend vermogen – en de daarbij horende zeggenschap van investeerders – niet goed denkbaar. Ik kom hier niet op terug.

3.5 DOEL – HET TE DIENEN BELANG

3.5.1. *Het statutaire doel*

De statuten van iedere privaatrechtelijke rechtspersoon naar Nederlands recht dienen het doel van de rechtspersoon te omschrijven.³⁶⁶ Voor iedere rechtsvorm geldt, dat het doel niet in strijd mag zijn met de openbare orde³⁶⁷.

³⁶³ Zie Scheltema (2007), blz. 588.

³⁶⁴ Scheltema (2007), blz. 589, waarbij hij wel opmerkt dat op dit moment de keuze voor een privaatrechtelijke rechtsvorm een juiste is, omdat het publiekrecht nog niet goed ontwikkeld is op dit punt.

³⁶⁵ MvT, blz. 43.

³⁶⁶ Zie onder meer artikel 2:27 lid 3, artikel 2:66 lid 1, artikel 2:177 lid 1 en 2:186 lid 4, Burgerlijk Wetboek.

³⁶⁷ Artikel 2:20 lid 1, Burgerlijk Wetboek.

De doelomschrijving van de rechtspersoon heeft een tweeledige strekking. Ten eerste wijst het datgene aan waarop het bestaan van de rechtspersoon gericht is en waarop derhalve het handelen van de organen van de rechtspersoon gericht dient te zijn. Ten tweede schept de doelomschrijving een kader waarbinnen het handelen van de rechtspersoon en haar organen zich dient te bewegen. In de statuten van verenigingen en stichtingen kunnen beide genoemde elementen zichtbaar worden gemaakt door eerst in een artikel of artikellid het ‘doel’ (in de zin van gerichtheid, abstract) van de rechtspersoon te omschrijven en in een volgend artikel of artikellid de ‘middelen’ (dat is het doel als handelingskader, concreet).

Bij de naamloze vennootschap en bij de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid heeft de statutaire doelomschrijving vooral de laatstgenoemde strekking: het in concreto omschrijven van de werkzaamheden waarvoor de rechtspersoon is opgericht. Het doel, in de zin van de gerichtheid van het handelen, is namelijk voor iedere naamloze en besloten vennootschap naar haar aard hetzelfde, namelijk het behalen van winst ten behoeve van de aandeelhouders³⁶⁸. Hoe de statutaire doelstelling ook is omschreven, de vennootschap zal vroeg of laat haar activiteiten staken indien deze structureel niet winstgevend blijken te zijn.

Uit dit laatste blijkt tevens dat de formulering van de doelomschrijving wordt beïnvloed door de gekozen rechtsvorm. We zien dat terug bij de rechtsvormen die geen aandeelhouders hebben, maar leden³⁶⁹. Zo dient een coöperatie zich ten doel te stellen te voorzien in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden, krachtens overeenkomsten, anders dan van verzekering³⁷⁰. Een onderlinge waarborgmaatschappij is verplicht om zich ten doel te stellen: het sluiten van verzekeringsovereenkomsten³⁷¹. Het doel van een ‘gewone’ vereniging mag daarentegen niet beantwoorden aan de omschrijving van artikel 2:53, lid 1 of lid 2, Burgerlijk Wetboek³⁷². We stuiten hier op een interessant gegeven: de wetgever onderscheidt drie verschillende rechtsvormen, die bij nader inzien species van dezelfde rechtsvorm zijn, namelijk de vereniging³⁷³. Het onderscheid tussen vereniging,

³⁶⁸ Zie Van der Heijden/Van der Grinten, nr. 78.

³⁶⁹ Het kenmerkende verschil tussen aandeelhouders en leden is het al dan niet aanwezig zijn van deelname in het kapitaal. Voor aandeelhouders vloeit uit hun relatie met de rechtspersoon voort dat zij kapitaal aan de rechtspersoon verschaffen en dat zij op grond daarvan medegerechtigd zijn tot de winstuitkeringen en tot het liquidatiesaldo van de rechtspersoon. Leden nemen niet deel in het kapitaal van de rechtspersoon. Het onderscheid is niet altijd scherp, zie bijvoorbeeld artikel 2:62 sub c, Burgerlijk Wetboek. Ik kom daar op terug.

³⁷⁰ Artikel 2:53 lid 1, Burgerlijk Wetboek.

³⁷¹ Artikel 2:53 lid 2, Burgerlijk Wetboek.

³⁷² Artikel 2:26 lid 1, Burgerlijk Wetboek.

³⁷³ De wetgever is zich hiervan bewust geweest, blijkens de redactie van artikel 2:53 leden 1 en 2, Burgerlijk Wetboek, waar een coöperatie respectievelijk een onderlinge waarborgmaatschappij worden gedefinieerd als een als zodanig opgerichte vereniging.

coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij wordt bepaald door de statutaire doelstelling. De kenmerkende doelstelling van de onderlinge waarborgmaatschappij is uitgesloten als doelstelling van een vereniging of een coöperatie. Hetzelfde geldt mutatis mutandis voor het statutaire doel van de coöperatie. Ik wijs er op dat soms in specifieke wet- en regelgeving eisen worden gesteld aan de statutaire doelomschrijving van een rechtspersoon. Als voorbeeld noem ik de Natuurschoonwet 1928, die als voorwaarde voor de toepassing van bepaalde fiscale faciliteiten stelt, dat het doel en de feitelijke werkzaamheid van een N.V. of B.V. uitsluitend of hoofdzakelijk dienen te bestaan uit de instandhouding en exploitatie van onroerende zaken als landgoederen. Een ander voorbeeld was te vinden in de Wet op belastingen van rechtsverkeer, waarin tot voor kort een vrijstelling van overdrachtsbelasting mogelijk werd gemaakt voor de verkrijging van monumenten door in Nederland gevestigde rechtspersonen, die naar het oordeel van de Minister van Financiën hoofdzakelijk de instandhouding van monumenten ten doel hebben³⁷⁴.

De doelomschrijving van de stichting kent slechts een negatief geformuleerde beperking: de stichting mag geen uitkeringen doen aan oprichters of aan degenen die deel uitmaken van haar organen. Aan anderen mag de stichting slechts uitkeringen doen met een ideële of sociale strekking³⁷⁵. Een stichting kan derhalve zowel een algemeen als een particulier belang nastreven. Een stichting kan een not for profit doelstelling hebben, maar een stichting kan naar Nederlands recht evenzeer een onderneming uitoefenen³⁷⁶. Behoudens het bepaalde in artikel 2:20, Burgerlijk Wetboek, zijn de mogelijkheden voor een stichting onbeperkt als het gaat om de keuze van haar activiteiten en de wijze waarop zij vermogen wil verwerven. De stichting loopt slechts tegen wettelijke grenzen aan, wanneer zij vermogen wil uitkeren. Het vermogen van de stichting mag slechts worden aangewend ten behoeve van haar doelstelling. Zolang die aanwending van vermogen plaatsvindt binnen de eigen activiteiten van de rechtspersoon, zijn de mogelijkheden onbeperkt. Zodra vermogen wordt aangewend voor uitkering aan derden dient de begrenzing van artikel 2:285 lid 3, Burgerlijk Wetboek, in acht te worden genomen. De uitkeringen dienen een sociale of ideële strekking te hebben, waarbij oprichters en degenen die deel uitmaken van organen van de stichting als begunstigde zijn uitgesloten³⁷⁷.

3.5.2. Het te dienen belang

Het vorenstaande is relevant in verband met de maatschappelijke onderneming, omdat ook de maatschappelijke onderneming – volgens het wetsvoorstel – wordt

³⁷⁴ Artikel 15 lid 1 letter p, Wet op belastingen van rechtsverkeer. Deze vrijstelling is komen te vervallen per 1 januari 2010.

³⁷⁵ Artikel 2:285 lid 3, Burgerlijk Wetboek.

³⁷⁶ Zie verder Zaman (2011), blz. 100.

³⁷⁷ Meer hierover bij Hendriks, blz. 111 e.v.

gekenmerkt door een bepaald doel, namelijk een maatschappelijk belang. Het wetsvoorstel bevat de bepaling dat de maatschappelijke onderneming “een of meer ondernemingen of instellingen in stand (moet) houden en zich blijkens de statuten ten doel stellen diensten te leveren of werkzaamheden te verrichten die specifiek en uitsluitend zijn gericht op het daarmee gediende maatschappelijk belang.”³⁷⁸

Deze zinsnede komt vrijwel letterlijk uit het rapport van de projectgroep Maatschappelijke onderneming, zij het met één markant verschil: Wijffels c.s. spreken van ‘publieke belang’ in plaats van ‘maatschappelijk belang’. Daarbij stelt Wijffels dat het aan de politiek is om te bepalen wat een publiek belang precies is en hoe dat het beste kan worden geborgd³⁷⁹. Ten opzichte van Wijffels heeft de minister een gedachtesprong gemaakt, door er van uit te gaan dat het ‘maatschappelijk belang’ onderscheiden kan worden van het ‘publieke belang’. De overheid dient het publieke belang na te streven met publiekrechtelijke middelen, ten aanzien van de maatschappelijke onderneming zou dit niet anders zijn³⁸⁰, het maatschappelijk belang zou meeromvattend zijn dan het publiek belang. Voor Wijffels echter zijn de begrippen ‘maatschappelijk belang’ en ‘publiek belang’ kennelijk uitwisselbaar. Een derde begrip dat hier opgeld doet, is ‘algemeen belang’. De inhoud van deze drie begrippen, en daarmee ook hun onderscheid, is niet scherp omlind. Schlössels c.s. wijzen er op dat de overheid uitsluitend het algemeen belang mag dienen³⁸¹ en dat zij dat belang ook moet dienen, als zijnde haar enige bestaansgrond³⁸². De inhoud van het algemeen belang staat niet vast en dient telkens opnieuw door de overheid zelf geïdentificeerd te worden. Vast staat slechts dat het algemeen belang zich onderscheidt van particuliere belangen³⁸³, waarbij echter niet is uitgesloten dat één of meer particuliere belangen op enig moment deel uitmaken van het algemeen belang³⁸⁴. Dommering signaleerde reeds dat diverse synoniemen voor de term ‘algemeen belang’ door elkaar gebruikt worden, ook door de wetgever. Dat algemeen belang onderscheidt hij uitdrukkelijk van het ‘groepsbelang’. Een algemeen belang is in de optiek van Dommering een belang dat de gemeenschap als geheel of grote groepen van leden van de gemeenschap raakt, dan wel door de overheid of een groep leden zodanig wordt opgevat³⁸⁵. De overheid kan zich de behartiging van een algemeen belang aantrekken, maar ook particulieren of particuliere or-

³⁷⁸ Artikel 2:26a, lid 1 en artikel 2:285a, lid 1, Wetsvoorstel (2009).

³⁷⁹ Wijffels, blz. 3, zie ook SER (2005), blz. 23, waarbij wordt gewezen op artikel 22 en 23 van Grondwet, die volksgezondheid, volkshuisvesting en onderwijs aan de zorg van de overheid opdragen.

³⁸⁰ Zie MvT, blz. 43.

³⁸¹ Schlössels c.s., blz. 9.

³⁸² Schlössels c.s., blz. 326.

³⁸³ Zie ook Idsinga, blz. 158, die verwijst naar een uitspraak van de Hoge Raad van 14 maart 1925.

³⁸⁴ Schlössels c.s., blz. 9.

³⁸⁵ Dommering, blz. 2-3.

organisaties kunnen zich een algemeen belang aantrekken. De kans bestaat dat het desbetreffende belang zich daardoor ontwikkelt tot een groepsbelang. Dommering verstaat daarom onder een algemeen belang een belang dat de overheid zich aantrekt of een belang dat een groep zich aantrekt, maar dat niet in alle situaties tot het belang van die groep is beperkt³⁸⁶. De term ‘groepsbelang’ speelt in de discussie rond de maatschappelijke onderneming niet of nauwelijks een rol. Wel is het van belang om vast te stellen dat het niet exclusief aan de overheid is voorbehouden om te bepalen wat al dan niet tot het ‘algemeen belang’ behoort. Ook andere personen en organisaties dienen te kunnen handelen in het algemeen belang. Maatschappelijke ontwikkelingen zou den onnodig worden afgeremd indien zij daarbij van de overheid afhankelijk zouden zijn.

Het gegeven dat niet alleen de overheid, maar ook de opvatting van een groep kan maken dat een belang als algemeen belang aangemerkt kan worden, brengt mee dat verankering in de Grondwet geen voorwaarde is voor de toelaatbaarheid van het door een maatschappelijke onderneming in haar statuten geformuleerde maatschappelijk belang. Het maatschappelijk belang is daarmee een open norm, die de ruimte biedt om recht te doen aan maatschappelijke ontwikkelingen en aan de grote diversiteit van praktijkgevallen³⁸⁷. Van de andere kant benaderd, kan wel gesteld worden dat de door de grondwetgever geformuleerde sociale grondrechten per definitie een maatschappelijk belang weergeven. Het vorenstaande sluit aan bij de benadering van de regering³⁸⁸.

In de Memorie van Toelichting bij het Voorontwerp wordt het verrichten van maatschappelijke diensten als doelstelling gesteld tegenover het doen van winstuitkeringen aan betrokkenen. Terecht wordt daar echter aan toegevoegd dat tal van maatschappelijke diensten worden verricht door instellingen die wel op winst gericht zijn. Daarmee rijst de vraag of het verrichten van maatschappelijke diensten en het doen van winstuitkeringen wel tegenover elkaar geplaatst kunnen worden als elkaar uitsluitende grootheden. We kunnen de vraag ook anders stellen. Er worden hier kennelijk twee kenmerken naast elkaar gezet. Ten eerste en positief kenmerk – de gerichtheid op een maatschappelijk belang – en ten tweede een negatief kenmerk – geen uitkering van winst. Is het positieve kenmerk onvoldoende om de maatschappelijke onderneming te karakteriseren en is het negatieve kenmerk derhalve nodig om de maatschappelijke onderneming van andere rechtsvormen te onderscheiden? Dit vraagstuk komt terug in paragraaf 7.7 en paragraaf 7.8.4.

³⁸⁶ Dommering, blz. 6.

³⁸⁷ Memelink, blz. 48 en blz. 372.

³⁸⁸ Zie par. 2.12, alwaar wordt verwezen naar MvT (2008) en MvT (2009).

De Memorie van Toelichting meldt met zoveel woorden dat de aard van de maatschappelijke diensten wettelijk onbepaald is, maar niet mag bestaan in het doen van uitkeringen aan oprichters, bestuurders, kapitaalverschaffers of andere belanghebbenden³⁸⁹. Waar Wijffels c.s. dus nog een invulling van een begrip door de politiek verlangen of verwachten, gaat het wetsvoorstel hier geheel aan voorbij. Van der Ploeg wijst op de discrepantie die bestaat tussen het maatschappelijk belang en het statutaire doel van de rechtspersoon als maatstaven voor het handelen van de rechtspersoon. Het belang van de rechtspersoon vloeit immers voort uit haar statutaire doel en dat belang hoeft niet samen te vallen met het maatschappelijk belang, zelfs niet als het statutaire doel naar het maatschappelijk belang verwijst³⁹⁰.

De WRR gebruikt de term ‘algemeen belang’ en wijst er op dat de maatschappelijke dienstverlening naast het algemene belang ook vele belanghebbenden met verschillende belangen kent³⁹¹. Dat maakt de afgrenzing moeilijk. Boeiend is in dit verband de eerste stelling bij de dissertatie van Balkenende: “*De aanduiding ‘maatschappelijk middenveld’ heeft onvoldoende onderscheidend vermogen en is daarom niet geschikt voor juridisch spraakgebruik*”³⁹². Balkenende signaleert dat de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke sfeer soms in elkaar overgaan, hij neemt zijn uitgangspunt daarom niet in het te regelen belang, maar in de diverse partijen die bij de vorm- en regelgeving betrokken zijn³⁹³.

Dat de definitie van het publiek belang niet is uitgekristalliseerd, is meer recent nog gebleken bij de totstandkoming van de Wet normering topinkomens³⁹⁴. De Raad van State adviseerde om in het kader van die wet het publieke belang niet als zelfstandig criterium te hanteren. De raad wijst er op dat het publieke belang op vele manieren kan worden gediend³⁹⁵, welke constatering congruent is aan de hiervoor vermelde overwegingen van de WRR met betrekking tot het algemeen belang. Ten aanzien van de maatschappelijke onderneming moeten we dan ook vaststellen dat een element van de definitie – namelijk het element maatschappelijk belang-, zoals hiervoor geformuleerd³⁹⁶, geen vastomlijnde inhoud heeft. Het is bovendien dien waarschijnlijk dat het begrip maatschappelijk belang een vastomlijnde inhoud zal krijgen, omdat die inhoud in beweging zal blijven onder invloed van politieke krachtsverhoudingen³⁹⁷.

³⁸⁹ Voorontwerp (2008), Memorie van toelichting.

³⁹⁰ Van der Ploeg (2008), blz. 122 e.v.

³⁹¹ WRR, blz. 22.

³⁹² Balkenende (1992), blz. 15 e.v. en bijlage Stellingen.

³⁹³ Zie Balkenende, blz. 19.

³⁹⁴ Wetsvoorstel 32600, wet geworden op 15 november 2012, Staatsblad 2012, nr 583, van kracht per 1 januari 2013.

³⁹⁵ Kamerstukken TK 32600 nr. 4, blz. 8.

³⁹⁶ Zie par. 3.3.5.

³⁹⁷ Zie Stevens (2011), blz. 25 e.v.

De doelstelling van een rechtspersoon kan doorslaggevende betekenis hebben voor beslissingen omtrent de continuïteit van activiteiten. Indien een organisatie is gericht op het behalen van winst, zal zij activiteiten staken die geen winst maken en ook niet het vooruitzicht op winst hebben. Zij zal nieuwe activiteiten starten, als en omdat er een winstverwachting is. Indien de organisatie daarentegen is gericht op het maatschappelijk belang, zal zij verliesgevende activiteiten voortzetten indien daar in haar ogen een maatschappelijk belang mee is gediend. Zij zal nieuwe activiteiten trachten te starten indien dat past in haar maatschappelijke doelstelling en zij de benodigde middelen beschikbaar heeft, ongeacht de vraag of de activiteit ooit winstgevend zal zijn. Dit neemt uiteraard niet weg dat de maatschappelijke onderneming een vorm van financiering voor al haar activiteiten nodig heeft en dat private investeerders – misschien op lange termijn, maar toch – rendement op hun investering verlangen.

Het belang van de doelomschrijving wordt mede bepaald door de toelaatbaarheid van wijziging van het doel van een rechtspersoon. Bij de naamloze en besloten vennootschap wordt algemeen aanvaard dat de doelomschrijving door middel van een statutenwijziging mag worden aangepast of zelfs mag worden vervangen door een totaal andere doelomschrijving³⁹⁸. Bij een vereniging is dat eveneens het geval, in ieder geval indien alle leden daarmee instemmen³⁹⁹. Bij een stichting moet de bevoegdheid tot statutenwijziging – en daarmee eventueel tot wijziging van het doel – uitdrukkelijk zijn toegekend in de statuten⁴⁰⁰. En dan nog dient deze bevoegdheid restrictief te worden opgevat, zeker waar het het doel van de stichting betreft. De oprichters van de stichting hebben immers vermogen afgezonderd met een bepaald doel, dat niet door een statutenwijziging gefrustreerd mag worden. Denkbaar is slechts dat de doelstelling op grond van gewijzigde omstandigheden wordt aangepast, maar dan toch altijd zo dat de strekking van het oorspronkelijke doel zoveel mogelijk gehandhaafd blijft⁴⁰¹.

De vraag rijst of en in hoeverre bij een maatschappelijke onderneming wijziging van het doel geoorloofd kan zijn en welke rol de belanghebbenden daarin dienen te spelen. In het verlengde daarvan ligt de vraag of een maatschappelijke onderneming als gevolg van een wijziging van haar doel haar maatschappelijke karakter – de gerichtheid op een maatschappelijk belang – zou mogen prijsgeven. Een wettelijke regeling kan op dit punt aansluiting zoeken bij de regeling van artikel 2:18, Burgerlijk Wetboek, voor wat betreft de omzetting van een stichting in een andere rechtsvorm. De statuten van de rechtspersoon dienen een bepaling te bevatten, inhoudend dat het vermogen van de rechtspersoon ten tijde van de omzetting slechts met rechterlijke machtiging anders mag worden aangewend

³⁹⁸ Zie Van der Heijden/Van der Grinten, nr. 78.

³⁹⁹ Artikel 2:43 lid 4, Burgerlijk Wetboek.

⁴⁰⁰ Artikel 2: 293, Burgerlijk Wetboek.

⁴⁰¹ Zie Dijk/Van der Ploeg, blz. 238, alwaar ook een verwijzing naar anderen.

dan ten behoeve van het doel van de stichting, zoals dat luidde voor het moment van omzetting⁴⁰². Een analoge bepaling ten gunste van het op het maatschappelijk belang gerichte doel zou voorgeschreven kunnen worden voor de maatschappelijke onderneming die haar gerichtheid op het maatschappelijk belang aflegt. Het vermogen van de maatschappelijke onderneming is immers ooit verworven – wellicht zelfs beschikbaar gesteld – met het oog op dat maatschappelijk belang.

3.6 BESTUUR

Iedere rechtspersoon dient te worden bestuurd⁴⁰³. De term ‘besturen’ wordt in de wet niet gedefinieerd, maar aangenomen wordt dat de bestuurstaak heel breed is en alles omvat wat nodig is om de rechtspersoon te laten deelnemen aan het rechtsverkeer, zoals het beschikken over het vermogen van de rechtspersoon en het bepalen van de activiteiten. Het besturen van de rechtspersoon is de taak van het bestuursorgaan. Het besturen is zowel het recht als de plicht van het bestuur⁴⁰⁴. De Code ‘Tabaksblat’ rekt tot het besturen in ieder geval de verantwoordelijkheid voor het realiseren van de doelstellingen van de rechtspersoon, de strategie, het beleid en de resultaten, naleving van wetten en regels, risico-beheersing en de financiering van de rechtspersoon⁴⁰⁵. Kraakman c.s. zien vier basiskennmerken voor bestuursorganen:

1. Het bestuur (de ‘board’) dient te worden onderscheiden van het operationele management van de rechtspersoon, hoewel zij geheel of ten dele kunnen samenvallen⁴⁰⁶.
2. Het bestuur dient te worden onderscheiden van de leden- c.q. aandeelhoudersvergadering. Het aantal leden c.q. aandeelhouders is in principe onbeperkt, bestuur daarentegen heeft een zekere mate van centralisatie nodig.
3. Het bestuur, althans een substantieel deel daarvan, wordt benoemd door de leden c.q. aandeelhouders.
4. Het bestuur is in beginsel meerhoofdig. Een eenhoofdig bestuur is een uitzondering die de wet moet toestaan⁴⁰⁷.

3.6.1. Het bestuur ten opzichte van andere organen

Bij verenigingen en kapitaalvennootschappen is het bestuursorgaan onderscheiden van de algemene vergadering van leden c.q. aandeelhouders. Een stichting

⁴⁰² Zie Snijders-Kuiper voor de effectiviteit van deze bepaling in de praktijk. Uniformiteit van regelgeving verhoogt evenwel de beheersbaarheid in het algemeen.

⁴⁰³ Asser-Maeijer, nummer 38.

⁴⁰⁴ Artikel 2:9 Burgerlijk Wetboek, zie ook Glasz/Beckman, blz. 54 en Asser-Maeijer, nr 38.

⁴⁰⁵ CGC, II.1, zie hoofdstuk 4.

⁴⁰⁶ Commissarissen worden aldus door Kraakman c.s. wel gerekend tot het bestuur, maar niet tot het management van de rechtspersoon.

⁴⁰⁷ Kraakman c.s., blz. 11 e.v. Ik merk in dit verband nogmaals op dat Kraakman c.s. de toezichthoudende rol van commissarissen beschouwen als onderdeel van de bestuurstaak.

kan bestaan met een bestuur als enig orgaan, in dat geval dient het besturen noodzakelijk te bestaan uit alle handelingen die nodig zijn om de rechtspersoon te laten functioneren. Indien een rechtspersoon meer organen heeft, zijn er bevoegdheden die aan andere organen dan het bestuur toekomen. Uit het vorenstaande volgt dat de aanwezigheid van meerdere organen in een rechtspersoon altijd een beperking van de bestuursbevoegdheid met zich meebrengt: de bevoegdheden die de wet en/of de statuten toekennen aan andere organen zouden bij afwezigheid van een andersluidende regeling toekomen aan het bestuur. Weliswaar wordt gesteld dat in het verenigingsrecht en het vennootschapsrecht twee open einden voorkomen, aangezien aan de algemene vergadering alle bevoegdheden zouden toekomen die niet door de wet of de statuten aan andere organen zijn opgedragen⁴⁰⁸. Op deze bepaling wordt de opvatting gebaseerd dat de statuten de bestuurstaak niet alleen kunnen beperken maar ook uitbreiden⁴⁰⁹. Het is echter een open vraag welke niet in de wet of de statuten benoemde bevoegdheden niet tot de bestuurstaak zouden behoren⁴¹⁰, zij het dat kan worden aangenomen dat niet tot het bestuur behoort het beschikken over de rechtspersoon zelf. Met dit laatste wordt bedoeld: het wijzigen van de structuur en inrichting van de rechtspersoon of de rechtspersoon in een toestand van afhankelijkheid brengen⁴¹¹. Bij de stichting kunnen deze bevoegdheden wel aan het bestuur toekomen, maar slechts doordat de statuten die bevoegdheid aan het bestuur toekennen (bijvoorbeeld blijkend uit de bevoegdheid tot statutenwijziging) en – zoals hiervoor opgemerkt – dan nog dient die bevoegdheid restrictief te worden uitgelegd.

3.6.2. Samenstelling

De wet gaat er van uit, dat het besturen van de rechtspersoon wordt opgedragen aan één orgaan: het bestuur. In het algemeen deel van Boek 2, Burgerlijk Wetboek, wordt het bestuur als orgaan genoemd in artikel 10. De individuele bestuurder wordt genoemd in artikel 9 en in artikel 11.

Het Burgerlijk Wetboek geeft geen regels omtrent het aantal leden van het bestuur⁴¹². In bijzondere wetten worden soms voorschriften gegeven.

De statuten van de rechtspersoon kunnen bepalingen bevatten omtrent het aantal bestuurders. Het aantal bestuurders kan in de statuten gefixeerd worden. Vaker komt het voor dat de statuten een minimum of een maximum aantal bestuurders bepalen, of een combinatie van beide. Indien het aantal bestuurders niet in de statuten is vastgelegd, dan wordt het aantal bestuurders vastgesteld door het orgaan dat tot benoeming bevoegd is, tenzij de statuten een ander

⁴⁰⁸ Artikel 2:40 lid 1, artikel 2:107 lid 1, artikel 2:217 lid 1, Burgerlijk Wetboek.

⁴⁰⁹ Zie bijvoorbeeld Sanders/Westbroek, blz. 160.

⁴¹⁰ Zie Asser-Maeijer, nr. 317 en ook Dijk/Van der Ploeg, blz. 181.

⁴¹¹ Zie Van der Heijden/Van der Grinten, nr. 231.

⁴¹² Asser-Maeijer, nummer 41.

orgaan aanwijzen. Uiteraard dienen daarbij altijd de door de statuten gegeven begrenzingen in acht te worden genomen. Indien niet het voorgeschreven aantal minimum bestuurders wordt benoemd, kan dat worden aangemerkt als wanbeleid. Besluiten tot benoeming van meer bestuurders dan de statuten toestaan, zijn nietig⁴¹³.

3.6.3. Benoeming

Bij vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij hebben de leden dwingendrechtelijk invloed op de samenstelling van het bestuur. In beginsel worden alle bestuursleden benoemd door de algemene vergadering. Beperking van deze bevoegdheid van de algemene vergadering is slechts in beperkte mate mogelijk⁴¹⁴. De statuten kunnen namelijk een afwijkende regeling geven, maar deze dient zodanig te zijn dat elk lid middellijk of onmiddellijk aan de stemming over benoemingsbesluiten kan deelnemen⁴¹⁵. Het is mogelijk om in de statuten te bepalen dat één of meer bestuursleden door anderen dan de leden worden benoemd, doch dit mag slechts een minderheid van de bestuursleden betreffen⁴¹⁶. Bij de naamloze vennootschap en bij de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid worden de bestuurders in beginsel benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders. De statuten mogen eisen stellen waaraan te benoemen bestuurders dienen te voldoen, maar de algemene vergadering van aandeelhouders heeft dwingendrechtelijk de bevoegdheid om die eisen te negeren, mits met twee/derde van de uitgebrachte stemmen, vertegenwoordigende meer dan de helft van het geplaatste kapitaal⁴¹⁷. Voordrachten van te benoemen bestuurders zijn slechts bindend indien de statuten een voordrachtsrecht hebben toegekend. Dan nog is een enkelvoudige voordracht niet bindend en aan een meervoudige voordracht kan de algemene vergadering het bindend karakter ontnemen, mits met twee/derde van de uitgebrachte stemmen, vertegenwoordigende meer dan de helft van het geplaatste kapitaal⁴¹⁸.

Een fundamenteel andere wijze van benoemen geldt voor de grote naamloze vennootschap en de grote besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, zoals die geregeld zijn in de Afdelingen 6 van respectievelijk Titel 4 respectievelijk Titel 5 van Boek 2, Burgerlijk Wetboek (het zogenaamde structuurregime). De benoeming van bestuurders vindt daar plaats door de raad van commissarissen. Dat wil echter niet zeggen dat de benoeming van bestuurders geheel buiten de aandeelhouders om kan plaatsvinden, want de raad van commissarissen

⁴¹³ Zie ook Van der Heijden/Van der Grinten, nr. 234.

⁴¹⁴ Ik ga hier voorbij aan artikel 2:63f, Burgerlijk Wetboek, waar voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij het zogenaamde structuurregime is geregeld.

⁴¹⁵ Artikel 2:37 lid 2, Burgerlijk Wetboek.

⁴¹⁶ Artikel 2:27 lid 3, Burgerlijk Wetboek

⁴¹⁷ Artikel 2:132 respectievelijk artikel 2:242, Burgerlijk Wetboek.

⁴¹⁸ Artikel 2:133 respectievelijk artikel 2:243, Burgerlijk Wetboek.

dient aan de algemene vergadering ieder voornemen tot benoeming kenbaar te maken⁴¹⁹.

Bij de stichting ontbreekt nagenoeg iedere wettelijke regeling omtrent de bevoegdheid tot het benoemen van bestuurders. De statuten dienen hierin te voorzien⁴²⁰. Wordt niet op de statutair voorgeschreven wijze in vacatures in het bestuur voorzien, dan kan de rechtbank op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie bestuurders benoemen⁴²¹.

Dit laat onverlet dat in bijzondere wetten voorschriften kunnen worden gegeven over de omvang, samenstelling van stichtingsbesturen en van de wijze waarop in vacatures dient te worden voorzien⁴²². Deze voorschriften dienen vrijwel steeds hun weerslag te vinden in statutaire bepalingen. In ieder geval mogen statutaire bepalingen de naleving van wettelijke bepalingen niet onmogelijk maken.

3.6.4. Bevoegdheidsbeperkingen

De wet en de statuten kunnen de bevoegdheden van het bestuur beperken. Een beperking in die zin, dat de bestuursbevoegdheden over worden verdeeld over twee nevenschikte organen, die ieder onafhankelijk van elkaar een eigen beleid kunnen voeren, is niet goed denkbaar⁴²³. De beperking van de bestuursbevoegdheid kan eruit bestaan, dat het bestuur voor bepaalde handelingen de goedkeuring nodig heeft van een ander orgaan⁴²⁴, dat specifieke taken zijn opgedragen aan een ander orgaan (bij voorbeeld een ballotagecommissie), of dat het bestuur gebonden is aan beleidsaanwijzingen van een ander orgaan⁴²⁵. Statutair vereiste goedkeuring kan niet in het algemeen vooraf worden gegeven, de goedkeuring dient altijd betrekking te hebben op specifieke handelingen⁴²⁶. Beperkingen van de bestuursbevoegdheid vloeien ook voort uit het toezicht dat wordt uitgeoefend door de raad van commissarissen, indien aanwezig, en uit de wettelijke rechten

⁴¹⁹ Artikel 2:162 respectievelijk artikel 2:272, Burgerlijk Wetboek.

⁴²⁰ Artikel 2:286 lid 4 aanhef en sub c, Burgerlijk Wetboek.

⁴²¹ Artikel 2:299, Burgerlijk Wetboek

⁴²² Zoals bijvoorbeeld de bepaling in de Health Care Governance code, die voorschrijft dat één lid van de Raad van Toezicht van een gezondheidsinstelling wordt benoemd op voordracht van de cliëntenra(a)d(en).

⁴²³ Asser-Maeijer, nr 38 en nr 482, alwaar verdere verwijzingen, waarvan sommigen een verdeling van bestuurstaken en – bevoegdheden over twee organen wel mogelijk achten onder verwijzing naar in de praktijk gesignaleerde gevallen van onderscheid tussen twee statutaire bestuursorganen, namelijk een algemeen bestuur en een dagelijks bestuur. Ik meen dat in dergelijke gevallen aan de hand van de onderlinge verhouding van die beide organen dient te worden bepaald welke van beide dient te worden aangemerkt als het bestuur in de zin der wet.

⁴²⁴ Artikel 2:129 lid 3 voor de N.V. en artikel 2:139 lid 3, Burgerlijk Wetboek, voor de B.V. Vergelijkbare bepalingen ontbreken in Boek 2 voor de vereniging en de stichting, maar niet valt in te zien waarom hetzelfde niet voor die rechtsvormen zou gelden.

⁴²⁵ Artikel 2:129 lid 4 voor de N.V. en artikel 2:139 lid 4, Burgerlijk Wetboek, voor de B.V. Hetgeen in de vorige noot werd opgemerkt ten aanzien van de vereniging en de stichting geldt ook hier.

⁴²⁶ Zie Van der Heijden/Van der Grinten, nr. 232 en Asser-Rensen, nr. 334.

van de ondernemingsraad, indien deze is ingesteld. De beperkingen van de bestuursbevoegdheid doen niet af aan de eindverantwoordelijkheid van het bestuur en mogen daarom niet zover gaan dat het bestuur die verantwoordelijkheid niet kan waarmaken.

Dit is niet anders indien de rechtspersoon met andere rechtspersonen deel uitmaakt van een concern. De wetgever laat toe dat een groep rechtspersonen onder centrale leiding staat en dat het bestuur van de betrokken rechtspersonen zich naar de centrale leiding dienen te richten⁴²⁷. De centrale leiding kan dan instructies geven aan het bestuur van de rechtspersoon en het bestuur is aan die instructies gebonden, mits die instructies berusten op een statutaire bevoegdheid. De plicht om instructies te volgen kan echter niet zover gaan dat het bestuur geen eigen verantwoordelijkheid meer zou hebben voor het belang van de rechtspersoon⁴²⁸.

3.6.5. Werkwijze

Over de werkwijze van het bestuur regelt de wet bijna niets⁴²⁹. De statuten kunnen regels bevatten voor de werkwijze van het bestuur. Ook kunnen de statuten de mogelijkheid openen om nadere regels te geven in een reglement. De statuten dienen aan te geven hoe en door welk orgaan dat reglement kan worden vastgesteld.

Bij een eenhoofdig bestuur zullen alle bevoegdheden van het bestuur aan het enige bestuurslid toekomen en dienen alle bestuurstaken door hem te worden uitgevoerd. Bij een meerhoofdig bestuur kan een verdeling van taken plaatsvinden⁴³⁰, maar in beginsel is de bestuursverantwoordelijkheid collectief en zijn de individuele bestuurders gebonden aan besluiten van het bestuur als collectief⁴³¹. Een belangrijk uitgangspunt voor de besluitvorming is door de Hoge Raad reeds gegeven in het *Wijsmuller* arrest: een besluit van een orgaan dient tot stand te komen als vrucht van onderling overleg van alle leden van het orgaan, die, na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld, aan dit overleg wensen deel te nemen⁴³². Het is derhalve niet vereist dat alle bestuursleden een actief aandeel hebben in de totstandkoming van een bestuursbesluit, maar zij dienen wel allen daartoe in de gelegenheid te worden gesteld.

Binnen het bestuur heeft ieder bestuurslid in beginsel één stem en wordt besloten met meerderheid van stemmen⁴³³. Wie geen stemrecht heeft in de bestuurs-

⁴²⁷ Zie Van der Heijden/Van der Grinten, nr. 88.

⁴²⁸ Zie ook Van der Heijden/Van der Grinten, nr. 231.

⁴²⁹ Artikel 2:10, Burgerlijk Wetboek, legt het bestuur een boekhoudplicht, een balansplicht en een bewaarplicht op, zie Asser-Maeijer nr 45.

⁴³⁰ Artikel 2:9, Burgerlijk Wetboek, gaat uit van een taakverdeling.

⁴³¹ Van der Heijden/Van der Grinten, nr. 233.

⁴³² Hoge Raad 15 juli 1968, NJ 1969, 101.

⁴³³ Sanders/Westbroek, blz. 165, Pitlo-Raaijmakers (2000), blz. 347.

vergadering kan niet gelden als bestuurder in de zin der wet. De statuten kunnen daarentegen aan één of meer bestuursleden meer dan één stem toekennen, met dien verstande dat een bestuurslid nooit meer stemmen mag kunnen uitbrengen dan de andere bestuurders tezamen⁴³⁴. Bij staken van stemmen komt geen besluit tot stand. De statuten kunnen voor die situatie een regeling treffen, hetzij door te bepalen dat het voorstel is verworpen, hetzij door de beslissing op te dragen aan een ander vennootschapsorgaan, hetzij door te bepalen dat in dat geval de voorzitter een beslissende stem toekomt (mits er meer dan twee bestuurders zijn, aangezien de voorzitter niet meer stemmen mag uitbrengen dan de andere bestuurders tezamen).

Beperkingen van de bestuursbevoegdheid moeten worden onderscheiden van beperkingen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid, waarover hierna meer. Beperkingen in de bestuursbevoegdheid leiden slechts tot beperkingen in de vertegenwoordigingsbevoegdheid indien dit uit de wet voortvloeit. Dat is het geval bij de stichting en de vereniging waar het betreft besluiten tot het aangaan van overeenkomsten tot verkrijging, vervreemding en bezwaring van registergoederen en tot het aangaan van overeenkomsten waarbij de rechtspersoon zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt of zich tot zekerheidsstelling voor een schuld van een ander verbindt⁴³⁵.

Een andere beperking in de vertegenwoordigingsbevoegdheid doet zich voor in situaties, waarin een bestuurder een belang kan hebben dat tegenstrijdig is met het belang van de rechtspersoon. Hierna wordt daarop teruggekomen.

3.6.6. De rechtspersoon als bestuurder

In het Nederlandse recht is het mogelijk dat een rechtspersoon bestuurder is van een rechtspersoon. Dit blijkt mede uit artikel 2:11, Burgerlijk Wetboek, dat bepaalt dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder tevens hoofdelijk rust op ieder die bestuurder was van de bestuurder-rechtspersoon ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid. De statuten kunnen kwaliteitseisen aan bestuurders stellen, waaronder de eis dat een bestuurder een natuurlijk persoon moet zijn.

In het Angelsaksische recht is de rechtspersoon als bestuurder van een rechtspersoon een onbekend fenomeen.

In België kan een rechtspersoon bestuurder van een rechtspersoon zijn, maar het Belgische recht kent geen tegenhanger van het Nederlandse artikel 2:11 BW. Daarom wordt bij vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid de eis gesteld dat een rechtspersoon-bestuurder een vaste vertegenwoordiger dient te benoemen, die de bestuurstaken uitoefent en daarvoor hoofdelijk naast de rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is. Deze eis wordt niet gesteld voor de

⁴³⁴ Artikel 2:129 lid 2 en 2:239 lid 2, Burgerlijk Wetboek voor de N.V. respectievelijk de B.V. Niet valt in te zien waarom het voor andere rechtsvormen iets anders zou dienen te gelden.

⁴³⁵ Artikel 2:44 lid 2 en artikel 2:291 lid 2, Burgerlijk Wetboek.

rechtspersoon-bestuurder van de VZW, waardoor een aansprakelijkheidsvacuüm kan ontstaan⁴³⁶.

In Duitsland kan uitsluitend een natuurlijk persoon bestuurder van een rechtspersoon zijn⁴³⁷. In Frankrijk kan een rechtspersoon lid zijn van de (monistische) ‘conseil d’administration’⁴³⁸.

3.6.7. De vertegenwoordiging van de rechtspersoon

Een rechtspersoon kan niet aan het maatschappelijk verkeer deelnemen zonder vertegenwoordigd te worden⁴³⁹. Elke rechtshandeling vereist een vorm van feitelijk handelen en alleen levende mensen zijn tot het verrichten van feitelijke handelen in staat. Vertegenwoordiging van de rechtspersoon houdt in dat menselijk handelen aan de rechtspersoon wordt toegerekend⁴⁴⁰. De bevoegdheid tot vertegenwoordiging is dan ook het recht van een mens om eigen handelen aan een rechtspersoon toe te rekenen, welke toerekening zowel door de rechtspersoon als door derden aanvaard dient te worden. De bestuurstaak is niet goed denkbaar zonder de bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de rechtspersoon⁴⁴¹. Het voltallig bestuur van de rechtspersoon is dan ook altijd bevoegd tot vertegenwoordiging. Daarnaast kan vertegenwoordigingsbevoegdheid worden toegekend aan individuele bestuurders en aan anderen, al dan niet tezamen handelend⁴⁴². De vertegenwoordigingsbevoegdheid van het voltallige bestuur berust derhalve op de wet.

De vertegenwoordigingsbevoegdheid van individuen berust op de statuten, waarbij de wettelijke basis niet voor alle rechtsvormen gelijklopend is. Voor de vereniging bepaalt artikel 2:45, Burgerlijk Wetboek, dat vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden toegekend aan één of meer bestuurders. Daarbij kunnen de statuten bepalen dat een bestuurder de vereniging slechts mag vertegenwoordigen met medewerking van één of meer anderen. De wettekst lijkt niet toe te laten dat vertegenwoordigingsbevoegdheid wordt toegekend aan anderen dan bestuurders, echter zou de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders – niet vormend het voltallig bestuur – gebonden kunnen worden aan de medewerking van anderen. Aan die anderen stelt de wettekst niet als eis dat zij bestuurder dienen te zijn.

Voor de naamloze vennootschap bepaalt artikel 2:130 lid 2, Burgerlijk Wetboek, dat iedere bestuurder in beginsel zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd is. De

⁴³⁶ In de Belgische rechtsliteratuur wordt dit vacuüm als problematisch ervaren, nu de jurisprudentie aan de VZW ruimte heeft gegeven voor het ontplooiën van handelsactiviteiten.

⁴³⁷ Blijkens onder meer §6 GmbHG.

⁴³⁸ Glasz (1992), blz. 38.

⁴³⁹ Asser-Maeijer, nr 39.

⁴⁴⁰ Dijk/Van der Ploeg, blz. 187

⁴⁴¹ Zie Glasz/Beckman, blz. 55

⁴⁴² Artikel 2:45, 2:130, 2:240 en 2:292, Burgerlijk Wetboek.

statuten kunnen echter één of meer bestuurders van de vertegenwoordigingsbevoegdheid – anders dan als lid van het voltallig bestuur – uitsluiten. Daarnaast kunnen de statuten de vertegenwoordigingsbevoegdheid van een bestuurder binden aan medewerking van één of meer anderen. Aan die anderen stelt de wettekst niet als eis dat zij bestuurder dienen te zijn.

Artikel 2:240 lid 2, Burgerlijk Wetboek, geeft een identieke regeling voor de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.

3.6.8. De vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang

Tot 1 januari 2013 gaf het Burgerlijk Wetboek een bijzondere regeling voor de vertegenwoordiging van een naamloze of besloten vennootschap in geval van tegenstrijdig belang. Artikel 2:146 en 2:256 bepaalden dat de vennootschap in geval van een tegenstrijdig belang met één of meer bestuurders diende te worden vertegenwoordigd door commissarissen, tenzij de statuten anders bepaalden. De algemene vergadering was steeds bevoegd één of meer andere personen daartoe aan te wijzen. Deze bepaling is van dwingend recht⁴⁴³. De vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur en van de bestuurders werden derhalve beperkt voor de gevallen waarin er een tegenstrijdig belang kon zijn tussen de vennootschap en één of meer bestuurders. De beperking gold voor alle bestuurders, ook in de situaties waarin het tegenstrijdig belang zich niet manifesteerde ten aanzien van allen bestuurders. De wet liet toe dat de bevoegdheidsbeperking in de statuten werd opgeheven. Dit kon door te bepalen, dat de vennootschap in geval van tegenstrijdig belang met één of meer bestuurders niettemin kon worden vertegenwoordigd op de in wet of in de statuten bepaalde wijze. Een dergelijke bepaling deed echter geen afbreuk aan de bevoegdheid van de algemene vergadering om één of meer vertegenwoordigers aan te wijzen.

Bij de vereniging geldt nog steeds een op het eerste oog vergelijkbare regeling. Artikel 2:47, Burgerlijk Wetboek, bepaalt dat in geval van een tegenstrijdig belang van de vereniging met één of meer bestuurders of commissarissen de algemene vergadering één of meer vertegenwoordigers kan aanwijzen. Toch is er een fundamenteel verschil met de voormalige regeling voor de naamloze en de besloten vennootschap. Waar in geval van tegenstrijdig belang bij vennootschappen het uitgangspunt van de wetgever is geweest, dat de bestuurders niet vertegenwoordigingsbevoegd zijn, geldt bij de vereniging het omgekeerde: de bestuurders zijn bevoegd tenzij de algemene vergadering anders besluit.

Een tweede punt van verschil is, dat artikel 2:47 ook geldt in geval van tegenstrijdig belang met commissarissen, terwijl de regeling bij de vennootschappen uitsluitend zag op een tegenstrijdig belang met bestuurders.

Een aan artikel 2:146 en 2:256 equivalente bepaling ontbreekt voor de stichting. De vraag rijst of analoge toepassing geboden is, indien een bestuurder van een

⁴⁴³ Artikel 2:25, Burgerlijk Wetboek.

stichting een tegenstrijdig belang met de rechtspersoon heeft. Dijk/Van der Ploeg stelden in 1997 dat het stichtingsbestuur ook in geval van tegenstrijdig belang steeds vertegenwoordigingsbevoegd is⁴⁴⁴, maar kwamen hier vijf jaren later op terug door te stellen dat het optreden van het bestuur en de bestuurders van een stichting in geval van tegenstrijdig slechts mogelijk is op basis van een statutaire grondslag⁴⁴⁵. Feit is dat bij een stichting met de eenvoudigst denkbare structuur – met als enig orgaan een bestuur dat door coöptatie wordt in stand gehouden – zonder statutaire regeling geen enkele potentiële vertegenwoordiger – anders dan het bestuur – voorhanden is. Mede op grond van de wetsgeschiedenis menen Dijk/Van der Ploeg dat de regelingen voor de vertegenwoordiging in geval van tegenstrijdig belang uit het N.V.- en B.V.-recht en het verenigingsrecht analoog dienen te worden toegepast voor stichtingen, wat er toe zou leiden dat in geval van tegenstrijdig belang de vertegenwoordigingsbevoegdheid slechts mogelijk is op basis van een statutaire regeling, bij gebreke waarvan vertegenwoordiging onmogelijk is⁴⁴⁶. De Wet bestuur en toezicht – waarover hierna meer – heeft geleid tot andere benadering van het vraagstuk.

Hierbij rijst de vraag of de statuten een afwijkende regeling kunnen geven.

Artikel 2:292 lid 4, Burgerlijk Wetboek, bepaalt dat de statuten ook aan andere personen dan bestuurder vertegenwoordigingsbevoegdheid kunnen toekennen. De vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders is onbeperkt en onvoorwaardelijk, maar dit wordt niet bepaald ten aanzien van anderen dan bestuurders. Ik acht het daarom mogelijk om aan anderen dan bestuurders vertegenwoordigingsbevoegdheid toe te kennen, die is beperkt tot handelingen waarbij een of meer bestuurders een belang hebben dat tegenstrijdig kan zijn met het belang van de stichting. Echter kan een zodanige statutaire regeling er niet toe leiden dat het bestuur onbevoegd wordt tot vertegenwoordiging in die situaties. Het bestuur blijft immers bevoegd voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. De wettelijke regeling van de vertegenwoordigingsbevoegdheid verschilt dus per rechtsvorm, met name in geval van tegenstrijdig belang. De ratio hier achter is niet duidelijk. In het licht van wat hiervoor is opgemerkt over confectie van rechtsvormen, die door de notaris op maat wordt gesneden, is het wenselijk dat er een uniforme regeling voor alle rechtsvormen komt inzake de vertegenwoordigingsbevoegdheid.

In België bestaat een uniforme regeling, inhoudend dat de bestuurder met een tegenstrijdig belang niet aan de beraadslaging en besluitvorming binnen het bestuur mag deelnemen. Vertegenwoordiging in meerdere hoedanigheden met tegenstrijdige belangen is uitgesloten. Deze regeling geldt voor alle vormen van

⁴⁴⁴ Dijk/Van der Ploeg (1997), blz. 192.

⁴⁴⁵ Dijk/Van der Ploeg (2002), blz. 180.

⁴⁴⁶ Zie ook Dijk/Van der Ploeg (2013), blz. 247.

handelsvennootschappen⁴⁴⁷, de meningen zijn verdeeld of deze regeling analoog dient te worden toegepast op niet-commerciële rechtsvormen als de Vereniging Zonder Winstoogmerk en de Vennootschap met Sociaal Oogmerk⁴⁴⁸.

De per 1 januari 2013 ingevoerde Wet bestuur en toezicht⁴⁴⁹ heeft geleid tot een principiële wijziging van de wettelijke voorschriften ten aanzien van tegenstrijdig belang situaties. Deze is te vinden in artikel 2:129 (voor de N.V.) en artikel 2:239 (voor de B.V.) en wel in lid 6 van die artikelen. De reikwijdte van de regeling betreft een direct of indirect persoonlijk belang dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. In die gevallen dient te betrokken bestuurder niet deel te nemen aan de beraadslaging en besluitvorming. Indien dat tot gevolg heeft dat geen bestuursbesluit genomen kan worden – omdat er slechts één bestuurder is of het tegenstrijdig belang zich manifesteert ten aanzien van alle bestuurders – dan behoort het besluit tot de competentie van de raad van commissarissen of – bij het ontbreken van een raad van commissarissen – de algemene vergadering. De statuten kunnen anders bepalen, bijvoorbeeld dat het bestuur in geval van tegenstrijdig belang bevoegd blijft. Het principiële karakter van de wijziging bestaat eruit, dat de wettelijke en/of statutaire regeling niet meer van invloed is op de vertegenwoordigingsbevoegdheid en derhalve geen externe werking meer heeft. Dit mag voor de praktijk een verbetering heten, omdat de externe werking kon leiden tot onbevoegde vertegenwoordiging – waardoor een rechtshandeling niet tot stand kwam – zonder dat dit voor een wederpartij kenbaar was. Die wederpartij kon vervolgens wel geconfronteerd worden met disproportionele gevolgen.

In artikel 2:140 lid 5 en 2:250 lid 5 is sinds 1 januari 2013 een analoge regeling gegeven indien het tegenstrijdig belang zich voordoet ten aanzien van een commissaris.

Uit oogpunt van uniformiteit is het wenselijk dat de huidige regeling voor de N.V. en de B.V. op analoge wijze gaat gelden voor de vereniging (en de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij). Ook voor de maatschappelijke onderneming kan hierbij worden aangesloten. Bij de stichting zou dit slechts anders mogen zijn, indien de stichting geen toezichthoudend orgaan heeft. Voor de eenvoudige stichting, met een bestuur als enig orgaan, kan gelden dat een bestuurder met een persoonlijk belang niet bij de besluitvorming betrokken mag zijn. Blijft over de situatie dat alle bestuurders (of de enig bestuurder) een tegenstrijdig belang hebben (heeft). De hiervoor beschreven lijn van Dijk/Van der Ploeg doortrekkend, zou de conclusie zijn dat het bestuur in een zodanig geval onbevoegd is, tenzij de statuten uitdrukkelijk anders bepalen.

⁴⁴⁷ Onder handelsvennootschappen worden in de Belgische rechtspraak zowel personenvennootschappen als kapitaalvennootschappen begrepen.

⁴⁴⁸ Zie Coates, blz. 73.

⁴⁴⁹ Zie par. 3.7.5. en 7.5.

3.7 TOEZICHT

Het bestuur van iedere rechtspersoon staat onder één of meer vormen van toezicht. Volgens Van Dale is toezicht: “het waken dat een persoon... zich gedraagt..., een handeling wordt verricht, overeenkomstig een bepaalde norm”⁴⁵⁰. Toezicht dient van het bestuur onderscheiden te worden. Toezicht is kaderstellend. Het formuleren van het beleid, het nemen van initiatieven, het invulling geven aan het ondernemerschap, het uitvoeren van besluiten, zijn taken van het bestuur. Een toezichthouder dient zich daartoe niet te laten verleiden⁴⁵¹. Wanneer een toezichthouder goedkeuring onthoudt aan een voorstel, dient het bestuur met een nieuw voorstel te komen. Het toezicht kan niet zelf een besluit nemen.

De intensiteit en de effectiviteit van dat toezicht kunnen sterk variëren van latent tot permanent. Het object van het toezicht kan eveneens variëren van de algemene gang van zaken en de hoofdlijnen van het beleid tot de naleving van specifieke voorschriften op een bepaald terrein⁴⁵². De Ambtelijke Commissie Toezicht onderscheidt vijf categorieën van objecten van toezicht: de organisatie, de beleidssector, de marktsector, interbestuurlijk en naleving van wet- en regelgeving⁴⁵³. Rechtsvormen zijn organisaties, daarom zal het toezicht op organisaties onze aandacht hebben.

De Ambtelijke Commissie Toezicht heeft toezicht omschreven als “het verzamelen van informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich daarna vormen van een oordeel daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren.”⁴⁵⁴ Hieruit zijn drie elementen van toezicht af te leiden, namelijk: informatievergaring, oordeelsvorming en interventie, waarbij de interventie zowel preventief als curatief van karakter kan zijn⁴⁵⁵. Dat toezicht uit deze drie elementen bestaat wordt sinds eind jaren '90 de algemeen gangbare opvatting⁴⁵⁶. Voor de bestudering van het toezicht zijn daarnaast twee andere elementen van belang: de functie van het toezicht (waarom?) en het object van het toezicht (waarop?)⁴⁵⁷. De hiervoor genoemde elementen kunnen niet los van elkaar worden gezien, ze beïnvloeden elkaar.

Eén cruciaal element staat voorop: informatie. Toezicht zal nooit aan een adequate interventie toekomen, wanneer de toezichthouder niet over juiste en

⁴⁵⁰ Van Dale's Groot Woordenboek der Nederlandse Taal, 14e druk (2005), blz. 3620.

⁴⁵¹ Zie ook Glasz (diss.), blz. 156 e.v.

⁴⁵² Wanneer het toezicht zich richt op naleving van specifieke geboden of verboden staat het litigieuze handelen voorop en niet het handelende subject. Deze vormen van toezicht vallen buiten het bestek van deze studie.

⁴⁵³ ACT, blz. 21 e.v. Het rapport is overigens geschreven met het oog op de politieke ministeriële verantwoordelijkheid.

⁴⁵⁴ ACT, blz. 20, waar tevens wordt vermeld dat ook de Algemene Rekenkamer deze definitie hanteert.

⁴⁵⁵ Zie WRR, blz. 188.

⁴⁵⁶ Zie De Ridder, blz. 27.

⁴⁵⁷ De Ridder, blz. 28.

volledige relevante informatie beschikt. Het toezicht kan daartoe kiezen uit twee strategieën: het bestuur dient de informatie te verstrekken of het toezicht gaat zelf actief informatie verzamelen. In beide gevallen is het de kunst om de relevante gegevens te onderscheiden⁴⁵⁸. In de praktijk staat informatieverstrekking door het bestuur voorop. In veel statuten en bestuursreglementen wordt het bestuur verantwoordelijk gesteld om het toezichthoudend orgaan alle informatie te verstrekken die het toezicht voor zijn taakvervulling nodig heeft. Dat is efficiënt en dus goedkoop, het bestuur beschikt immers over alle relevante informatie, althans zou daarover behoren te beschikken. Van de toezichthouder mag desondanks worden verlangd dat hij kritisch naar de ontvangen gegevens kijkt, zowel qua betrouwbaarheid als qua volledigheid. Zo nodig dient de toezichthouder zelf informatie te vergaren⁴⁵⁹. In een gezonde relatie tussen bestuur en toezicht is er nog geen vertrouwensbreuk wanneer het toezicht zich ook door anderen dan het bestuur laat informeren⁴⁶⁰. De Ridder bepleit een vergaande transparantie van de raad van toezicht zelf, wat als effect kan hebben dat belanghebbenden spontaan de raad van additionele informatie gaan voorzien⁴⁶¹. Wanneer het tot de taken van het bestuur behoort om het toezicht te informeren, is een onbehoorlijke taakvervulling gegeven indien blijkt dat de informatievoorziening tekortschiet. Transparantie kan in dat geval de positie van de raad van toezicht versterken ten opzichte van een dominante bestuurder die meent dat hij de raad van toezicht kan overvleugelen op basis van zijn charisma en zijn commitment in de organisatie en/of in de omgeving.

Het object van toezicht lijkt duidelijk, namelijk het handelen van het bestuur. Vraagstukken die hier spelen zijn de gedetailleerdheid van het toezicht en een eventuele afbakening naar uitsluitend resultaten of naar de processen in de organisatie⁴⁶². Honingh & Helderma stellen vast dat de vormgeving van het toezicht per sector dient te verschillen, omdat per sector de mogelijkheden variëren om risico's op andere partijen af te wentelen, fouten te verbloemen of te discussiëren over de subjectieve elementen in te hanteren normen⁴⁶³. Deze factoren zijn van invloed op de effectiviteit van systeemtoezicht en dus op de vraag of systeemtoezicht mogelijk c.q. toereikend is.

⁴⁵⁸ De Ridder, blz. 29-30.

⁴⁵⁹ Zie ook De Ridder, blz. 40.

⁴⁶⁰ Die vertrouwensbreuk is er uiteraard wel indien blijkt dat de door het bestuur verstrekte informatie een vertekend beeld blijkt te geven of ronduit onjuist blijkt te zijn.

⁴⁶¹ Zie De Ridder, blz. 40-41. Hij noemt als voorbeeld Amerikaanse staten, waar organen van uit publieke middelen bekostigde instellingen verplichting zijn in het openbaar te vergaderen en waar het de leden van die organen soms zelfs verboden is om informeel bijeen te zijn.

⁴⁶² De Ridder, blz. 29.

⁴⁶³ Honingh & Helderma, blz.24.

Voor de oordeelsvorming is in de eerste plaats van belang dat de toezichthouder zich bewust is welk belang hij dient te behartigen⁴⁶⁴. Voor de maatschappelijke onderneming zal hier het maatschappelijk belang een cruciale factor zijn. Daarmee is mijns inziens gegeven dat de raad van commissarissen of raad van toezicht van een maatschappelijke onderneming niet, althans niet uitsluitend, het bestuurlijk handelend kan toetsen op basis van vooraf gestelde ‘SMART’ doelstellingen⁴⁶⁵. Voor een adequaat toezicht is het derhalve noodzakelijk dat het te dienen maatschappelijk belang zorgvuldig wordt geformuleerd.

De Ridder komt tot de volgende definitie: *toezicht is een gespecialiseerde vorm van sociale controle, als aanvulling op een primaire vorm van sociale ordening, gebaseerd op het formele vermogen van een daartoe aangewezen ambt, de toezichthouder, om te interveniëren in de beslissingen of handelingen van anderen die primair verantwoordelijk zijn*⁴⁶⁶. De drie mogelijke primaire vormen van sociale ordening zijn: gemeenschap, gekenmerkt door samenwerking, hiërarchie, gekenmerkt door dwang, en markt, gekenmerkt door ruil. Toezicht is altijd aanvullend op één of meer van deze drie primaire vormen⁴⁶⁷, waarbij de mogelijkheid tot ingrijpen, interventie, een essentieel kenmerk is⁴⁶⁸.

Een bondige omschrijving van toezicht houden is geformuleerd door Hoekstra: *Je informeert je, zodat je inzicht hebt of het college zijn werk goed doet. Als dat het geval is, blijft het daarbij.*⁴⁶⁹ De oplettende lezer zal vaststellen dat alle hiervoor behandelde elementen in deze definitie aanwezig zijn, hoewel het element interventie enigszins versluierd is⁴⁷⁰. Ten aanzien van interventie door toezichthouders wijst De Ridder op twee wetmatigheden, die sinds 1964 in allerlei onderzoek zijn bevestigd⁴⁷¹. Ten eerste passen toezichthouders hun formele bevoegdheden zelden toe. Slechts bij 5 tot 15% van de interventies door toezichthouders worden formele bevoegdheden, zoals onthouding van goedkeuring, ingezet. In de overgrote meerderheid van de gevallen wordt door informele middelen, zoals overleg, ad-

⁴⁶⁴ De Ridder, blz. 41

⁴⁶⁵ SMART is de gangbaar geworden afkorting van specifiek, meetbaar, aanwijsbaar, realistisch en tijdgebonden. Bij projectmatige activiteiten levert SMART een bruikbaar criterium op voor een objectieve opdrachtformulering. Hierbij dient evenwel voor ogen gehouden worden dat kwaliteiten als welzijn, geluk, veiligheid en ook maatschappelijk belang niet objectief meetbaar zijn.

⁴⁶⁶ De Ridder, blz. 18.

⁴⁶⁷ De Ridder, blz. 13-16.

⁴⁶⁸ De Ridder, blz. 17.

⁴⁶⁹ Interview in *Broerstraat* 5, nummer 1, maart 2009, blz. 23, Groningen: RUG. R.J. Hoekstra werd geïnterviewd in zijn hoedanigheid van voorzitter van de raad van toezicht van de universiteit.

⁴⁷⁰ Er is een onderscheid denkbaar tussen signalerend toezicht zonder interventiebevoegdheid en sturend toezicht dat wel tot taak heeft om te interveniëren. Zie De Ridder, blz. 28.

⁴⁷¹ Zie De Ridder, blz. 42-43.

vies en waarschuwingen, een oplossing bereikt. Deze handelwijze berust op een wederzijds belang van zowel toezicht als bestuur en is daarmee wellicht meestal ook in het belang van de rechtspersoon. Maar dat kan anders worden wanneer de tweede wetmatigheid zich manifesteert, namelijk dat de afstand tussen bestuur en toezicht de neiging heeft te verminderen. Gevolg daarvan kan zijn dat er een saamhorigheid ontstaat, die de controlerende functie van het toezicht belemmert of zelfs verhindert. Eén van de mogelijkheden om dat laatste tegen te gaan is het bevorderen van de roulatie van leden van het toezichthoudend orgaan, zoals dat ook onder overheidsdiensten met toezichthoudende taken het geval is. Daarnaast dient de toezichthouder ook op een regelmatige basis zonder het bestuur te vergaderen.

Het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties publiceerde in 2006 de nota *Minder last, meer effect*, waarin zes algemene principes voor alle vormen van toezicht⁴⁷² werden geformuleerd. Deze zes principes zijn:

- a. selectief: vorm en omvang van het toezicht worden bepaald aan de hand van een afweging van risico's, kosten en baten;
- b. slagvaardig: de toezichthouder beschikt over de juiste interventiebevoegdheden en maakt daar daadwerkelijk en passend gebruik van;
- c. samenwerkend: gegevensuitwisseling, afstemming en gezamenlijke uitvoering met andere toezichthouders;
- d. onafhankelijk: verzameling van informatie, oordeelsvorming en interventie worden niet ongeoorloofd beïnvloed door de ondertoezicht gestelden, beleidsmakers of andere belanghebbenden;
- e. transparant, ten aanzien van nut en noodzaak, onafhankelijkheid, gemaakte keuzes, bevindingen en resultaten;
- f. professioneel, waarbij sleutelwoorden zijn: onafhankelijkheid, integriteit, flexibiliteit, consistentie⁴⁷³.

Hoewel deze principes geschreven zijn met het oog op het overheidstoezicht, zijn zij ook toepasbaar op het interne toezicht door de raad van commissarissen of de raad van toezicht van een rechtspersoon. Van Montfort wijst er echter op dat het principe van selectiviteit ook misbruikt kan worden om op toezicht te bezuinigen⁴⁷⁴ en dat de term 'vertrouwen' in toezichtrelaties gebruikt kan worden op een manier die een doordacht stelsel van 'checks and balances' ondergraaft⁴⁷⁵. Dat laatste zal in ieder geval het geval zijn wanneer het vertrouwen berust op een saamhorigheid die voortvloeit uit te weinig distantie tussen toezicht en bestuur.

⁴⁷² Het ministerie onderscheidt nalevingtoezicht, uitvoeringstoezicht en interbestuurlijk toezicht.

⁴⁷³ Ministerie van Binnenlandse Zaken, blz. 18 e.v.

⁴⁷⁴ Van Montfort, blz. 13.

⁴⁷⁵ Van Montfort, blz. 14.

Dat zal ten koste gaan van de slagvaardigheid, omdat bij de toezichthouder de bereidheid tot gebruik van bevoegdheden zal afnemen.

Het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de raad van commissarissen tot taak heeft toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de rechtspersoon. De taak en verantwoordelijkheid van de commissarissen is collectief, de wettelijke bevoegdheden van de raad komen niet toe aan de individuele commissaris⁴⁷⁶, de statuten kunnen wel bevoegdheden aan individuele commissarissen toekennen. Ook het recht op informatie is collectief. De raad van commissarissen heeft zich te richten naar het belang van de rechtspersoon en de met haar verbonden onderneming. Voor wat betreft de maatschappelijke onderneming dient daar mijns inziens het maatschappelijk belang als criterium aan toegevoegd te worden, waarbij – ingeval het belang van de instelling conflicteert met het maatschappelijk belang – het maatschappelijk belang dient te prevaleren, want de maatschappelijke onderneming dient aan het maatschappelijk belang voorrang te blijven geven. In dat opzicht zal de beoordelingsnorm van de toezichthouder bij een maatschappelijke onderneming afwijken van die bij een klassieke onderneming.

3.7.1. Continuïteit

Bij hun taakuitoefening richten de commissarissen zich naar het belang van rechtspersoon en de met haar verbonden onderneming⁴⁷⁷. Het toezicht door de raad van commissarissen richt zich op de hoofdlijnen van het beleid en op het belang van de rechtspersoon. Daaruit volgt dat de commissarissen oog dienen te hebben voor de lange termijn en dat zij zich onafhankelijk van de stakeholders dienen op te stellen⁴⁷⁸. Dat brengt mee dat de raad van commissarissen de continuïteit van de rechtspersoon dient te bewaken. Continuïteit is hier het sleutelwoord. Bij een maatschappelijke onderneming is dit niet anders dan bij elke andere onderneming.

De continuïteit van de onderneming stelt twee voorwaarden, ten eerste een goed bestuur en ten tweede een gezonde financiering⁴⁷⁹. De commissarissen dienen derhalve aandacht te geven aan de samenstelling van het bestuur qua capaciteiten, zoals deskundigheid, leeftijdsopbouw, ervaring, karakter, ondernemingsgeest en netwerk, en aan de permanente ontplooiing van die capaciteiten ten behoeve van de rechtspersoon. Daarnaast dienen de commissarissen te beoordelen of de rechtspersoon over voldoende financiële middelen beschikt en of deze

⁴⁷⁶ Van der Heijden/Van der Grinten, nr. 274.

⁴⁷⁷ Zie artikel 2:140 lid 2 en 2:250 lid 2, Burgerlijk Wetboek. De ondernemer (de vennootschap) wordt in deze omschrijving onderscheiden van de onderneming. De vennootschap en haar onderneming kunnen in de praktijk volledig samenvallen, maar noodzakelijk is dat niet.

⁴⁷⁸ Asser-Maeijer-van Solinge-Nieuwe Weme, nr. 489.

⁴⁷⁹ Voor een analyse wordt verwezen naar Glasz/Beckman, blz. 164 e.v.

middelen adequaat worden aangewend. De noodzaak van een goed functionerend administratief systeem is daarmee gegeven. De raad van commissarissen heeft recht op alle informatie die het bestuur kan geven en die de raad voor zijn eigen functioneren nodig acht, tenzij het belang van de rechtspersoon zich daartegen verzet. Dit laatste is echter eerder denkbaar bij informatieverschaffing aan de algemene vergadering van aandeelhouders dan bij informatieverschaffing aan de raad van commissarissen. De aandeelhouders mogen immers in beginsel handelen in hun eigen belang en derhalve ook de verkregen informatie voor eigen belangen gebruiken. Van de commissarissen daarentegen mag worden verwacht dat zij de verkregen informatie uitsluitend aanwenden in het belang van de vennootschap, zo niet dan rijst meteen de vraag of zij kunnen aanblijven als commissaris. Dit is op de raad van toezicht c.q. de leden daarvan bij een maatschappelijke onderneming onverkort van toepassing. In het uitzonderlijke – nagenoeg hypothetische – geval dat het belang van de rechtspersoon zich er tegen verzet dat informatie aan de commissarissen wordt verschaft, worden de commissarissen in hun taakuitoefening belemmerd indien dat ter uitsluitende beoordeling van het bestuur zou staan. De voorzitter van de raad van toezicht of een externe vertrouwenspersoon dient in een dergelijk geval in de gelegenheid te worden gesteld te beoordelen of het belang van de rechtspersoon inderdaad in het geding is.

3.7.2. Adviestaak

De wetgever in heeft in 1971 bepaald dat de raad van commissarissen het bestuur met raad terzijde staat⁴⁸⁰. De raad van commissarissen heeft dus een adviesfunctie jegens het bestuur van de rechtspersoon, gevraagd en ongevraagd. Inmiddels is de vraag opgeworpen of deze adviesfunctie zich verdraagt met de toezichtfunctie. De toezichthoudende rol van de commissarissen verlangt immers dat zij onafhankelijk blijven, ook ten opzichte van de bestuurders, terwijl een adviesfunctie juist met zich meebrengt dat men zich committeert aan en medeverantwoordelijk is voor het gevoerde bestuur⁴⁸¹.

Het is de vraag of dit een reëel dilemma is. Van toezichthouders wordt verlangd dat zij zich een oordeel vormen over het object van het toezicht. Een weloverwogen advies kan slechts gebaseerd zijn op de informatie die ook nodig is om tot een oordeel te komen. Tussen een oordeel en een advies bestaat een verschil in status, maar inhoudelijk kunnen zij uitwisselbaar zijn. Glasz verwoordt het zo dat toezicht en advies in elkaar overglijden⁴⁸² en vanuit die overweging is het verdedigbaar om met Kraakman c.s. het toezicht als onderdeel van de bestuurstaak

⁴⁸⁰ Artikel 2:140 lid 1 en 2:250 lid 1, Burgerlijk Wetboek. Voor 1971 gaf de wet geen taakomschrijving. De taken van de commissaris dienden te blijken uit de statuten van de rechtspersoon. Zie Glasz (diss.), blz. 158.

⁴⁸¹ WRR, blz. 189.

⁴⁸² Glasz (diss.), blz. 158.

beschouwen. Van Montfort meent dat het toezicht twee hoofdfuncties heeft: (1^e) een democratische functie van controle en verantwoording en (2^e) een lerende functie, met als doel het functioneren van de organisatie te verbeteren⁴⁸³. In concernverhoudingen zal het bestuursbeleid en het bestuurshandelen van de rechtspersoon die de concernleiding voert zich mede uitstrekken tot andere rechtspersonen. Ook het toezicht van de commissarissen zal zich dan uitstrekken tot het concernbeleid⁴⁸⁴. Omgekeerd dient de raad van commissarissen van afhankelijke rechtspersonen voldoende onafhankelijk te zijn van de concernleiding⁴⁸⁵.

3.7.3. Verenigingen en stichtingen

De figuur van de raad van commissarissen is in het Burgerlijk Wetboek niet geregeld voor de vereniging en de stichting, hoewel in een aantal bepalingen voor wat betreft de vereniging commissarissen wel worden genoemd⁴⁸⁶. In de praktijk is de raad van commissarissen bij de vereniging en bij de stichting geen onbekende figuur, zij het dat voor dit orgaan vaak de benaming raad van toezicht wordt gebruikt. De vormgeving van de raad van commissarissen kan bij de vereniging geheel analoog aan de kapitaalvennootschap plaatsvinden, waarbij de positie van de aandeelhouders wordt ingenomen door de leden. Bij een stichting ligt dit anders, wegens het ontbreken van leden en mitsdien van een algemene vergadering.

Wanneer de raad van toezicht door coöptatie in stand blijft, ontstaat een grote mate van overeenkomst met de raad van commissarissen in een structuurvennootschap onder het wettelijk regime dat gold tot 1 oktober 2004. Destijds werd de commissarissen van een structuurvennootschap in principe benoemd door de raad van commissarissen, de bevoegdheid tot benoeming kwam slechts toe aan de algemene vergadering, indien alle commissarissen ontbraken. Mede onder invloed van governance codes en de daaraan ten grondslag liggende maatschappelijke ontwikkelingen, is het regime inmiddels zo aangepast, dat benoeming van commissarissen plaatsvindt door de algemene vergadering, zij het op voordracht van (onder andere) de raad van commissarissen. De mogelijkheden voor de algemene vergadering om van de voordracht af te wijken, zijn gelimiteerd⁴⁸⁷.

3.7.4. De maatschappelijke onderneming

De raad van toezicht is een essentieel orgaan van de maatschappelijke onderneming, zoals die door de wetgever werd voorgesteld. Daarbij werd en wordt veel nadruk gelegd op de onafhankelijkheid van de leden van de raad van toezicht

⁴⁸³ Van Montfort, blz. 6.

⁴⁸⁴ Zie Van der Heijden/Van der Grinten, nr. 274.

⁴⁸⁵ Hof Amsterdam, Ondernemingskamer, 2 februari 1989, NJ 1990, 86 (Kodak).

⁴⁸⁶ Zoals in artikel 2:47, 2:48 en 2:49, Burgerlijk Wetboek.

⁴⁸⁷ Zie artikel 2:158 en 2:268, Burgerlijk Wetboek.

ten opzichte van het bestuur, de stakeholders en elkaar. Het ligt dan ook voor de hand om de benoeming van commissarissen te regelen conform de gegroeide praktijk bij stichtingen en zoals voorgeschreven door de meeste governance codes, namelijk op basis van coöptatie. De taak van de raad van toezicht bij een maatschappelijke onderneming verschilt in beginsel niet van de taak van een raad van commissarissen in een klassieke onderneming. Slechts de inkleuring zal verschillen als gevolg van het al dan niet gericht zijn op een maatschappelijk belang.

In het geval de maatschappelijke onderneming zou worden vormgegeven als een kapitaalvennootschap, kan voor de vormgeving van het toezichthoudend orgaan – met modificaties – worden aangesloten bij de structuurregeling voor de N.V. en de B.V., waarbij de raad van commissarissen een zelfstandige positie inneemt ten opzichte van de algemene vergadering van aandeelhouders.

Een maatschappelijke onderneming zonder toezichthoudend orgaan is niet goed denkbaar, aangezien de gerichtheid op een maatschappelijk belang mee dient te brengen dat niet iemand – zoals een bestuurder/enig aandeelhouder – over het vermogen van de maatschappelijke onderneming zou kunnen beschikken als ware het zijn eigen vermogen. Een onafhankelijk toezichthoudend orgaan kan dat voorkomen⁴⁸⁸.

3.7.5. Het monistisch model

Op 7 november 2008 is wetsontwerp 31763 ingediend bij de Tweede Kamer, dat is uitgemond in de Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze van besloten vennootschappen⁴⁸⁹. Het voordeel van het monistische bestuursmodel ten opzichte van het dualistische model zou zijn dat alle bestuurders gelijktijdig over dezelfde informatie beschikken en zulks – ook voor wat betreft de bestuurders zonder uitvoerende taken – op een moment dat de besluitvorming nog niet heeft plaatsgevonden⁴⁹⁰. Ook in een dualistisch stelsel is in theorie een werkwijze mogelijk waarbij bestuurders en commissarissen steeds over dezelfde informatie beschikken. In de praktijk ontvangen commissarissen informatie later dan de bestuurders⁴⁹¹. Bovendien ontvangen commissarissen minder informatie dan de bestuurders⁴⁹². De mogelijkheid van een monistische

⁴⁸⁸ De termen raad van toezicht en raad van commissarissen zijn uitwisselbaar, ondanks de ooit bij Philips gecreëerde en zeer bekritiseerde situatie, waarbij zowel een raad van toezicht als een raad van commissarissen – als onderdeel van de raad van toezicht – was voorzien. Zie Schreurs, blz. 166, noot 15. Aansluitend bij de wettelijke terminologie geef ik de voorkeur aan de term raad van commissarissen.

⁴⁸⁹ Staatsblad 2011, 275. De wet is van kracht geworden per 1 januari 2013.

⁴⁹⁰ Persbericht Ministerie van Justitie, 18 maart 2008.

⁴⁹¹ Zie Calkoen (2011), blz. 484.

⁴⁹² Zie Calkoen (2011), blz. 393. Op grond van artikel 2:141 (voor de N.V.) en artikel 2:251 (voor de B.V.) dient het bestuur de raad van commissarissen te voorzien van de informatie die de raad voor

structuur is in ieder geval interessant om politieke redenen: het Nederlandse rechtspersonenrecht wordt flexibeler, waardoor in internationale verhoudingen meer mogelijkheden ontstaan om uit te sluiten bij structuren van moedervennootschappen in buitenlandse rechtsstelsels. De complexiteit van instellingen en de hoge eisen die aan het toezicht worden gesteld, zouden de wenselijkheid van de optie voor het monistische stelsel met zich meebrengen. Het monistische bestuursmodel is in de Nederlandse rechtspraktijk tot nu toe slechts bekend bij verenigingen en stichtingen door middel van een onderscheid tussen een dagelijks bestuur en een algemeen bestuur. In de praktijk blijkt dan vaak ofwel dat het functioneren van het dagelijks bestuur nauwelijks te onderscheiden is van het functioneren van het bestuur als geheel, ofwel dat het dagelijks bestuur functioneert als het bestuursorgaan van de rechtspersoon en het algemeen bestuur slechts een beperkte taak vervult.

Het monistisch model wordt wel beschouwd als logisch uitvloeisel van het proces van professionalisering van het toezicht, dat gaande is⁴⁹³. De complexiteit van instellingen en de hoge eisen die aan het toezicht worden gesteld zouden met zich meebrengen dat het toezicht ‘dichter op’ het bestuur dient te zitten⁴⁹⁴. Mijns inziens geldt het tegendeel: waar de huidige ontwikkelingen reeds meebrengen dat het toezicht dicht op het bestuur komt te zitten, is het dualistisch model meer dan het monistische stelsel geëigend om te voorkomen dat deze ontwikkeling doorschiet. Toezichthouders dienen zich niet met de bestuurders te identificeren. Toezichthouders dienen niet zodanig aan bestuursbesluiten gecommiteerd te zijn, dat zij niet meer vrij zijn om in te grijpen als achteraf blijkt dat een besluit van het bestuur dient te worden heroverwogen. De eeuwenoude Nederlandse bestuurscultuur (het poldermodel), waarin een bestuurder vastloopt als hij niet tijdig in overleg treedt met toezichthouders en stakeholders⁴⁹⁵, kan voldoende tegenwicht bieden tegen het ontstaan van een informatieachterstand bij de toezichthouders. Zo beschouwd kan het constateren van die informatieachterstand een symptoom zijn van eroderen van het poldermodel.

3.8 MEDEZEGGENSCHAP

Medezeggenschap is volgens Van Dale het recht om mee te doen in besprekingen en bij besluitvorming.⁴⁹⁶ Deze taalkundige omschrijving is te ruim om als definitie te gebruiken. Niet iedere participatie in besprekings- en besluitvormingstra-

zijn taakvervulling nodig heeft. De redactie van deze wetsbepalingen laat ruimte voor de opvatting dat de raad derhalve niet de informatie behoeft te ontvangen die voor die taakvervulling niet nodig is en dat zulks ter beoordeling van het bestuur staat.

⁴⁹³ Zie Klink (2009), blz. 12 e.v.

⁴⁹⁴ Onder andere J.B.V.N. Pleumeekers, voorzitter van de Raad van Toezicht van Atrium Medisch Centrum in een rondetafeldiscussie bij LoyensLoeff te Amsterdam op 20 november 2009.

⁴⁹⁵ Zie Calkoen (2011), blz. 359 e.v.

⁴⁹⁶ Van Dale's Groot Woordenboek der Nederlandse Taal

jecten is te kenschetsen als medezeggenschap. Medezeggenschap gaat uit van de vooronderstelling dat het bestuur van de rechtspersoon (ofwel de zeggenschap) door een ander orgaan wordt uitgeoefend. Medezeggenschap omvat de mogelijkheid om het beleid van de rechtspersoon te beïnvloeden, maar niet om dat beleid te bepalen. Het beleidsbepalende orgaan van de rechtspersoon is het bestuur. Anders gezegd: zeggenschap is beslissingsmacht, toegekend door wet of statuten en begrensd door de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 2:8, Burgerlijk Wetboek. Medezeggenschap daarentegen is geen beslissingsmacht, maar een recht om voorafgaand aan een besluit gehoord te worden en de mogelijkheid om achteraf een genomen besluit te laten toetsen.

Kraakman c.s. wijzen er op, dat de medezeggenschapsregelingen in diverse Europese landen met zich meebrengen dat werknemers een sterkere wettelijke positie innemen dan minderheidsaandeelhouders⁴⁹⁷. Hij stelt daarbij dat voor de rechtspersoon de kosten van deze medezeggenschap hoger zijn dan de baten, aangezien het vrijwel nergens voorkomt dat rechtspersonen medezeggenschapsregelingen toepassen als zij daartoe niet wettelijk verplicht zijn⁴⁹⁸. De belangen van medewerkers zijn bovendien niet homogeen, zij zijn mede afhankelijk van ieders functie, beloning en pensioendatum.

In het navolgende maken we een rondgang langs diverse in Nederland ontwikkelde vormen van medezeggenschap: de ondernemingsraden, de cliëntenraden in de zorg, de medezeggenschapsraden in het onderwijs, aan de universiteiten, aan de hogescholen. Vervolgens wordt ingegaan op de term stakeholders, het onderscheid tussen leden en aandeelhouders. Nadat ook het onderscheid tussen horizontaal en verticaal toezicht is belicht, zullen we ingaan op de positie van de stakeholders van de maatschappelijke onderneming.

3.8.1. Ondernemingsraden

Eén van de oudste en meeste uitgekristalliseerde vormgevingen van medezeggenschap in Nederland is te vinden in de Wet op de ondernemingsraden (WOR). De WOR dateert in oorsprong uit 1950, maar de huidige vorm van de wet is voor een belangrijk deel bepaald in de jaren '70 van de 20^e eeuw. Een laatste modernisering heeft plaatsgevonden in 1998⁴⁹⁹. In 2004 kwam de regering met een voorstel voor een Wet medezeggenschap werknemers, die bedoeld was om de WOR te vervangen. Dit wetsvoorstel is in 2006 ingetrokken.

De WOR kent een eigen definitie van de term onderneming: elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachten

⁴⁹⁷ Kraakman c.s., blz. 61. In Nederlandse verhoudingen geldt bij structuurvennootschappen zelfs dat de ondernemingsraad in de praktijk een sterkere positie heeft dan de algemene vergadering van aandeelhouders.

⁴⁹⁸ Kraakman c.s., blz. 64. Overtuigend is dit argument niet, wanneer men bedenkt dat ook de zeggenschap van aandeelhouders altijd berust op wettelijke voorschriften.

⁴⁹⁹ Zie Sanders/Westbroek, blz. 475 e.v.

arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht⁵⁰⁰. Het criterium is derhalve arbeid, die in organisatorisch verband wordt verricht. Ook een maatschappelijke onderneming zal volgens deze definitie een onderneming zijn in de zin van de WOR.

Ingevolge artikel 2 van de WOR dient in iedere onderneming waarin in de regel ten minste vijftig personen werkzaam zijn, een ondernemingsraad in stand te worden gehouden. De ondernemingsraad is er ten behoeve van het overleg met en de vertegenwoordiging van de in de onderneming werkzaam personen. De ondernemingsraad vertegenwoordigt de in de onderneming werkzame personen en is dus een voorbeeld van een belangenvertegenwoordiging. De wetgever stelt weliswaar dat de ondernemingsraad er dient te zijn in het belang van het goed functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen, maar de leden van de ondernemingsraad worden gekozen door en uit de personen die in de onderneming werkzaam zijn⁵⁰¹. In overeenstemming daarmee zijn de bevoegdheden van de ondernemingsraad gericht op behartiging van de belangen van de in de onderneming werkzame personen. De WOR is gebaseerd op de gedachte dat er geen tegenstelling bestaat tussen het belang van de onderneming en het belang van de in de onderneming werkzame personen. Het belang van de werkzame personen – als collectief – wordt gezien als een deelbelang van het ondernemingsbelang. Er kan wel een belangentegenstelling bestaan tussen de onderneming en een individuele medewerker, maar de behartiging van individuele belangen behoort niet tot het werkterrein van de ondernemingsraad.

De voornaamste bevoegdheden van de ondernemingsraad zijn:

- a. overleg met de ondernemer over alle aangelegenheden, de onderneming betreffende⁵⁰²;
- b. het doen van voorstellen aan de ondernemer over alle aangelegenheden, de onderneming betreffende⁵⁰³;
- c. het uitbrengen van advies over een aantal voorgenomen besluiten van de ondernemer, deze besluiten worden limitatief opgesomd in artikel 25 van de WOR;
- d. het instemmen met een aantal voorgenomen besluiten van de ondernemer, deze besluiten worden limitatief opgesomd in artikel 27 van de WOR;
- e. het uitbrengen van advies over ieder voorgenomen besluit tot benoeming of ontslag van een bestuurder⁵⁰⁴.

⁵⁰⁰ Artikel 1 lid 1 sub c, WOR.

⁵⁰¹ Artikel 6 leden 2 en 3, WOR.

⁵⁰² Artikel 23 lid 2, WOR.

⁵⁰³ Artikel 23 lid 3, WOR.

⁵⁰⁴ Artikel 30, WOR.

Per 1 juli 2010 zijn deze bevoegdheden voor wat betreft de ondernemingsraad van een naamloze vennootschap nog uitgebreid met een spreekrecht in de algemene vergadering van aandeelhouders over enkele specifieke onderwerpen⁵⁰⁵.

De adviesplichtige besluiten lijst in artikel 25 lid 1 heeft betrekking op het financieel-economische beleid van de onderneming en luidt als volgt:

- a. overdracht van de zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan;
- b. 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 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;
- c. beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of van een belangrijk onderdeel daarvan;
- d. belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming;
- e. belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van de bevoegdheden binnen de onderneming;
- f. wijziging van de plaats waar de onderneming haar werkzaamheden uitoefent;
- g. het groepsgewijze werven of inlenen van arbeidskrachten;
- h. het doen van een belangrijke investering ten behoeve van de onderneming;
- i. het aantrekken van een belangrijk krediet ten behoeve van de onderneming;
- j. 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 van de onderneming;
- k. invoering of wijziging van een belangrijke technologische voorziening;
- l. het treffen van een belangrijke maatregel in verband met de zorg van de onderneming voor het milieu, waaronder begrepen het treffen of wijzigen van een beleidsmatige, organisatorische en administratieve voorziening in verband met het milieu;
- m. vaststelling van een regeling met betrekking tot het zelf dragen van het risico bedoeld in artikel 75, eerste lid van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering of artikel 63, eerste lid van de Ziektewet;
- n. het verstrekken of het formuleren van een adviesopdracht aan een deskundige buiten de onderneming betreffende een der hiervoor bedoelde aangelegenheden.

Het onder b bepaalde, alsmede het onder n bepaalde, voor zover dit betrekking heeft op een aangelegenheid als bedoeld onder b, is niet van toepassing wanneer de andere onderneming in het buitenland gevestigd is of wordt en redelijkerwijze niet te verwachten is dat

⁵⁰⁵ Wetsvoorstel 31877, dat onder andere heeft geleid tot artikel 2:107a, lid 3, Burgerlijk Wetboek.

het voorgenomen besluit zal leiden tot een besluit als bedoeld onder c-f ten aanzien van een onderneming die door de ondernemer in Nederland in stand wordt gehouden.

De ondernemer dient het advies schriftelijk te vragen, op een zodanig tijdstip dat het advies van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit⁵⁰⁶. Bij het vragen van het advies dient de ondernemer een overzicht te geven van zijn beweegredenen. Ook dient hij te vermelden welke gevolgen zijn te verwachten voor de in de onderneming werkzame personen en welke maatregelen naar aanleiding daarvan worden getroffen⁵⁰⁷. Dit laatste past geheel bij het belangenbehartigende karakter van de ondernemingsraad.

Het advies van de ondernemingsraad is niet vrijblijvend: de ondernemer kan slechts een van het advies afwijkend besluit nemen indien hij dit uitdrukkelijk tegenover de ondernemingsraad motiveert⁵⁰⁸. In dat geval dient de ondernemer voorts de uitvoering van het besluit een maand op te schorten. Gedurende die maand heeft de ondernemingsraad het recht om tegen het besluit in beroep te gaan bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam⁵⁰⁹. Het beroep kan uitsluitend worden ingesteld op de grond, dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot zijn besluit had kunnen komen⁵¹⁰. De ondernemingsraad kan de Ondernemingskamer vragen om de ondernemer te verplichten het besluit in te trekken, bepaalde gevolgen van het besluit ongedaan te maken, dan wel om uitvoering van het besluit geheel of gedeeltelijk te verbieden⁵¹¹.

De instemmingsplichtige besluitenlijst in artikel 27 heeft betrekking op het sociale beleid van de onderneming en luidt als volgt:

- a. een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering, een winstdelingsregeling of een spaarregeling;
- b. een werktijd- of een vakantieregeling;
- c. een belonings- of een functiewaarderingsstelsel;
- d. een regeling op het gebied van de arbeidsomstandigheden, het ziekteverzuim of het re-integratiebeleid;
- e. een regeling op het gebied van het aanstellings-, ontslag- of bevorderingsbeleid;
- f. een regeling op het gebied van de personeelsopleiding;
- g. een regeling op het gebied van de personeelsbeoordeling;
- h. een regeling op het gebied van het bedrijfsmaatschappelijk werk;
- i. een regeling op het gebied van het werkoverleg;
- j. een regeling op het gebied van de behandeling van klachten;

⁵⁰⁶ Artikel 25 lid 2, WOR.

⁵⁰⁷ Artikel 25 lid 3, WOR.

⁵⁰⁸ Artikel 25 lid 5, WOR.

⁵⁰⁹ Artikel 26 lid 1, WOR.

⁵¹⁰ Artikel 26 lid 2, WOR.

⁵¹¹ Artikel 26 lid 5, WOR.

- k. een regeling omtrent het verwerken van alsmede de bescherming van de persoonsgegevens van de in de onderneming werkzame personen;
 - l. een regeling inzake voorzieningen die gericht zijn op of geschikt zijn voor waarneming van of controle op aanwezigheid, gedrag of prestaties van de in de onderneming werkzame personen;
- eén en ander voor zover betrekking hebbende op alle of een groep van de in de onderneming werkzame personen.

Indien de ondernemingsraad instemming weigert, kan de ondernemer aan de kantonrechter om toestemming vragen om het besluit toch te mogen nemen. Een instemmingsplichtig besluit, dat zonder instemming van de ondernemingsraad of vervangende toestemming van de kantonrechter door de ondernemer wordt genomen, is nietig indien de ondernemingsraad zich schriftelijk tegenover de ondernemer op de nietigheid beroept. Dit beroep op nietigheid moet worden gedaan binnen een maand nadat de ondernemer aan de ondernemingsraad het besluit heeft meegedeeld of binnen een maand nadat de ondernemingsraad is gebleken dat het besluit wordt uitgevoerd of toegepast.

3.8.2. Cliëntenraden in de zorg

Sinds 1 juni 1996 geldt de wet ter bevordering van de medezeggenschap van cliënten van uit collectieve middelen gefinancierde zorgaanbieders op het terrein van maatschappelijke zorg en gezondheidszorg⁵¹². Sindsdien dient elke instelling een cliëntenraad in stand te houden. Onder instelling wordt verstaan: een instelling in de zin van de Wet toelating zorginstellingen, alsmede elk zelfstandig naar buiten tredend organisatorisch verband waarin maatschappelijke zorg of gezondheidszorg wordt verleend, dat door de overheid wordt gefinancierd op grond van de Zorgverzekeringswet, de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten, de Kaderwet VWS-subsidies of de Wet maatschappelijke ondersteuning, en voorts de door de overheid gefinancierde verslavingszorg⁵¹³. De Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport kan ook andere door de overheid bekostigde instellingen als instellingen die een cliëntenraad dienen in te stellen⁵¹⁴. De wet is niet van toepassing op TBS-inrichtingen⁵¹⁵.

De cliëntenraad behartigt in het bijzonder de gemeenschappelijke belangen van de cliënten van de instelling. Verantwoordelijk voor het instellen van een cliëntenraad is de zorgaanbieder, dat is de natuurlijke persoon of rechtspersoon die een instelling in stand houdt⁵¹⁶. De zorgaanbieder dient schriftelijk te regelen: het aantal leden van de cliëntenraad, de wijze van benoeming, wie benoembaar zijn, de zittingsduur en de faciliteiten waarover de cliëntenraad kan

⁵¹² Wet van 29 februari 1996, de Wet Medezeggenschap Cliënten Zorginstellingen (WMCZ).

⁵¹³ Artikel 1 lid 1 sub b, WMCZ.

⁵¹⁴ Artikel 1 lid 2, WMCZ.

⁵¹⁵ Artikel 1 lid 3, WMCZ.

⁵¹⁶ Daaronder mede te begrijpen de personen die gezamenlijk een instelling in stand houden.

beschikken⁵¹⁷. De cliëntenraad regelt zelf zijn werkwijze⁵¹⁸. De wetgever heeft het derhalve aan de zorgaanbieder overgelaten om vast te stellen wie als cliënten hebben te gelden, het aantal leden van de cliëntenraad, de zittingsduur van de leden, de beschikbare faciliteiten⁵¹⁹. De wetgever stelt slechts als criterium dat de cliëntenraad representatief dient te zijn voor de cliënten van de instelling en redelijkerwijs in staat moet worden geacht de gemeenschappelijke belangen van de cliënten te behartigen⁵²⁰.

Naast een cliëntenraad dient de zorgaanbieder een commissie van vertrouwenslieden in te stellen of een commissie aan te wijzen, die is ingesteld door één of meer organisaties van cliënten of zorgaanbieders. De ingestelde of aangewezen commissie heeft tot taak een bindende uitspraak te doen in geschillen tussen de cliëntenraad en de zorgaanbieder en indien de zorgaanbieder een van een door de cliëntenraad gegeven advies wil afwijken in een aangelegenheid genoemd in artikel 3 lid 1 onder i tot en met m (zie hierna). De competentie van de commissie beperkt zich tot aangelegenheden betreffende de uitvoering van met name genoemde wetsbepalingen, te weten artikel 3 (adviesrecht), artikel 4 leden 1 en 3 (overleg/afwijkend besluit), artikel 5 lid 1 (informatievoorziening) en artikel 9 (openbaarmaking van stukken)⁵²¹.

De cliëntenraad heeft in ieder geval het recht om advies uit te brengen ten aanzien van de volgende aangelegenheden⁵²²:

- a. een wijziging van de doelstelling of de grondslag;
- b. het overdragen van de zeggenschap of fusie of het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking met een andere instelling;
- c. de gehele of gedeeltelijke opheffing van de instelling, verhuizing of ingrijpende verbouwing;
- d. een belangrijke wijziging in de organisatie;
- e. een belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden;
- f. het benoemen van personen die rechtstreeks de hoogste zeggenschap zullen uitoefenen bij de leiding van de arbeid in de instelling;
- g. de begroting en de jaarrekening;
- h. het algemeen beleid inzake de toelating van cliënten en de beëindiging van deze zorgverlening aan cliënten;
- i. voedingsaangelegenheden van algemene aard en het algemene beleid inzake de toelating van cliënten en de beëindiging van deze zorgverlening aan cliënten;

⁵¹⁷ Artikel 2 lid 2, WMCZ.

⁵¹⁸ Artikel 2 lid 4, WMCZ.

⁵¹⁹ De WMCZ is voor wat betreft faciliteiten kariger dan de WOR, die voorschrijft dat de ondernemingsraad dient te kunnen beschikken over alle faciliteiten die in de onderneming aanwezig zijn (artikel 17 lid 1 WOR).

⁵²⁰ Artikel 2 lid 3, WMCZ.

⁵²¹ Artikel 10 lid 1 sub a, WMCZ.

⁵²² Artikel 3 lid 1, WMCZ.

- j. de systematische bewaking, beheersing of verbetering van de kwaliteit van de aan de cliënten te verlenen zorg;
- k. de vaststelling of wijziging van een regeling inzake de behandeling van klachten van cliënten en het aanwijzen van personen die belast worden met de behandeling van klachten van cliënten;
- l. wijziging van de regeling, bedoeld in artikel 2, tweede lid⁵²³, en de vaststelling of wijziging van andere voor cliënten geldende regelingen;
- m. het belasten van personen met de leiding van een onderdeel van de instelling, waarin gedurende het etmaal zorg wordt verleend aan cliënten die in de regel langdurig in de instelling verblijven.

De zorgaanbieder mag onderwerpen aan deze lijst toevoegen of op andere wijze de bevoegdheden van de cliëntenraad uitbreiden⁵²⁴. Daarnaast heeft de cliëntenraad de bevoegdheid om ongevraagd te adviseren over alle onderwerpen, die voor de cliënten van belang zijn⁵²⁵. Indien de zorgaanbieder vervolgens een besluit wil nemen dat afwijkt van een gegeven advies, dient daarover ten minste eenmaal met de cliëntenraad overleg te worden gevoerd, voor zover dat redelijkerwijs mogelijk is⁵²⁶.

Ten aanzien van de onderwerpen genoemd in artikel 3 lid 1 onder i tot en met m (zie vorenstaande lijst) mag de zorgaanbieder geen besluit nemen dat afwijkt van het advies van de cliëntenraad, tenzij de commissie van vertrouwenslieden oordeelt dat de zorgaanbieder in redelijkheid daartoe kan komen⁵²⁷.

Indien de zorgaanbieder een privaatrechtelijke rechtspersoon is, dienen de statuten te voorzien in een regeling die waarborgt dat de cliënten invloed kunnen uitoefenen op de samenstelling van het bestuur of – indien de bestuurder(s) een gesalarieerde arbeidsrelatie met de instelling hebben – het toezichthoudend orgaan. Deze regeling dient ten minste in te houden dat de cliëntenraad of cliëntenraden een bindende voordracht mogen doen voor de benoeming van één lid van het bestuur c.q. de raad van toezicht⁵²⁸.

Hoewel de wet niet voorziet in centrale cliëntenraden en gemeenschappelijke cliëntenraden, komen deze in de praktijk toch voor. In vergelijking tot de WOR en de medezeggenschapsregelingen in het onderwijs is de WMCZ nogal summier. Overigens heeft de ministerraad op 3 juli 2009 ingestemd met een wetsvoorstel,

⁵²³ Artikel 2 lid 2, WMCZ, bepaalt: *De zorgaanbieder regelt schriftelijk: a. het aantal leden van de cliëntenraad, de wijze van benoeming, welke personen tot lid kunnen worden benoemd en de zittingsduur van de leden; b. de materiële middelen van de instelling, waarover de cliëntenraad ten behoeve van zijn werkzaamheid kan beschikken.*

⁵²⁴ Artikel 6, WMCZ.

⁵²⁵ Artikel 3 lid 3, WMCZ.

⁵²⁶ Artikel 4 lid 1, WMCZ.

⁵²⁷ Artikel 4 lid 2, WMCZ.

⁵²⁸ Artikel 7, WMCZ.

inhoudend de invoering van een Wet cliëntenrechten zorg (Wcz). Deze wet zal onder meer de WMCZ vervangen⁵²⁹.

3.8.3. Medezeggenschapsraden in het onderwijs

De medezeggenschap in het onderwijs is niet voor alle typen onderwijsinstellingen centraal geregeld. Voor primair onderwijs, voortgezet onderwijs en regionale expertisecentra is de medezeggenschap thans geregeld in de Wet medezeggenschap op scholen (30 november 2006), die de Wet medezeggenschap onderwijs 1992 vervangt.

Deze wet bepaalt dat aan iedere school, centrale dienst en regionaal expertisecentrum een medezeggenschapsraad verbonden dient te zijn. De leden van de medezeggenschapsraad worden voor de helft benoemd door en uit het personeel van de instelling en voor de andere helft door en uit de ouders (bij basisonderwijs) of deels uit de ouders en deels uit de leerlingen (bij het voortgezet onderwijs). Voor het speciaal onderwijs geldt een speciale regeling⁵³⁰. Een medezeggenschapsraad bestaat dus uit twee geledingen: een geleding personeel en een geleding ouders/leerlingen. Beide geledingen hebben ten dele eigen bevoegdheden.

Instemming van de medezeggenschapsraad is vereist voor besluiten van het bevoegd gezag strekkende tot:

- a. verandering van de onderwijskundig doelstellingen van de school;
- b. vaststelling of wijziging van het schoolplan dan wel het leerplan of de onderwijs- en examenregeling en het zorgplan;
- c. vaststelling of wijziging van een mogelijk schoolreglement;
- d. vaststelling of wijziging van het beleid met betrekking tot het verrichten van ondersteunende werkzaamheden door ouders ten behoeve van de school en het onderwijs;
- e. vaststelling of wijziging van regels op het gebied van het veiligheids-, gezondheids- en welzijnsbeleid, voor zover niet behorend tot de bevoegdheid van de personeelsgeleding;
- f. de aanvaarding van materiële bijdragen of geldelijke bijdragen dan in artikel 13, onderdeel c, en artikel 14, tweede lid, onderdeel c⁵³¹, bedoeld en niet gebaseerd op de onderwijswetgeving indien het bevoegd gezag daarbij verplichtingen op zich neemt waarmee de leerlingen binnen de schooltijden respectievelijk het onderwijs en tijdens

⁵²⁹ Wetsvoorstel 33243. De beoogde invoeringsdatum van de Wcz was 1 januari 2011, die datum is niet gehaald. Het wetsvoorstel is nog in behandeling bij de Tweede Kamer. Op 23 januari 2013 vond de eerste termijn van behandeling plaats in de Tweede Kamer. Op 11 maart 2013 werd het door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel ingediend bij de Eerste Kamer.

⁵³⁰ Artikel 3, Wet medezeggenschap op scholen.

⁵³¹ Artikel 13 onderdeel c en artikel 14 lid 2 onderdeel c zijn gelijkkluidend, namelijk: “de vaststelling of wijziging van de hoogte en de vaststelling of wijziging van de bestemming van de middelen die van de ouders of de leerlingen worden gevraagd zonder dat daartoe een wettelijke verplichting bestaat onderscheidenlijk zijn ontvangen op grond van een overeenkomst die door de ouders is aangegaan”.

- activiteiten die worden georganiseerd onder verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag, alsmede tijdens het overblijven, zullen worden geconfronteerd;
- g. de vaststelling of wijziging van de voor de school geldende klachtenregeling;
- h. overdracht van de school of van een onderdeel daarvan, respectievelijk fusie van de school met een andere school, dan wel vaststelling of wijziging van het beleid ter zake⁵³².

Advies van de medezeggenschapsraad dient door het bevoegd gezag in ieder geval gevraagd te worden voor besluiten strekkende tot:

- a. vaststelling of wijziging van het lesrooster in het voortgezet onderwijs;
- b. vaststelling of wijziging van het meerjarig financieel beleid voor de school, waaronder de voorgenomen bestemming van de middelen die door het bevoegd gezag ten behoeve van de school uit de openbare kas zijn toegekend of van anderen zijn ontvangen, met uitzondering van de middelen, bedoeld in artikel 13, onderdeel b, en artikel 14, tweede lid, onderdeel b⁵³³;
- c. beëindiging, belangrijke inkrimping of uitbreiding van de werkzaamheden van de school of van een belangrijk onderdeel daarvan, dan wel vaststelling of wijziging van het beleid ter zake;
- d. het aangaan, verbreken of belangrijk wijzigen van een duurzame samenwerking met een andere instelling dan we vaststelling of wijziging van het beleid ter zake;
- e. deelneming of beëindiging van deelneming aan een onderwijskundig project of experiment, dan wel vaststelling of wijziging van het beleid ter zake;
- f. vaststelling of wijziging van het beleid met betrekking tot de organisatie van de school;
- g. vaststelling of wijziging van een regeling op het gebied van aanstellings- of ontslagbeleid voor zover die vaststelling of wijziging verband houdt met de grondslag van de school of de wijziging daarvan;
- h. aanstelling of ontslag van de schoolleiding;
- i. vaststelling of wijziging van de concrete taakverdeling binnen de schoolleiding, alsmede vaststelling of wijziging van het managementstatuut;
- j. vaststelling of wijziging van het beleid met betrekking tot de toelating en verwijdering van leerlingen;
- k. vaststelling of wijziging van het beleid met betrekking tot de toelating van studenten die elders in opleiding zijn voor een functie in het onderwijs;
- l. regeling van de vakantie;
- m. het oprichten van een centrale dienst;
- n. nieuwbouw of een belangrijke verbouwing van de school;

⁵³² Artikel 10, Wet medezeggenschap op scholen.

⁵³³ Artikel 13 onderdeel b en artikel 14 lid 2 onderdeel b zijn gelijkkluidend: “verandering van de grondslag van de school of omzetting van de school of van een onderdeel daarvan, dan wel vaststelling of wijziging van het beleid ter zake”.

- o. vaststelling of wijziging van het beleid met betrekking tot het onderhoud van de school; en
- p. vaststelling of wijziging van de wijze waarop de voorziening, bedoeld in artikel 45, tweede lid, van de Wet op het primair onderwijs wordt georganiseerd⁵³⁴.

De personeelsgeleding heeft instemmingsrecht met betrekking tot de volgende aangelegenheden:

- a. regeling van de gevolgen voor het personeel van een besluit met betrekking tot een aangelegenheid als bedoeld in artikel 11, onder c, d, e en m;
- b. vaststelling of wijziging van de samenstelling van de formatie;
- c. vaststelling of wijziging van de regels met betrekking tot de nascholing van het personeel;
- d. vaststelling of wijziging van een mogelijk werkreglement voor het personeel en van de opzet en de inrichting van het werkoverleg, voor zover het besluit van algemene gelding is voor alle of een gehele categorie van personeelsleden;
- e. vaststelling of wijziging van de verloffregeling voor het personeel;
- f. vaststelling of wijziging van een arbeids- en rusttijdenregeling van het personeel;
- g. vaststelling of wijziging van het beleid met betrekking tot de toekenning van salarissen, toelagen en gratificaties aan het personeel;
- h. vaststelling of wijziging van de taakverdeling respectievelijk de taakbelasting binnen het personeel, de schoolleiding daaronder niet begrepen;
- i. vaststelling of wijziging van het beleid met betrekking tot personeelsbeoordeling, functiebeloning en functiedifferentiatie;
- j. vaststelling of wijziging van het beleid met betrekking tot het overdragen van de bekostiging;
- k. vaststelling of wijziging van een regeling op het gebied van de arbeidsomstandigheden, het ziekteverzuim of het re-integratiebeleid;
- l. vaststelling of wijziging van een regeling op het gebied van bedrijfsmaatschappelijk werk;
- m. vaststelling of wijziging van een regeling over het verwerken van en de bescherming van persoonsgegevens van het personeel;
- n. vaststelling of wijziging van een regeling inzake voorzieningen die gericht zijn op of geschikt zijn voor waarneming van op controle op aanwezigheid, gedrag of prestaties van het personeel;
- o. vaststelling of wijziging van een regeling op het gebied van het bevorderingsbeleid of op het gebied van het aanstellings- en ontslagbeleid voor zover die vaststelling of wijziging geen verband houdt met de grondslag van de school of de wijziging daarvan;
- p. vaststelling of wijziging van regels waarover partijen die een collectieve arbeidsovereenkomst hebben gesloten, zijn overeengekomen dat die regels of de wijziging

⁵³⁴ Artikel 11, Wet medezeggenschap op scholen.

daarvan in het overleg tussen bevoegd gezag en het personeelsdeel van de medezeggenschapsraad tot stand wordt gebracht;

- q. vaststelling of wijziging van de regeling, bedoeld in artikel 28, voor zover die betrekking heeft op personeel⁵³⁵.

De bevoegdheden van de ouders/leerlingen geleding verschillen per schooltype. Op scholen voor primair onderwijs heeft de ouders/leerlingen geleding instemmingsrecht voor besluiten van het bevoegd gezag met betrekking tot:

- a. regeling van de gevolgen voor de ouders of leerlingen van een besluit met betrekking tot een aangelegenheid als bedoeld in artikel 11, onder c, d, e en m;
- b. verandering van de grondslag van de school of omzetting van de school of een onderdeel daarvan, dan wel vaststelling of wijziging van het beleid ter zake;
- c. de vaststelling of wijziging van de hoogte en de vaststelling of wijziging van de bestemming van de middelen die van de ouders of de leerlingen worden gevraagd zonder dat daartoe een wettelijke verplichting bestaat onderscheidenlijk zijn ontvangen op grond van een overeenkomst die door de ouders is aangegaan;
- d. vaststelling of wijziging van het beleid met betrekking tot voorzieningen ten behoeve van de leerlingen;
- e. vaststelling of wijziging van een mogelijk ouders- of leerlingen statuut;
- f. de wijze waarop invulling wordt gegeven aan tussenschoolse opvang;
- g. vaststelling van de schoolgids;
- h. vaststelling van de onderwijstijd;
- i. vaststelling of wijziging van een regeling over het verwerken van en de bescherming van persoonsgegevens van ouders en leerlingen;
- j. vaststelling of wijziging van het beleid met betrekking tot activiteiten die buiten de voor de school geldende onderwijstijd worden georganiseerd onder verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag;
- k. vaststelling of wijziging van het beleid ten aanzien van de uitwisseling van informatie tussen bevoegd gezag en ouders;
- l. vaststelling of wijziging van de regeling, bedoeld in artikel 28, voor zover die betrekking heeft op ouders en leerlingen⁵³⁶.

Bij scholen voor voortgezet onderwijs wordt onderscheiden tussen instemmingsrechten voor de geleding ouders en leerlingen, de geleding ouders en de geleding leerlingen. Instemming van het deel van de medezeggenschapsraad dat door ouders en leerlingen is gekozen is vereist met betrekking tot de aangelegenheden, die hiervoor ten aanzien van het primair onderwijs zijn genoemd onder g, h en j⁵³⁷. Instemming van het deel van de medezeggenschapsraad dat door ouders

⁵³⁵ Artikel 12 lid 1, Wet medezeggenschap op scholen. Ik ga voorbij aan enkele bijzondere bepalingen met betrekking tot de medezeggenschap op scholen voor speciaal onderwijs.

⁵³⁶ Artikel 13, Wet medezeggenschap op scholen.

⁵³⁷ Artikel 14 lid 1, Wet medezeggenschap op scholen.

is gekozen is vereist voor de aangelegenheden, die hiervoor ten aanzien van het primair onderwijs zijn genoemd onder a (voor zover het de ouders betreft), b, c, e (voor zover het een ouderstatuut betreft), i (voor zover het de ouders betreft), k en l (voor zover het de ouders betreft), alsmede de vaststelling of wijziging van het beleid met betrekking tot het beheersbaar houden van de middelen die van de ouders of de leerlingen worden gevraagd voor schoolboeken en lesmateriaal, noodzakelijk om het onderwijs aan de school te kunnen volgen, en voor andere schoolkosten, die door het bevoegd gezag noodzakelijk worden bevonden⁵³⁸.

Instemming van het deel van de medezeggenschapsraad dat door de leerlingen is gekozen, is vereist voor de aangelegenheden, die hiervoor ten aanzien van het primair onderwijs zijn genoemd onder a (voor zover het de leerlingen betreft), e (voor zover het een leerlingenstatuut betreft), d, i (voor zover het de leerlingen betreft) en l (voor zover het de leerlingen betreft)⁵³⁹.

Indien het desbetreffende bevoegd gezag meerdere scholen in stand houdt, dient tevens een gemeenschappelijke medezeggenschapsraad gevormd te worden, waarin elke medezeggenschapsraad van de betrokken scholen is vertegenwoordigd⁵⁴⁰. Ook de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad is georganiseerd in twee geledingen. De gemeenschappelijke medezeggenschapsraad en zijn geledingen treedt in de plaats van de medezeggenschapsraden c.q. de geledingen daarvan in aangelegenheden die van gemeenschappelijk belang zijn voor alle scholen of voor de meerderheid van de scholen die door het bevoegd gezag in stand worden gehouden⁵⁴¹.

De gemeenschappelijke medezeggenschapsraad heeft voorts adviesrecht inzake:

- a. vaststelling of wijziging van de hoofdlijnen van het meerjarig financieel beleid;
- b. de criteria voor de verdeling van deze middelen over voorzieningen op bovenschools niveau en op schoolniveau;
- c. aanstelling en ontslag van personeel met managementtaken ten behoeve van meer dan één school⁵⁴².

De personeelsgeleding van de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad heeft het instemmingsrecht met betrekking tot alle besluiten van het bevoegd gezag strekkende tot vaststelling of wijziging van de formatie van personeel dat werkzaamheden verricht ten behoeve van meer dan één school⁵⁴³.

⁵³⁸ Artikel 14 lid 2, Wet medezeggenschap op scholen.

⁵³⁹ Artikel 14 lid 3, Wet medezeggenschap op scholen.

⁵⁴⁰ Artikel 4, Wet medezeggenschap op scholen.

⁵⁴¹ Artikel 16 lid 1, Wet medezeggenschap op scholen.

⁵⁴² Artikel 16 lid 2, Wet medezeggenschap op scholen.

⁵⁴³ Artikel 16 lid 3, Wet medezeggenschap op scholen.

De regeling voor de medezeggenschap op scholen is hiermee slechts op hoofdlijnen geschetst. De instemmings- en adviesbevoegdheden van de medezeggenschapsraad en de geledingen zijn niet van toepassing ten aanzien van aangelegenheden voor zover de school die reeds heeft geregeld ingevolge een wettelijk voorschrift, of die reeds geregeld zijn in een collectieve arbeidsovereenkomst en eventueel voor zover ander wettelijk voorgeschreven overleg heeft plaatsgevonden⁵⁴⁴.

Er is de mogelijkheid om een deelraad in te stellen voor een deel van een school. De instelling van een deelraad vereist de instemming van het bevoegd gezag en van twee/derden van de leden van de medezeggenschapsraad. De bevoegdheden van de medezeggenschapsraad gaan dan over op de deelraad voor zover het aangelegenheden betreft die uitsluitend het desbetreffende deel van de school aangaan⁵⁴⁵.

Voorts is er de mogelijkheid om een groepsmedezeggenschapsraad in te stellen voor een groep van scholen afzonderlijk. De instelling van een groepsmedezeggenschapsraad vereist de instemming van het bevoegd gezag en van twee/derden van de leden van de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad⁵⁴⁶.

Dan is er de mogelijkheid om voor bepaalde aangelegenheden een themaraad in te stellen. Dit kan plaatsvinden zowel op schoolniveau als op bovenschools niveau en vereist de instemming van zowel het bevoegd gezag als van twee/derden van de leden van de medezeggenschapsraad c.q. de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad⁵⁴⁷.

Tenslotte kan een bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad worden in gesteld indien alle betrokken gemeenschappelijke medezeggenschapsraden of – bij ontbreken van een gemeenschappelijke medezeggenschapsraad – alle medezeggenschapsraden daarmee instemmen⁵⁴⁸.

Het medezeggenschapsstatuut en het medezeggenschapsreglement worden vastgesteld door het bevoegd gezag, zij het met instemming van twee/derden van de leden van de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad c.q. de medezeggenschapsraad. De regeling voor scholen wijkt hiermee af van de Wet op de ondernemingsraden, waar de ondernemingsraad zelf een reglement vaststelt, ten aanzien waarvan de ondernemer slechts een adviesbevoegdheid heeft.

Het medezeggenschapsstatuut dient ten minsten eenmaal per twee jaar opnieuw te worden vastgesteld, waarbij de wet overigens niet regelt wat de gevolgen zijn indien de hernieuwde vaststelling na twee jaar niet plaatsvindt. Blijft het oude statuut dan gelden of is er geen statuut meer? Het medezeggenschapsstatuut

⁵⁴⁴ Artikel 37, Wet op het primair onderwijs, artikel 37, Wet op de expertisecentra, artikel 40, Wet op het voortgezet onderwijs, artikel 4a lid 2, Experimentenwet onderwijs. Ik laat dit verder rusten.

⁵⁴⁵ Artikel 20 lid 1, Wet medezeggenschap op scholen.

⁵⁴⁶ Artikel 20 lid 2, Wet medezeggenschap op scholen.

⁵⁴⁷ Artikel 20 lid 4, Wet medezeggenschap op scholen.

⁵⁴⁸ Artikel 20 lid 5, Wet medezeggenschap op scholen.

dient in ieder geval te regelen: of er deelraden, groepsraden, themaraden zijn en wat de bevoegdheden van de themaraden zijn, de samenstelling van de raden, de wijze waarop en de termijnen waarbinnen de raden hun informatie van het bevoegd gezag ontvangen, de wijze waarop de raden en hun geledingen elkaar informeren, de beschikbare faciliteiten, wie namens het bevoegd gezag de besprekingen voert met de raden⁵⁴⁹.

Het medezeggenschapsreglement regelt zaken als: aantal leden van de raad, organisatie van verkiezingen, zittingsduur, informatieverschaffing, termijnen voor besluitvorming, bevoegdheden van deelraden en themaraden, geheimhouding en geschillenbeslechting (voor zover de wet niet in geschillenbeslechting heeft voorzien)⁵⁵⁰.

Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat het onderscheid tussen medezeggenschapsstatuut en medezeggenschapsreglement niet scherp is vormgegeven. De inhoud kan elkaar deels overlappen, zodat de vraag rijst wat de zin van dit onderscheid is. De betreffende materie lijkt ook in één document te regelen te zijn. Maatwerk per instelling is in theorie mogelijk voor wat betreft de invulling van de bevoegdheden: de wettelijke regeling geeft de ruimte aan de medezeggenschapsraad om een instemmingsbevoegdheid om te zetten in een adviesbevoegdheid en omgekeerd. Een zodanige omzetting vereist wel de instemming van het bevoegd gezag. Daarnaast is het mogelijk dat een geleding een bevoegdheid overdraagt aan de medezeggenschapsraad. Ook dit vereist de instemming van het bevoegd gezag. Voorts kan het bevoegd gezag in het reglement andere dan de in de wet genoemde aangelegenheden instemming- of adviesplichtig maken⁵⁵¹. In hoeverre in de praktijk van deze ruimte gebruik gemaakt wordt, is een interessante vraag, die buiten het raam van dit onderzoek valt.

3.8.4. Universiteiten

Medezeggenschap in het hoger en wetenschappelijk onderwijs is geregeld in de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) van 8 oktober 1992 en wel in hoofdstuk 9, titel 2, voor wat betreft universiteiten en in hoofdstuk 10, titel 3, voor wat betreft hogescholen.

Een openbare universiteit wordt bestuurd door een College van Bestuur van ten hoogste drie leden, waaronder de rector magnificus. De leden van het College van Bestuur worden benoemd en ontslagen door de Raad van Toezicht, de voorzitter wordt in functie benoemd⁵⁵². Het College van Bestuur is verantwoordelijk verschuldigd aan de Raad van Toezicht, bestaande uit ten minste drie en ten hoogste negen leden, die worden benoemd door de Minister van Onderwijs, Cul-

⁵⁴⁹ Artikel 22, Wet medezeggenschap op scholen.

⁵⁵⁰ Artikel 24 lid 1, Wet medezeggenschap op scholen.

⁵⁵¹ Artikel 24 leden 2 en 3, Wet medezeggenschap op scholen.

⁵⁵² Artikel 9.3, WHW.

tuur en Wetenschap⁵⁵³. Opvallend is de bepaling dat de minister één lid benoemt dat in het bijzonder het vertrouwen heeft van de universiteitsraad, dan wel van de ondernemingsraad en het medezeggenschapsorgaan voor de studenten⁵⁵⁴. De wetgever heeft de minister kennelijk niet willen opzadelen met voordrachten van belangenvertegenwoordigers, maar heeft die laatsten toch ook niet willen negeren.

Voor de vormgeving van de medezeggenschap heeft het College van Bestuur de keuze uit twee mogelijkheden. De eerste mogelijkheid is: toepassing van de Wet op de ondernemingsraden. In dat geval is de wettelijke regeling omtrent universiteitsraad en faculteitsraden niet van toepassing, daarom dient het College van Bestuur een eigen medezeggenschapsregeling voor de studenten vast te stellen, die tenminste gelijkwaardig is aan de wettelijke regeling⁵⁵⁵. Het resultaat is dat er twee medezeggenschapsorganen naast elkaar zullen bestaan: de ondernemingsraad en het medezeggenschapsorgaan voor de studenten. De wet geeft bovendien dwingendrechtelijk enkele bevoegdheden aan een gezamenlijke vergadering van beide organen⁵⁵⁶.

De tweede mogelijkheid is: de Wet op de ondernemingsraden niet toepassen. In dat geval is er een universiteitsraad, bestaande uit ten hoogste vierentwintig leden, waarvan de helft wordt benoemd door het personeel en de andere helft door de studenten⁵⁵⁷.

Het College van Bestuur kan de keuze voor hetzij de eerste, hetzij de tweede mogelijkheid heroverwegen, doch niet eerder dan vijf jaar nadat de vorige keuze van kracht is geworden⁵⁵⁸.

Het reglement voor de universiteitsraad wordt vastgesteld door het College van Bestuur⁵⁵⁹, mits met instemming van twee/derden van de leden van de universiteitsraad⁵⁶⁰ waarbij in ieder dienen te worden geregeld:

- a. *de aangelegenheden waarover de raad, onverminderd artikel 9.33⁵⁶¹, instemmingsrecht heeft;*
- b. *de aangelegenheden waarover de raad adviesrecht heeft, met dien verstande dat de raad ten minste adviesrecht wordt toegekend inzake aangelegenheden die het voortbe-*

⁵⁵³ Artikel 9.7, WHW.

⁵⁵⁴ Artikel 9.7 lid 2, WHW.

⁵⁵⁵ Artikel 9.30 leden 2 en 3, WHW.

⁵⁵⁶ Artikel 9.30a, WHW.

⁵⁵⁷ Artikel 9.31, WHW.

⁵⁵⁸ Artikel 9.29 lid 2, WHW.

⁵⁵⁹ Artikel 9.34 lid 1, WHW.

⁵⁶⁰ Artikel 9.34 lid 2, WHW.

⁵⁶¹ Ingevolge artikel 9.33, WHW, heeft de universiteitsraad in ieder geval instemmingsrecht met betrekking tot de vaststelling of wijziging van het instellingsplan, het systeem van kwaliteitszorg, het beleid met betrekking tot de uitkomsten van kwaliteitsbeoordeling, het bestuurs- en beheersreglement, regels omtrent arbeidsomstandigheden, de keuze van het medezeggenschapsstelsel en financiële ondersteuning van studenten.

staan en de goede gang van zaken binnen de universiteit betreffen, alsmede inzake de begroting;

- c. het aantal leden van de raad;
- d. de wijze en de organisatie van de verkiezingen van de leden van de raad;
- e. de zittingsduur van de leden van de raad;
- f. de wijze waarop het college van bestuur informatie verschaft aan de raad;
- g. de termijnen binnen welke tot instemming of tot onthouding van instemming dient te worden besloten, en de termijnen binnen welke advies dient te worden uitgebracht;
- h. de bevoegdheden die door de faculteitsraden worden uitgeoefend;
- i. de toekenning aan het deel van de raad dat uit en door het personeel is gekozen, van de bevoegdheden inzake de arbeidsomstandigheden die krachtens de Arbeidsomstandighedenwet en de algemene maatregel van bestuur die op grond van artikel 16 van de wet aan de medezeggenschapsraad zijn toegekend;
- j. de toekenning aan de raad van een overeenkomstig bevoegdheid als bedoeld in artikel 12, tweede lid aanhef en onderdeel d, van de Algemene wet gelijke behandeling, waarbij dan artikel 21, tweede lid, van de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen van overeenkomstige toepassing is;
- k. de toekenning aan de raad of aan het deel van de raad dat uit en door het personeel is gekozen, van de bevoegdheden inzake de arbeidsomstandigheden in de universiteit voorzover deze niet betreffen te nemen besluiten van het college van bestuur, bedoeld in artikel 9.33 onderdeel e, en
- l. welke geschillen tussen het college van bestuur en de raad, waarvoor deze wet niet in een geschillenregeling voorziet, worden voorgelegd aan de commissie voor geschillen, bedoeld in artikel 9.39, wie het geschil aanhangig kan maken en of daarbij de commissie om bemiddeling dan wel een oordeel wordt verzocht, voorzover de commissie voor geschillen in haar reglement daarvoor de mogelijkheid biedt.⁵⁶²

Instemming van het deel van de universiteitsraad dat door en uit het personeel gekozen is, is vereist voor elk besluit van het College van Bestuur met betrekking tot aangelegenheden van algemeen belang voor de bijzondere rechtstoestand van het personeel in de universiteit⁵⁶³.

Ten opzichte van andere wettelijke medezeggenschapsregelingen valt op, dat de wet het aan de universiteiten grotendeels zelf overlaat om invulling te geven aan de onderwerpen waarvoor instemmingsrecht c.q. waarover adviesrecht bestaat. Indien een universiteit meer dan één faculteit omvat, heeft elke faculteit een faculteitsraad⁵⁶⁴. De rechten die de universiteitsraad uitoefent ten opzichte van het College van Bestuur, oefent de faculteitsraad uit tegenover de decaan c.q. het faculteitsbestuur waarvan de decaan de voorzitter is⁵⁶⁵.

⁵⁶² Artikel 9.34 lid 3, WHW.

⁵⁶³ Artikel 9.35, WHW.

⁵⁶⁴ Artikel 9.37 lid 1, WHW.

⁵⁶⁵ Zie artikel 9.12 leden 1 en 2, WHW.

Indien een universiteit centrale diensten heeft⁵⁶⁶, dient het College van Bestuur één of meer dienststraden in te stellen ten behoeve van het personeel dat in die diensten werkzaam is. De dienststraden hebben adviesrecht met betrekking tot de wijze waarop arbeids- en dienstvoorwaarden worden toegepast, de wijze waarop het algemeen personeelsbeleid wordt toegepast, de arbeidsomstandigheden, de organisatie en werkwijze, alsmede de technische en economische dienstuitvoering, als voor zover het de desbetreffende centrale dienst aangaat⁵⁶⁷. De dienststraden hebben instemmingsrecht ten aanzien van elke maatregel die het hoofd van de dienst wil nemen, waarover de dienstraad heeft geadviseerd op grond van het wettelijk adviesrecht⁵⁶⁸. Het adviesrecht en het instemmingsrecht zijn hier met elkaar verweven.

Bijzondere universiteiten – uitgaande van een vereniging, een stichting of een kerkelijke rechtspersoon – zijn verplicht om de medezeggenschapsregeling uit de wet over te nemen in hun statuten, voor zover de eigen aard van de bijzondere universiteit zich daar niet tegen verzet⁵⁶⁹.

3.8.5. Hogescholen

Bij hogescholen dient op instellingsniveau een medezeggenschapsraad te zijn ingesteld. Het aantal leden van die raad is in de wet vastgelegd (niet gemaximeerd, maar gefixeerd)⁵⁷⁰. Aan faculteiten of andere organisatorische eenheden dient een deelraad verbonden te zijn⁵⁷¹. De medezeggenschaps- en deelraden bestaan, evenals universiteits- en faculteitsraden, voor de helft uit leden gekozen door en uit het personeel en voor de andere helft uit leden gekozen door en uit de studenten⁵⁷². Hogescholen hebben niet, zoals universiteiten, de vrijheid om te kiezen voor toepassing van de Wet op de ondernemingsraden in combinatie met instelling van een medezeggenschapsorgaan voor studenten. Inhoudelijk lopen de bevoegdheden van de medezeggenschapsorganen van hogescholen parallel aan die van de medezeggenschapsorganen aan de universiteiten. De mogelijkheid van aparte dienststraden voor centrale diensten biedt de wet voor hogescholen niet. Wel kunnen er personeels- en studentencommissies worden ingesteld met een adviserende bevoegdheid jegens de medezeggenschapsraad⁵⁷³. Dit laatste is een wezenlijk verschil met de dienststraden, die de bestuurder van de dienst als gesprekspartner hebben.

⁵⁶⁶ Dit dient te blijken uit het door het College van Bestuur vast te stellen bestuurs- en beheersreglement, zie artikel 9.50 lid 1, WHW.

⁵⁶⁷ Zie artikel 9.50 lid 2, WHW.

⁵⁶⁸ Artikel 9.50 lid 3, WHW.

⁵⁶⁹ Artikel 9.51 lid 2, WHW.

⁵⁷⁰ Artikel 10.17 lid 2, WHW.

⁵⁷¹ Artikel 10.17 lid 1, WHW.

⁵⁷² Artikel 10.17 lid 3, WHW.

⁵⁷³ Artikel 10.34, WHW.

Indien een rechtspersoon meerder hogescholen in stand houdt, is er – analoog aan de medezeggenschapsraden in het primair en voortgezet onderwijs – de mogelijkheid om een gemeenschappelijke medezeggenschapsraad in het leven te roepen, gekozen door en uit de leden van de afzonderlijke medezeggenschapsraden en wel zo dat de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad voor de helft uit personeel en voor de helft uit studenten bestaat⁵⁷⁴.

De WHW kent voorts nog bijzondere regelingen voor onder meer de Open Universiteit, waar als medezeggenschapsorgaan een studentenraad is ingesteld⁵⁷⁵ en voor de academische ziekenhuizen. Academische ziekenhuizen zijn verbonden aan een universiteit, de medezeggenschap verloopt via de faculteit geneeskunde.

3.8.6. Stakeholders

Hiervoor is uitvoerig stilgestaan bij de medezeggenschapsregelingen, omdat het hebben van een geïnstitutionaliseerde belanghebbendenvertegenwoordiging één van de kenmerken zou dienen te zijn van de maatschappelijke onderneming. Uit het voorgaande blijkt dat medezeggenschap voor verschillende categorieën belanghebbenden is geregeld. De bestaande regelingen zijn divers en geavanceerd⁵⁷⁶. Kan één orgaan van belanghebbenden alle vormen van medezeggenschap vervangen of dient de belanghebbendenvertegenwoordiging een plaats te krijgen naast bestaande medezeggenschapsstructuren? De vormgeving van de medezeggenschap in het onderwijs laat zien dat medezeggenschap maatwerk is en dat de vertegenwoordiging van belanghebbenden op verschillende niveaus tegelijk kan en moet plaatsvinden.

Bij de universiteiten zien we zelfs dat gekozen kan worden tussen twee regimes, waarbij de medezeggenschap in ieder geval zowel op het niveau van de universiteit als op het niveau van de faculteit plaatsvindt. Ook de regeling voor de universiteiten differentieert tussen categorieën belanghebbenden, namelijk personeel⁵⁷⁷ en studenten. De grote diversiteit aan regelingen roept daarnaast

⁵⁷⁴ Artikel 10.35, WHW.

⁵⁷⁵ Artikel 11.13, WHW.

⁵⁷⁶ Van der Voet heeft voor de zorg een zekere harmonisatie van medezeggenschap bepleit en daarvoor als eerste aanzet enkele algemene beginselen geformuleerd: het medezeggenschapsreglement dient tweezijdig tot stand te komen tussen instelling en medezeggenschapsorgaan, het medezeggenschapsorgaan dient onafhankelijk van de instelling te zijn, de medezeggenschap dient zo laag mogelijk in de organisatie gepositioneerd te worden, medezeggenschap volgt zeggenschap, onlogische verschillen in bevoegdheden dienen te worden vermeden, geschillen dienen in eerste instantie door bemiddeling te worden opgelost en als bemiddeling niet slaagt, dient er een effectieve en efficiënte nalevingprocedure te zijn, zie Van der Voet, blz. 47.

⁵⁷⁷ Waarbij nog kan worden onderverdeeld in onderwijzend personeel en ondersteunend personeel. Dit komt in de wet reeds tot uitdrukking waar de instelling van dienstraden is geregeld voor de centrale diensten. Maar daarnaast worden in universiteitsraad- en faculteitsraadreglementen voorzieningen getroffen die er op zijn gericht dat zowel onderwijzend als ondersteunend personeel in de raad vertegenwoordigd zijn.

de vraag op in welke leemte een belanghebbendenvertegenwoordiging nog zou moeten voorzien⁵⁷⁸.

Een belangrijk element in de vormgeving van de maatschappelijke onderneming is de participatie van belanghebbenden of stakeholders in het bestuurlijke besluitvormingsproces. Er is vaak een brede kring van betrokkenen, die een belang hebben bij het functioneren van de maatschappelijke onderneming. Die betrokkenheid dient te worden gereguleerd, zodat duidelijk is welke rol aan belanghebbenden toekomt. De Ru beschouwt die betrokkenheid als de ‘maatschappelijke legitimering’ voor de onderneming⁵⁷⁹. Scheltema is van mening dat belangenvertegenwoordiging reeds naar zijn aard een te beperkte invulling is van de behoefte aan legitimering. Een maatschappelijke onderneming dient een algemeen publiek belang, dat vraagt om een evenwichtig beleid, terwijl belangenvertegenwoordiging per definitie onevenwichtig is⁵⁸⁰.

De term stakeholders wordt gebruikt in de bestuurskunde en is een verzamelbegrip voor alle groepen, organisaties en individuen, waarvan belangen geraakt worden, zodanig dat zij er in redelijkheid aanspraak op kunnen maken dat hun belangen worden betrokken in de overwegingen die tot een besluit zullen leiden⁵⁸¹. Een stakeholder zou derhalve bepaalde rechten dienen te hebben teneinde zijn belangen te kunnen nastreven. Een relevante vraag is of een stakeholder ook verplichtingen kan hebben. De SER wijst er op, dat het terugtreden van de overheid gepaard dient te gaan met een actief en verantwoordelijk ‘burgerschap’. Van het individu wordt een zekere discipline verwacht, tot uiting komend in een verantwoord gebruik van de beschikbare diensten, rekening houdend met de publieke belangen en de collectieve kosten die dat gebruik met zich meebrengt⁵⁸². Anders gezegd: de stakeholder mag niet een calculerende burger zijn, die alleen bedacht is op zijn eigen korte termijn belang. Maar ondanks dat van de burger verlangd wordt dat hij rekening houdt met de publieke belangen, onderkent de SER dat de borging van de publieke belangen een overheidstaak blijft⁵⁸³. Het lijkt er op dat de belanghebbende wel een stem dient te krijgen, maar dat hij met die stem een taak moet gaan vervullen die hem eigenlijk niet wordt toevertrouwd. Dit wantrouwen komt mijns inziens voort uit het feit dat aan de belanghebbende een onterechte eis wordt gesteld. Wanneer wij een partij, waarvan we erkennen dat hij eigen belangen heeft, een bepaalde zeggenschap geven, zullen we moeten accepteren dat die partij met die zeggenschap eigen belangen nastreeft. Het verantwoord burgerschap dat de SER beoogt, vraagt om een vorm van sociale

⁵⁷⁸ Zie ook Sijmons/Van den Ende, blz. 50.

⁵⁷⁹ De Ru, blz. 35.

⁵⁸⁰ Zie Scheltema (2007), blz. 590.

⁵⁸¹ Zie Van Luijk/Schilder.

⁵⁸² SER (2005), blz. 29.

⁵⁸³ SER (2005), blz. 30.

controle die in een hedendaagse verstedelijkte samenleving een illusie is. Het is overigens de vraag of dat ooit anders is geweest.

3.8.7. Stakeholders van de kapitaalvennootschap

Ten aanzien van kapitaalvennootschappen wordt onderscheid gemaakt tussen enerzijds de Angelsaksische benadering, waarbij de vennootschap primair wordt benaderd als een samenwerkingsverband van kapitaalverschaffers, gericht op waardecreatie ten behoeve van die kapitaalverschaffers, en anderzijds het Rijnlandse model, waarbij de vennootschap wordt beschouwd als een samenwerkingsverband van diverse stakeholders (kapitaalverschaffers, werknemers, maar ook afnemers en leveranciers) en waarbij het bestuur van de vennootschap wordt geacht de belangen van die stakeholders voortdurend tegen elkaar af te wegen. Er zijn voortekenen dat deze tegenstelling achterhaald is, in die zin dat men inziet dat de werkelijkheid genuanceerder is dan beide modellen beschrijven. Ook in Angelsaksische landen is oog voor de positie van andere betrokkenen dan de aandeelhouders. In landen met de Rijnlandse benadering blijkt toch het belang van de aandeelhouders voorop te staan bij het bepalen van het beleid⁵⁸⁴. Het primaat ligt bij de aandeelhouders. Andere partijen reageren op standpunten en initiatieven van casu quo ten behoeve van de aandeelhouders. De wensen van andere partijen zijn van invloed omdat en voor zover het in het belang van de aandeelhouders is om daar rekening mee te houden. Tegelijkertijd dient de invloed van medezeggenschap niet onderschat te worden. Willems is – mede op basis van zijn ervaring als president van de Ondernemingskamer – van mening, dat de ondernemingsraad meer bevoegdheden heeft dan de algemene vergadering van aandeelhouders⁵⁸⁵ en Sprengers valt hem bij⁵⁸⁶.

3.8.8. Aandeelhouders versus leden

In het voorgaande stonden we even stil bij het onderscheid tussen aandeelhouders en leden. Aandeelhouders zijn betrokken bij een kapitaalvennootschap. Hun betrokkenheid wordt gekenmerkt door deelname in het kapitaal van de vennootschap. De enige verplichting die zij tegenover de vennootschap hebben is het volstorten van de door hen genomen aandelen⁵⁸⁷. De vrijheid van handelen van de aandeelhouder wordt door niets anders begrensd dan de norm van artikel 2:8 lid 1, Burgerlijk Wetboek: *Een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, moeten zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.*

⁵⁸⁴ Schuit, blz. 16.

⁵⁸⁵ J.H.M. Willems in zijn oratie “Van Groeningen naar Groningen: over litigation en legislation” te Groningen, gehouden op 30 november 2010.

⁵⁸⁶ L.C.J. Sprengers in Mr-Online, <http://www.mr-online.nl/digimagazine/mr11/magazine.php?page=14>, geraadpleegd op 17 mei 2011.

⁵⁸⁷ Artikel 2:81 en 2:192, Burgerlijk Wetboek.

De betrokkenheid van aandeelhouders bij de vennootschap is vrijwillig. De beslissing om één of meer aandelen in een vennootschap te nemen berust altijd op een eigen keuze, voortvloeiend uit aanbod en aanvaarding. Dat wil niet zeggen dat men de vrijheid heeft om aandeelhouder te worden van elke vennootschap waarvan men dat zou willen. De vennootschap kan in haar statuten kwaliteitseisen stellen aan het aandeelhouderschap, bovendien zal hetzij door de daartoe aangewezen organen van de vennootschap besluitvorming dienen plaatsvinden tot uitgifte van aandelen dan wel ter uitvoering van de statutaire blokkeringsregeling, hetzij door een aandeelhouder besloten dienen te worden tot vervreemding van één of meer door hem gehouden aandelen. Indien niet aldus aandelen beschikbaar komen, kan men geen aandeelhouder worden. Echter is niemand verplicht tot het aanvaarden van aandelen⁵⁸⁸. Iedere aandeelhouder heeft voorts het recht om zijn aandeelhouderschap te beëindigen door zijn aandelen over te dragen aan een ander⁵⁸⁹. Dit recht mag vennootschapsrechtelijk niet onmogelijk of uiterst bezwaarlijk worden gemaakt. Contractuele beperking van dit recht is wel mogelijk, maar dat contract gaat de desbetreffende aandeelhouder vrijwillig aan.

Leden zijn betrokken bij een vereniging. Evenals het aandeelhouderschap bij de kapitaalvennootschap, berust ook het lidmaatschap van een vereniging op een eigen keuze, voortvloeiend uit aanbod en aanvaarding. De vereniging kan in haar statuten voorwaarden stellen waaraan men dient te voldoen om te kunnen toetreden als lid, daarnaast zal een besluit tot toelating nodig zijn van een daartoe bij de statuten aangewezen orgaan van de vereniging⁵⁹⁰, tenzij de statuten uitdrukkelijk bepalen dat de vereniging ieder die zich aanmeldt onvoorwaardelijk als lid zal accepteren⁵⁹¹. Slechts bij of krachtens de statuten kan de vereniging aan de leden verplichtingen opleggen⁵⁹². De vereniging kan slechts ten laste van de leden verplichtingen aangaan voor zover dit in de statuten uitdrukkelijk is bepaald⁵⁹³. Een lid heeft de vrijheid zijn lidmaatschap door opzegging te beëindigen⁵⁹⁴. Indien ingevolge een besluit van een verenigingsorgaan de rechten van een lid worden beperkt of zijn verplichtingen verzwaaard, heeft hij in beginsel zelfs het recht zijn lidmaatschap met onmiddellijke ingang te beëindigen, waarna het

⁵⁸⁸ Denkbaar is dat men contractueel verplicht is tot het nemen van aandelen, maar dan is men uit eigen keuze de desbetreffende overeenkomst aangegaan.

⁵⁸⁹ Zie artikel 2:87 lid 1 en 2:195 lid 8, Burgerlijk Wetboek.

⁵⁹⁰ Artikel 2:33, Burgerlijk Wetboek.

⁵⁹¹ Dijk/Van der Ploeg, blz. 101 e.v.

⁵⁹² Artikel 2:34a, Burgerlijk Wetboek.

⁵⁹³ Artikel 2:46, Burgerlijk Wetboek.

⁵⁹⁴ Artikel 2:35 lid 1 sub b, Burgerlijk Wetboek. Deze bepaling is van dwingend recht (zie artikel 2:) en uitzonderingen kunnen slechts uit de wet voortvloeien. Als zodanige uitzondering kan beschouwd worden het lidmaatschap van de vereniging van eigenaars als bedoeld in artikel 3:125 lid 2, Burgerlijk Wetboek.

desbetreffende besluit om hem niet van toepassing is⁵⁹⁵. Contractuele beperking van het recht tot opzegging is denkbaar, maar heeft geen rechtspersonenrechtelijke werking.

Aandeelhouders hebben toegang tot de algemene vergadering van aandeelhouders van de vennootschap en hebben daar stemrecht⁵⁹⁶. De algemene vergadering van aandeelhouders heeft dwingendrechtelijk de bevoegdheden tot het benoemen, schorsen en ontslaan van bestuurders van de rechtspersoon, het vaststellen van de jaarrekening, het wijzigen van de statuten en het ontbinden van de rechtspersoon⁵⁹⁷. Leden hebben in beginsel toegang tot de algemene vergadering van de vereniging en hebben daar stemrecht⁵⁹⁸. De algemene vergadering heeft, evenals de algemene vergadering van aandeelhouders van een vennootschap, dwingendrechtelijk de bevoegdheden tot het benoemen, schorsen en ontslaan van bestuurders van de rechtspersoon, het vaststellen van de jaarrekening, het wijzigen van de statuten en het ontbinden van de rechtspersoon⁵⁹⁹.

De positie van de aandeelhouders van een kapitaalvennootschap en de positie van de leden van een vereniging kennen derhalve grote onderlinge overeenkomsten en weinig verschillen. De verschillen vloeien uitsluitend voort uit de aard van de rechtspersoon: bij de vennootschap is er de verplichting tot storting van kapitaal, bij de vereniging vloeit de aard van de verplichtingen voort uit de statuten. Indien de statuten van een vereniging de leden uitsluitend zouden verplichten tot een eenmalige storting van een entreegeld, zou het verschil in positie met een aandeelhouder van een vennootschap minimaal worden. Bij de vennootschap bestaat er evenwel een aanspraak op (een deel van) het vermogen van de vennootschap, bij een vereniging niet, zij het dat het batig saldo na vereffening onder de leden wordt verdeeld indien en voor zover de statuten van de vereniging niet anders bepalen⁶⁰⁰.

3.8.9. Toezicht: horizontaal en verticaal

De term 'horizontaal toezicht' wordt gebruikt ter onderscheiding van het door de overheid uitgeoefende 'verticaal toezicht'⁶⁰¹. De overheid bepaalt zelf de inhoud van het door haar uitgeoefende toezicht. De vormgeving van het verticale toezicht is daarmee een politiek vraagstuk. Wanneer het horizontale toezicht

⁵⁹⁵ Artikel 2:36 lid 3, Burgerlijk Wetboek. Een uitzondering is mogelijk voor financiële rechten en verplichtingen en voor nauwkeurig in de statuten omschreven rechten en verplichtingen.

⁵⁹⁶ Artikel 2:117 lid 1 en 2:227 lid 1, Burgerlijk Wetboek.

⁵⁹⁷ Artikel 2:121, 2:132 lid 1 en 2:134 lid 1 respectievelijk artikel 2:231, 2:242 lid 1 en 2:244 lid 1, alsmede artikel 2:19 lid 1 sub a, Burgerlijk Wetboek.

⁵⁹⁸ Artikel 2:38 lid 1, Burgerlijk Wetboek. De statuten kunnen evenwel bepalen dat de algemene vergadering zal bestaan uit afgevaardigden, zie artikel 2:39, Burgerlijk Wetboek. In dat geval moet elk lid middellijk of onmiddellijk aan de verkiezing van de afgevaardigden kunnen deelnemen.

⁵⁹⁹ Zie artikel 2:37, 2:42 lid 1, 2:49 lid 3 en 2:19 lid 1 sub a, Burgerlijk Wetboek.

⁶⁰⁰ Artikel 2:23b lid 1, Burgerlijk Wetboek.

⁶⁰¹ Zie Algemene Rekenkamer (2004), hoofdstuk 4.

complementair dient te zijn aan het verticale toezicht, is de vormgeving van dit horizontale toezicht eveneens een politiek vraagstuk. Met andere woorden: indien de overheid wil dat maatschappelijke ondernemingen verantwoording afleggen niet aan haarzelf, maar aan anderen, dan dient de overheid aan te geven wie die anderen zijn.

Daarnaast zal de overheid dienen aan te geven wat de inhoud van die verantwoording dient te zijn. De Algemene Rekenkamer noemt als voordelen van horizontalisering van het toezicht: directe communicatie met belanghebbenden kan leiden tot betere kwaliteit, het maatschappelijk vertrouwen in de organisatie kan worden vergroot, de organisatie wordt geprikkeld tot meer transparantie en tot een goede argumentatie van eigen handelen, de inbedding van de organisatie in de (lokale) gemeenschap wordt bevorderd. Daartegenover ziet de Algemene Rekenkamer ook nadelen: de toename van gevraagde informatie kan leiden tot een hoge administratieve lastendruk, inertie van de organisatie of juist het tegen elkaar uitspelen van partijen, nadruk op het korte termijn belang van direct betrokkenen en veronachtzaming van de langere termijn en van bredere belangen, window dressing en hoge kosten.

De Algemene Rekenkamer wijst er voorts op, dat niet elke communicatie het karakter van verantwoording heeft. Er is ook informatieverstrekking, raadpleging, overleg of onderhandeling mogelijk, die geen element van formeel toezicht bevat. De vraag rijst of een toename van horizontale verantwoordingsplichten niet ten koste zal gaan van deze andere vormen van communicatie.

Een vraagstuk dat vervolgens opdoemt, ten aanzien van de naleving van horizontale verantwoording, is de afdwingbaarheid. Indien de maatschappelijke onderneming haar verantwoordingsplicht tegenover belanghebbenden niet nakomt, zal toch enige vorm van overheidsgezag noodzakelijk zijn om nakoming af te dwingen. Indien de maatschappelijke onderneming zich daartegen verweert met de stelling dat er in het concrete geval geen verantwoordingsplicht is, zal de overheid ook daar een uitspraak over moeten doen. Daarmee kan de vraag rijzen of er sprake is van een horizontale verantwoordingsplicht dan wel van een verticale plicht tot horizontale informatieverlening⁶⁰².

3.8.10. Stakeholders van de maatschappelijke onderneming

De problematiek van de belanghebbendenvertegenwoordiging is 'avant la lettre' reeds behandeld door Van Wersch. Zijn werkkerrein definieerde hij als particuliere, dienstverlenende non-profit instellingen⁶⁰³, een definitie die dicht bij die

⁶⁰² Algemene Rekenkamer (2004), hoofdstuk 4.

⁶⁰³ Van Wersch, blz. 8, noemt expliciet de welzijnssector, maar onder andere ook het onderwijs, de gezondheidszorg en de sociale woningbouw, de sectoren die als werkkerreinen van de maatschappelijke onderneming worden beschouwd. De discussie betrof destijds de samenstelling van het bestuur van instellingen. Van Wersch vergeleek drie bestuursmodellen, te weten:

van de maatschappelijke onderneming komt. Van Wersch hield zich ‘avant la lettre’ met de belanghebbendenvertegenwoordiging bezig door te bepleiten dat vertegenwoordigers van personeel en van gebruikers van de instelling in het (algemeen) bestuur vertegenwoordigd zouden zijn. Hij stelde voor om door middel van een evenwichtige verdeling van bestuurszetels tussen vertegenwoordigers van personeel, vertegenwoordigers van cliënten⁶⁰⁴ en onafhankelijke derden reële inspraak van belanghebbenden te verschaffen zonder de bestuursbevoegdheid als zodanig uit te hollen⁶⁰⁵. Wanneer we bedenken dat het bestuursorgaan, waar Van Wersch het oog op heeft, de positie heeft die tegenwoordig wordt ingenomen door de raad van commissarissen of raad van toezicht, zien we de haakse bocht die governance opvattingen in een tijdsbestek van één generatie hebben gemaakt. Waar men in de jaren ’80 vertegenwoordigers van categorieën belanghebbenden in het toezichthoudend orgaan toejuichte, hebben governance codes inmiddels als uitgangspunt dat leden van het toezichthoudend orgaan niet gebonden dienen te zijn aan een achterban. Er heeft derhalve een evolutie plaatsgevonden, waarbij het toezicht zich heeft losgemaakt van de belanghebbenden. De hier gesignaleerde ontwikkeling is te verklaren doordat de belangen van de diverse stakeholders tegengesteld kunnen zijn, waardoor het maatschappelijk belang ondergesneeuwd kan raken onder de krachtenverhoudingen tussen diverse deelbelangen, hetgeen onvermijdelijk leidt tot besluitvorming die de krachtenverhoudingen weerspiegelt, los van het maatschappelijk belang.

De vraag blijft of de maatschappelijke onderneming een orgaan dient te hebben waarin de belanghebbenden zijn vertegenwoordigd en zo ja, wie de belanghebbenden zijn.

De Ru stelt zich op het standpunt dat er een belanghebbendenvertegenwoordiging dient te zijn⁶⁰⁶ en geeft geen antwoord op de vraag wie als belanghebbenden van de maatschappelijke onderneming dienen te worden aangemerkt. Hij acht

-
- het raad van commissarissen model, omvattende een directie onder een – toezichthoudend – bestuur, waarbij de bevoegdheden van het bestuur limitatief zijn omschreven en de restbevoegdheid bij de directie berust, de directie is derhalve het bestuur in de zin der wet;
 - het raad van beheer model, omvattende een – uitvoerende – directie onder een bestuur, waarbij de bevoegdheden van de directie limitatief zijn omschreven en de restbevoegdheid bij het bestuur berust, het bestuur is derhalve het bestuur in de zin der wet; en
 - het dualistisch bestuursmodel, waarbij de bestuurlijke taak en bevoegdheid zijn verdeeld over twee organen, te weten een constituerend – algemeen – bestuur en een dirigerend – dagelijks – bestuur.

Zie Van Wersch, blz. 132 e.v. Inmiddels kunnen we vaststellen dat het raad van commissarissen model het gangbare model is geworden, waarbij de terminologie is aangepast, zodat van een raad van toezicht en niet van een toezichthoudend bestuur wordt gesproken.

⁶⁰⁴ Destijds aangeduid als ‘gebruikers’.

⁶⁰⁵ Zie Van Wersch, blz. 191.

⁶⁰⁶ Zie par. 2.7.

die vraag van politieke aard. De wetgever zal derhalve dienen te bepalen wie belanghebbenden zijn en welke invloed hen toekomt, waarbij enige vrijheid aan de maatschappelijke onderneming om dat zelf te bepalen denkbaar is⁶⁰⁷. Op 12 juli 2007 presenteerde de Minister van Justitie een proeve van een wetsvoorstel om te komen tot een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming. In dit voorontwerp wordt de vraag wie belanghebbenden zijn uit de weg gegaan: de statuten dienen de belanghebbenden te noemen⁶⁰⁸. In de memorie van toelichting stelt de minister dat de omgeving van de maatschappelijke onderneming zo divers is, dat het niet goed mogelijk is daarvoor nadere regels te geven. In de eerste plaats gaat het om de afnemers van de diensten van de maatschappelijke onderneming, maar denkbaar is dat er ook anderen zijn die een belang hebben bij het maatschappelijk belang dat wordt nagestreefd door de maatschappelijke onderneming. De minister sluit overigens niet uit dat vakdepartementen in publiekrechtelijke wetgeving nadere regels geven⁶⁰⁹.

Ook Wijffels geeft geen antwoord op de vraag wie belanghebbenden zijn, hij merkt slechts op dat dit per sector kan verschillen. Wel stelt hij dat van de belanghebbendenvertegenwoordiging zouden kunnen worden uitgesloten degenen die al een wettelijk geregelde positie hebben op grond van sectorwetgeving⁶¹⁰.

Daarnaast merkt Wijffels op dat het aan de politiek is om te bepalen wat een publiek belang precies is⁶¹¹. Wanneer de politiek het belang bepaalt, ligt het voor de hand dat de politiek ook bepaalt wie de belanghebbenden zijn.

Het wetsvoorstel⁶¹² bepaalde dat de statuten van de M.O./M.O.W. zouden dienen aan te wijzen wie de belanghebbenden zijn – eventueel door categorieën en hun vertegenwoordigers aan te wijzen – met dien verstande dat een gepretendeerde belanghebbende toegang tot het vertegenwoordigend orgaan zou kunnen afdwingen via de Ondernemingskamer en dat een sectorspecifieke gedragscode richtinggevend zou kunnen zijn bij het vaststellen wie als belanghebbenden dienen te worden aangemerkt.

Het is zeer de vraag of deze betrokkenheid van zo diverse belangen zich laat kanaliseren via één orgaan. De kans is reëel dat de belanghebbendenvertegenwoordiging zal verworden tot één van de gremia waarin wordt gelobbyd, maar er zullen ook andere kanalen gezocht en gevonden worden om buiten de formele belanghebbendenvertegenwoordiging om invloed op het bestuur uit te oefenen. Scheltema stelt voor om de maatschappelijke legitimatie veeleer te zoeken in een vorm van deliberatieve democratie: een adviesraad van maatschappelijk betrokken burgers, die vanuit verschillende posities en op basis van voldoende

⁶⁰⁷ De Ru, blz. 72.

⁶⁰⁸ Voorontwerp, artikel 3070 lid 1.

⁶⁰⁹ Voorontwerp, memorie van toelichting artikel 3070

⁶¹⁰ Wijffels, blz. 18.

⁶¹¹ Wijffels, blz. 2.

⁶¹² Zie ook par. 2.12.3.

informatie met elkaar in debat gaan en tot conclusies komen⁶¹³. De functie van belangenvertegenwoordigers is daarbij geen andere dan het aandragen van informatie. In dit verband interessant is de opkomst van allerlei vormen van monitoring, visitatie, benchmarking, stakeholderdialogen, klantenpanels, peer reviews, twinningprojecten, feed backgesprekken, testpanels, opiniepeilingen, crowd sourcing, auditing en ‘naming and shaming’ in de media⁶¹⁴. Deze instrumenten fungeren reeds als spreekbuis van belanghebbenden. De veelheid aan regelingen die er reeds zijn op het gebied van medezeggenschap, doen de vraag rijzen of een generieke belanghebbendenvertegenwoordiging als vervanging van alle bestaande regelingen nog wel mogelijk is. Indien de belanghebbendenvertegenwoordiging complementair aan bestaande medezeggenschapsvormen ingevoerd zou worden, rijst de vraag wie de belanghebbenden nog zijn en of een belanghebbendenvertegenwoordiging nog in een behoefte voorziet. De voorwaarden die Van Wersch formuleerde, waaraan voldaan dient te worden om een vertegenwoordiging van cliënten in een bestuur te kunnen laten participeren, hebben ten aanzien van de belanghebbendenvertegenwoordiging niet aan actualiteit ingeboet⁶¹⁵, parafraserend zijn deze voorwaarden:

1. De belanghebbenden dienen voldoende lichamelijke en geestelijke conditie te hebben.
2. De relatie tussen belanghebbende en maatschappelijke onderneming dient enigszins duurzaam te zijn.
3. De belanghebbenden dienen als groep georganiseerd te zijn⁶¹⁶.
4. De belanghebbenden dienen belangstelling te hebben.

Deze voorwaarden zijn in de praktijk even zoveel knelpunten. In vrijwel elke sector zijn er belanghebbenden met weinig weerbaarheid. In sommige sectoren is het contact van de maatschappelijke onderneming met de belanghebbenden op individueel niveau kortdurend. De belanghebbenden zijn soms sociaalgeografisch lastig te identificeren en sommige groepen belanghebbenden stellen noodgedwongen andere prioriteiten. De dialoog met de belanghebbenden is derhalve in veel gevallen lastig te institutionaliseren. Het komt veeleer aan op de attitude van het bestuur van de maatschappelijke onderneming.

Botter merkt terecht op dat de dialoog met belanghebbenden voor maatschappelijke ondernemingen een nog grotere uitdaging vormt dan voor commerciële ondernemingen⁶¹⁷, daarmee tegelijkertijd aangevend dat ook voor commerciële

⁶¹³ Scheltema (2007), blz. 590.

⁶¹⁴ Zie Van Montfort, blz. 17.

⁶¹⁵ Zie Van Wersch, blz. 200.

⁶¹⁶ Of ten minste als groep gelokaliseerd en bereikt kunnen worden.

⁶¹⁷ Botter, blz. 49.

ondernemingen de dialoog met belanghebbenden een issue is. Het verschil met de maatschappelijke onderneming is gradueel, niet principieel. Daaruit vloeit voort dat de maatschappelijke onderneming ten behoeve van die dialoog niet principieel anders hoeft te worden ingericht dan een klassieke onderneming.

3.9 KAPITAAL EN FINANCIERING

Voor ieder mens zijn er drie categorieën van mogelijkheden om de beschikking over geld te krijgen: bedelen, lenen en verdienen. Anders gezegd: geld kan zonder tegenprestatie geschonken worden, het kan al dan niet tegen een tegenprestatie tijdelijk beschikbaar gesteld worden en het kan gegenereerd worden als beloning voor eigen prestaties.

Vertaald naar ondernemingen zijn er dezelfde drie categorieën van inkomstenbronnen:

1. Middelen kunnen als subsidie of gift beschikbaar gesteld worden 'voor het goede doel', zonder dat enige formele tegenprestatie wordt gevraagd of geboden.
2. Middelen kunnen verkregen worden als inbreng, als aandelenkapitaal of als lening onder overeen te komen, meer of minder zakelijke, condities⁶¹⁸. Als tegenprestatie verwacht de donor vroeger of later zijn geld, al dan niet met rente, terug.
3. Middelen kunnen verkregen worden als winst uit eigen activiteiten. Er wordt een prestatie geleverd tegen betaling.

De scheidslijn tussen de categorieën is niet altijd scherp te trekken. Zo kunnen bijvoorbeeld aan een subsidie of gift voorwaarden verbonden zijn, waardoor indeling in categorie 3 meer passend is dan in categorie 1. Iets dergelijks geldt voor contributiebetalingen door leden aan een vereniging. Zij verrichten die betaling op grond van hun statutaire plicht, zonder dat daar een tegenprestatie tegenover lijkt te staan. Toch zullen zij geen lid van de vereniging blijven indien de voortzetting van dat lidmaatschap niet enige vorm van voordeel oplevert, die voor hen tegen de verschuldigde contributie opweegt⁶¹⁹.

Voor elke rechtsvorm zijn in beginsel inkomstenbronnen uit elk van deze categorieën beschikbaar. In de praktijk is niet elke categorie voor elke rechtspersoon haalbaar. Rechtspersonen met puur commerciële activiteiten ontvangen over het algemeen geen giften, er zijn vele rechtspersonen die niet in aanmerking komen voor subsidie. Er zijn daarentegen rechtspersonen die afhankelijk zijn van giften,

⁶¹⁸ Boekhoudkundig is hier onderscheid te maken tussen eigen en vreemd vermogen, afhankelijk van de opeisbaarheid door de desbetreffende crediteur. Wat de aandeelhouder en de bankier gemeenschappelijk hebben is de wens om eens hun geld terug te zien.

⁶¹⁹ Sponsoring behoort tot categorie 3, de sponsor verlangt en verkrijgt een concrete tegenprestatie. Het sponsorcontract is een exponent van de verwevenheid van commerciële en maatschappelijke elementen bij de klassieke onderneming.

omdat hun activiteiten niet tegen betaling verricht kunnen worden. Een gevolg daarvan is dat zij in principe ook niet kredietwaardig zijn, zodat zij geen leningen kunnen aantrekken⁶²⁰. Geen enkele rechtspersoon is echter – puur op grond van zijn rechtsvorm – bij voorbaat van één van de drie genoemde categorieën inkomsten uitgesloten.

Categorie 2 omvat zowel leningen als investeringen of, anders gezegd, zowel krediet als aandelenkapitaal. Het onderscheid daartussen is te vinden in de formele zeggenschap (stemrecht), die wel aan aandelenbezit is verbonden, maar niet aan het verstrekken van krediet. Het woordje ‘formeel’ geeft echter al aan, dat dit in de praktijk genuanceerd ligt. Een minderheidsaandeelhouder heeft slechts beperkte zeggenschap. Een onderneming kan echter volledig afhankelijk zijn van haar bankier, die daardoor feitelijk grote of zelfs doorslaggevende invloed op het beleid van de onderneming kan uitoefenen.

Als één van de kenmerken van de maatschappelijke onderneming wordt genoemd dat deze geen winst uitkeert aan aandeelhouders of leden⁶²¹. Dit kenmerk is overigens nog niet uitgekristalliseerd, aangezien de discussie nog onbeslist is of toch niet de uitkering van een gemaximeerd ‘maatschappelijk rendement’ toegestaan dient te worden⁶²², waarbij de Belgische VSO (vennootschap met sociaal oogmerk) als voorbeeld wordt genoemd⁶²³.

Tegelijkertijd wil men risicodragende kapitaaldeelname in maatschappelijke ondernemingen mogelijk maken en bevorderen. Het is de vraag of uitsluiting van rendement dan wel beperking tot een ‘maatschappelijk rendement’ in de praktijk te realiseren is. Balkenende stelt zich voor dat investeerders kunnen inschrijven op een achtergestelde lening aan een maatschappelijke onderneming. In ruil voor een ‘iets lagere rente’ steunt men een maatschappelijk doel en krijgt dezelfde invloed als in een aandeelhouders- of ledenvergadering⁶²⁴. Deelname zou fiscaal aantrekkelijk gemaakt moeten worden⁶²⁵. Men kan zich nu al voorstellen dat bij het opstarten van een nieuwe activiteit een discussie gaat ontstaan over de vraag of deze in de rechtsvorm van een maatschappelijke onderneming moet worden gegoten, of dat een N.V. of B.V. in het specifieke geval ook is toegestaan. Wanneer een kapitaalvennootschap niet is geïndiceerd, is denkbaar dat een vorm van joint venture wordt opgetuigd tussen een maatschappelijke onderneming en een kapitaalvennootschap. De maatschappelijke onderneming streeft het maatschappelijk doel na, maar wordt daarbij gefaciliteerd door de kapitaalvennoot-

⁶²⁰ Uiteraard wordt dit anders wanneer een stabiele giftenstroom als inkomstenbron kan gelden.

⁶²¹ Zie De Ru (2005), blz. 70, Wijffels blz. 3.

⁶²² Zie Bier, blz. 603 e.v.

⁶²³ Zie Pijls, blz. 608.

⁶²⁴ De positie van een aandeelhoudersvergadering bij een kapitaalvennootschap en de positie van een ledenvergadering bij een vereniging zijn echter wezenlijk anders dan die van de belangenvertegenwoordiging in het wetsvoorstel maatschappelijke onderneming.

⁶²⁵ Balkenende (2002), blz. 108.

schap. De winst wordt vervolgens zoveel mogelijk gealloceerd in de kapitaalvennootschap, zodat het voor uitkering beschikbaar is.

In de denkbare van Balkenende wordt enerzijds aangenomen dat de mogelijkheid tot (onbeperkte) uitkering van winst gepaard zal gaan met een streven naar maximale realisatie en uitkering van winst⁶²⁶. Anderzijds lijkt Balkenende aan te nemen dat de gerichtheid op een maatschappelijk doel noodzakelijk dient te worden afgedwongen door middel van een beperking van de mogelijkheid om of zelfs een verbod op het uitkeren van winst. Deze tegenstelling – hoewel in het tijdsgewricht van de jaren '90 van de 20^e eeuw niet onbegrijpelijk – gaat voorbij aan het aspect, dat iedere organisatie gericht is op continuïteit⁶²⁷. Bij dit aspect bestaat geen onderscheid tussen profit en non profit organisaties. Dit brengt met zich mee dat een maatschappelijke onderneming als iedere andere onderneming vormgegeven kan worden, derhalve ook en met name als kapitaalvennootschap. In de hiervoor in paragraaf 3.3 ontwikkelde definitie van de maatschappelijke onderneming is de mogelijkheid om al dan niet winst uit te keren geen element. Voor wat betreft de zorgsector komt hierbij de wens om het ondernemerschap te versterken⁶²⁸. Het regeerakkoord van 2010 spreekt van een 'gereguleerde winstuitkering in de zorg'⁶²⁹. Een kapitaalvennootschap is dan de meest voor de hand liggende rechtsvorm, waarbij slechts aan regulering van de winstuitkering een wettelijke basis behoeft te worden gegeven. Het regeerakkoord van 2012 gaat in dit spoor verder door aan te kondigen dat winstuitkering door zorginstellingen zal worden toegestaan boven 20% solvabiliteit en alleen bij winst uit reguliere exploitatie. Door deze inperking dient de sector uitsluitend interessant te zijn voor investeerders met een langetermijnperspectief⁶³⁰.

Regulering van winstuitkeringen is voor de zorgsector recent onderzocht door Plomp. Zij komt tot de conclusie dat het beperken van de mogelijkheden tot winstuitkering, waaronder het stellen van een maximum aan de jaarlijkse winstuitkering, tot de mogelijkheden behoort, maar investeerders kan afschrikken. Acceptabeler acht zij bepalingen die beperkende bevoegdheden toekennen aan het bestuur, zoals het doen van reserveringen of het goedkeuren van besluiten tot winstuitkering⁶³¹. Plomp signaleert dat maximering van de winstuitkering een

⁶²⁶ Een aanname, die in het sociaal klimaat van de jaren '90 niet geheel ongegrond was.

⁶²⁷ Zie hierover Bryan c.s., die de huidige stand van de organisatiekunde weergeven.

⁶²⁸ Zie Plomp, blz. 528, die onder meer verwijst naar Kamerstukken II 2008, 2009, 32003, nr. 4, blz. 15, waaruit blijkt dat ook ten tijde van de kabinetten Balkenende ondernemerschap in de zorg niet achter de horizon werd gehouden.

⁶²⁹ Regeerakkoord 2010, blz. 18.

⁶³⁰ Regeerakkoord 2012, blz. 21.

⁶³¹ Plomp (2011), blz. 404. Het huidige vennootschapsrecht maakt dit mogelijk, zij het dat de algemene vergadering statutaire beperkingen van haar bevoegdheden soms met algemene stemmen opzij kan zetten. Dit laatste kan echter eenvoudig worden voorkomen door een juiste spreiding van aandelen. Sterker is de door Plomp bepleite publiekrechtelijk opgelegde verplichting om winstuitkering aan goedkeuring van het bestuur te onderwerpen.

inbreuk is op het principe dat de aandeelhouder gerechtigd is tot het residu: de aandeelhouder deelt als laatste in de opbrengsten van de onderneming, maar het restant is dan ook voor hem, wat en hoeveel dat ook mag zijn. De aandeelhouder loopt van alle stakeholders het grootste risico dat er voor hem niets overblijft⁶³². Terecht merkt Plomp bovendien op dat maximering van winstuitkeringen niet strookt met marktwerking. Een goede marktwerking zal meebrengen dat de onderneming ‘redelijke’ winstmarges dient te hanteren, zodat zij slechts de middelen zal hebben om ‘redelijke’ winstuitkeringen te doen⁶³³. Voorwaarde is daarbij wel dat de markt goed functioneert, maar zelfs als dat niet het geval is, is het de vraag of maximering van de winstuitkering niet disproportioneel is. Voor de continuïteit van de onderneming is niet bepalend de hoogte van de winst die zij uitkeert, maar haar financiële positie na de winstuitkering. Het ligt dan ook meer voor de hand om daar eisen aan te stellen⁶³⁴. Dit laatste advies is kennelijk door het regeerakkoord van 2012 gevolgd⁶³⁵.

Een vraagstuk dat blijft liggen doet zich voor bij gemengde publieke en private financiering. Het wordt onwenselijk gevonden dat (mede) met overheidsgeld gegenereerd rendement onbepaald aan private aandeelhouders uitgekeerd kan worden. Een maximering van de winstuitkering sluit die mogelijkheid niet uit, maar begrenst het wel, hetgeen optisch bevredigend kan zijn. Bovendien kan een wettelijke maximering bijdragen aan de bewustwording van het maatschappelijk belang, dat voor de maatschappelijke onderneming leidend is, en aan de handhaving daarvan.

3.10 CONCERNVORMING

Wanneer rechtspersonen duurzaam organisatorisch met elkaar zijn verbonden en die verbondenheid een rol speelt bij hun deelname aan het maatschappelijk verkeer, dan spreken we van een concern⁶³⁶. De wet gebruikt niet de term concern, maar spreekt van groep⁶³⁷. In 1988 is artikel 2:24b opgenomen in het Burgerlijk Wetboek, dat luidt:

⁶³² Dit risico behoeft enige nuancering. De aandeelhouder is niet verder aansprakelijk dan voor de volstorting van zijn aandelen. In geval van een deconfiture behoeft hij niet te delen in een (groter) tekort, dat daarmee als uitgangspunt wordt afgewenteld op de crediteuren.

⁶³³ Plomp (2011), blz. 461.

⁶³⁴ Zie Plomp (2011), blz. 462-464.

⁶³⁵ Wetsvoorstel 33168, strekkende tot wijziging van onder meer de Wet toelating zorginstellingen, voorziet onder meer in de voorwaarden van een solvabiliteitsmarge na uitkering van ten minste 20% en een positief resultaat uit gewone bedrijfsuitoefening gedurende de drie voorafgaande jaren. Bovendien zal een beschikking van de minister belast met de volksgezondheid vereist zijn, waarvoor onder meer eisen gesteld zullen worden aan kwaliteit en veiligheid van de zorg.

⁶³⁶ Asser-Maeijer-van Solinge-Nieuwe Weme, nr. 813.

⁶³⁷ Sanders/Westbroek hanteert dan ook niet de term concernrecht, maar groepsrecht. Bartman/Dorresteyn gebruikt daarentegen de term concernrecht, omdat dit de gebruikelijke term is voor

Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.

Algemeen wordt aangenomen dat groep en concern synonieme begrippen zijn in het rechtspersonenrecht⁶³⁸. Het bestaan van een groep wordt economisch bepaald⁶³⁹, een groep kan derhalve meerdere juridische verschijningsvormen aannemen en de term is in juridische zin niet vast omljnd. De aanwezigheid van enige vorm van centrale leiding is wel een voorwaarde om van een groep te kunnen spreken⁶⁴⁰.

De motieven voor concernvorming zijn legio en zeer uiteenlopend⁶⁴¹. Enerzijds kan de behoefte aan decentralisatie (beheersbaarheid) de reden zijn om activiteiten onder te brengen in afzonderlijke rechtspersonen, anderzijds kan krachtenbundeling (synergie) aanleiding zijn om een centrale leiding te aanvaarden. Risicobeheersing is een belangrijke reden voor concernvorming: door activiteiten en/of activa te spreiden over meerdere rechtspersonen beperkt men de verhaalsaansprakelijkheid.

De meest voorkomende en een gemakkelijk herkenbare methode van groepsvorming bestaat uit aandelenbezit in kapitaalvennootschappen. Het eenvoudigste concern bestaat uit een holding (de moeder), die alle aandelen bezit in het kapitaal van een werkmaatschappij (de dochter). Deelname in aandelenkapitaal is echter geen voorwaarde voor concernvorming, zodat ook rechtsvormen zonder in aandelen verdeeld kapitaal kunnen behoren tot een groep, zowel in een moeder- als in een dochterpositie. Nevenschikking (dus niet als moeder/dochter, maar in een zuster/zuster relatie) is eveneens mogelijk⁶⁴².

Een stichting kan in een moederpositie deel uitmaken van een concern doordat zij aandelen houdt in één of meer vennootschappen. Hetzelfde geldt voor een vereniging.

Een rechtspersoon kan een groep vormen met een vereniging doordat zij ingevolge bepalingen in de statuten van die vereniging een/derde van de stemmen in de algemene vergadering van die vereniging kan uitoefenen⁶⁴³, een zo groot mo-

het rechtsgebied van de verbonden ondernemingen, terwijl het begrip groep in het recht ook nog een andere betekenis kan hebben, zie Bartman/Dorresteijn, blz. 2.

⁶³⁸ Zie Bartman/Dorresteijn, blz. 1, Sanders/Westbroek, blz. 661, Hendriks, blz. 5, Pitlo/Raaijmakers (2000), blz. 543.

⁶³⁹ Asser-Maeijer-van Solinge-Nieuwe Weme, nr. 816.

⁶⁴⁰ Zie Bartman/Dorresteijn, blz. 24, alwaar verdere verwijzingen. Overigens zijn er voorbeelden van concerns met twee moedermaatschappijen, zie onder meer Sanders/Westbroek, blz. 661. Een bijzondere positie neemt een joint venture vennootschap in, deze kan tegelijkertijd deel uitmaken van twee groepen.

⁶⁴¹ Zie Asser-Maeijer-van Solinge-Nieuwe Weme, nr. 815.

⁶⁴² Bartman/Dorresteijn, blz. 25.

⁶⁴³ Artikel 2:38 lid 3, Burgerlijk Wetboek, daartoe kan een door de stichting beheerst orgaan van de vereniging te worden gecreëerd.

gelijke minderheid van de bestuurders van die vereniging kan benoemen⁶⁴⁴ en ten aanzien van de benoeming van de overige bestuurders bindende voordrachten kan doen⁶⁴⁵. Een rechtspersoon kan een ook groep vormen met een vereniging doordat zij het enige lid van die vereniging is⁶⁴⁶.

Groepsvorming met een stichting kan plaatsvinden door een statutaire positie in te nemen, bijvoorbeeld door bestuurders te mogen benoemen en te ontslaan of door een andere toezichthoudende functie te bekleden⁶⁴⁷. Voorts kunnen bepaalde bestuursbesluiten worden gebonden aan goedkeuring van een (orgaan van) een andere rechtspersoon of kan worden bepaald dat het nemen van bepaalde besluiten niet behoort tot de bevoegdheid van het bestuur, maar is voorbehouden aan een ander orgaan, welk orgaan door een andere rechtspersoon wordt beheerst.

Groepsvorming kan ook berusten op een personele unie: de bestuurders van de ene rechtspersoon zijn tevens bestuurders (of vormen de raad van toezicht) van de andere rechtspersoon. Dit kan tot uitdrukking komen in de statuten, maar dat is niet noodzakelijk. Het kan ook de feitelijke gang van zaken zijn. In het laatste geval is het wel essentieel dat er een centrale leiding is aan te wijzen, die over het voortbestaan van de personele unie kan beslissen. Dat kunnen de betrokken personen zijn. Het kunnen ook één of meer derden zijn, die in beide rechtspersonen zodanige bevoegdheden hebben dat zij kunnen bewerkstelligen dat de samenstelling van de betrokken organen identiek blijft.

Duurzame organisatorische verbondenheid kan ook berusten op contractuele relaties, waarin afstemming van beleid is geregeld⁶⁴⁸. Concernvorming heeft dus niet gepaard te gaan met formele zeggenschapsrelaties. Omgekeerd is het zelfs mogelijk dat formele zeggenschap contractueel of feitelijk zodanig wordt doorkruist dat ondanks de formele zeggenschapsrelatie geen sprake is van een groep, omdat de organisatorische verbondenheid geen sprake meer is.

Tot op heden is geen dwingende reden naar voren gebracht waarom een maatschappelijke onderneming op geen enkele wijze deel zou kunnen uitmaken van een groep⁶⁴⁹. Integendeel, indien de maatschappelijke onderneming nevenac-

⁶⁴⁴ Artikel 2:37 lid 3, Burgerlijk Wetboek.

⁶⁴⁵ Artikel 2:37 lid 4, Burgerlijk Wetboek.

⁶⁴⁶ Een vereniging dient door ten minste twee oprichters te worden opgericht, maar zij kan voortbestaan met één lid, zie artikel 2:19 lid 1 sub d, Burgerlijk Wetboek.

⁶⁴⁷ Een toezichthoudende bevoegdheid is mijns inziens inherent aan de bevoegdheid om functionarissen te ontslaan. De mogelijkheid om in te grijpen impliceert de plicht om in te grijpen, wanneer de omstandigheden daartoe aanleiding geven. Zie onder meer de uitspraken van de Hoge Raad van 10 januari 1990, NJ 1990, 465 (OGEM) en 21 december 2001, JOR 2002, 38 (SOBI/Hurks).

⁶⁴⁸ Asser-Maeijer, nr 170c, noemt voorts het voorbeeld van een managementovereenkomst.

⁶⁴⁹ De minister achtte het expliciet mogelijk dat een M.O. of M.O.W. aandelen in een andere rechtspersoon houdt, MvT, blz. 37. Dit kon in het kader van het wetsvoorstel echter niet zover gaan dat de M.O. of M.O.W. als holding zou functioneren, want de wettelijke definitie van de

tiviteiten wil ontplooiën, bijvoorbeeld complementair aan de activiteiten in het statutair nagestreefde maatschappelijk belang maar niet daartoe behorend, kan het wenselijk zijn dat deze nevenactiviteiten worden ondergebracht in een aparte rechtspersoon, die niet deelt in de eventuele fiscale en andere faciliteiten van de maatschappelijke onderneming⁶⁵⁰.

Wel brengt de gerichtheid op een maatschappelijk belang als randvoorwaarde mee, dat het bestuur van de maatschappelijke onderneming niet ondergeschikt kan zijn aan een concernleiding die niet gebonden is aan de gerichtheid op hetzelfde maatschappelijk belang als het bestuur van de maatschappelijke onderneming. De mogelijkheden voor een concernleiding om invloed uit te oefenen op een maatschappelijke onderneming in een dochterpositie binnen een concern, worden per definitie beperkt doordat het bestuur van de maatschappelijke onderneming gebonden is aan het maatschappelijk belang. Indien de concernrelatie zou berusten op kapitaaldeelname in een M.O.W. – gesteld dat het wetsvoorstel wet was geworden-, dan zou de zeggenschap gekanaliseerd zijn geworden via de vergadering van winstbewijshouders. Die zeggenschap zou hebben bestaan uit de bevoegdheden die in de statuten van de M.O.W. zouden zijn toegekend en daarbij had geen afbreuk gedaan kunnen worden aan de wettelijk verankerde positie van de raad van toezicht en de belanghebbendenvertegenwoordiging. Die zeggenschap zou derhalve te beperkt zijn geweest om doorslaggevend invloed uit te oefenen op het beleid. Een andere mogelijke route voor de holding om zeggenschap te verkrijgen zou hebben gelopen via de belanghebbendenvertegenwoordiging. Het is de vraag of de holding een plaats zou hebben kunnen opeisen in de belanghebbendenvertegenwoordiging, maar indien reeds bij de oprichting van de maatschappelijke onderneming de holding in de statuten van de M.O. of M.O.W. was aangemerkt als belanghebbende (misschien zelfs als enige belanghebbende)⁶⁵¹ dan had zij langs die weg medezeggenschap. Daarmee wordt de vraag relevant, of een partij tegelijkertijd lid had kunnen zijn van de belanghebbendenvertegenwoordiging en van de vergadering van winstbewijshouders. Het wetsvoorstel verzette zich daar niet tegen. Wanneer een maatschappelijke onderneming besluit tot uitgifte van winstbewijzen is het zelfs niet onwaarschijnlijk dat leden van de belanghebbendenvertegenwoordiging daarvoor interesse hebben. Dit leidt tot de conclusie dat men tegelijkertijd lid behoort te kunnen zijn van de belanghebbendenvertegenwoordiging en van de vergadering van winstbewijshouders in de betekenissen van het wetsvoorstel.

Zou de holding ook nog een mogelijkheid hebben gehad om in de raad van toezicht te penetreren? De eerste commissarissen zouden worden benoemd bij

vereniging M.O. en de stichting M.O. brachten mee dat de rechtspersoon zelf één of meer maatschappelijke ondernemingen in stand zou dienen te houden.

⁶⁵⁰ Dit werd reeds onderkend door De Hoop Scheffer/Dankers.

⁶⁵¹ Zie artikel 2:307h lid 3, Wetsvoorstel (2009), aangenomen dat een van toepassing zijnde gedragscode de aanwijzing van de holding als belanghebbende niet verhindert.

de akte van oprichting⁶⁵², indien de holding bij de oprichting van de maatschappelijke onderneming is betrokken, zou zij het er naar toe kunnen leiden dat de eerste commissarissen haar welgezinde personen zijn. De raad van toezicht zal dan echter niet naar behoren zijn samengesteld. De commissarissen dienen ten opzichte van elkaar, het bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren⁶⁵³. De betrokken personen dienen hun benoeming te weigeren, indien zij aan het gestelde van artikel 2:307c lid 3 van het wetsvoorstel niet kunnen voldoen. De raad van toezicht is zelf verantwoordelijk voor haar samenstelling – de raad stelt immers zelf de profielschets op en voorziet zelf in vacatures – en deze verantwoordelijkheid neemt onmiddellijk bij oprichting van de maatschappelijke onderneming een aanvang.

Ik concludeer dat de holding niet op een autonome manier de samenstelling van de raad van toezicht van een M.O. of M.O.W. zou kunnen bepalen. Wel zou het bij de vereniging M.O. of M.O.W. mogelijk zijn geweest dat de holding en een door haar beheerste stichting de enige twee leden van de vereniging zouden zijn, zodat de holding de algemene ledenvergadering zou beheersen⁶⁵⁴.

Het vorenstaande overziend, zou een marktpartij door een combinatie van posities in organen van de maatschappelijke onderneming in de vorm van een M.O. of M.O.W. een aanzienlijke invloed op het beleid hebben kunnen verwerven. Deze invloed werd echter stevig begrensd door de onafhankelijke positie van de raad van toezicht en van het bestuur. De positie van het bestuur en de raad van toezicht waren dermate sterk dat van een boven het bestuur van de maatschappelijke onderneming staande centrale concernleiding geen sprake had kunnen zijn. Onderworpenheid aan een buiten de maatschappelijke onderneming staande concernleiding is niet alleen principieel onjuist, het is ook praktisch onmogelijk. Algemeen wordt aangenomen dat een centrale leiding essentieel is om van een groep te kunnen spreken⁶⁵⁵. De conclusie moet zijn dat een maatschappelijke onderneming slechts deel kan uitmaken van een groep als het bestuur van de maatschappelijke onderneming de centrale leiding van de groep uitoefent. De volgende vraag die dan rijst, is die naar de positie van de diverse organen van de maatschappelijke onderneming in het geheel van het concern. Hoe ver reikt het toezicht van de raad van toezicht en hoever reikt de (mede)zeggenschap van de belanghebbendenvertegenwoordiging, de algemene vergadering van winstbewijshouders, de algemene ledenvergadering?

⁶⁵² Artikel 307c, lid 5, Wetsvoorstel (2009).

⁶⁵³ Artikel 2:307c, lid 3, Wetsvoorstel (2009).

⁶⁵⁴ Zoals de te 's-Gravenhage gevestigde vereniging met volledige rechtsbevoegdheid Partij voor de Vrijheid (handelsregisternummer 27275998) twee leden heeft: de heer G. Wilders en de stichting Stichting Vrienden van de PVV (handelsregisternummer 27272000). De heer G. Wilders is enig bestuurder van de stichting en tevens enig bestuurder van de vereniging.

⁶⁵⁵ Zie Bartman/Dorresteyn, blz. 24.

Voor wat betreft de positie van de raad van toezicht kan verwezen worden naar het OGEM arrest van de Hoge Raad uit 1990⁶⁵⁶, waarin is uitgesproken dat het toezicht van de raad van commissarissen van een holding zich uitstrekt tot groepsmaatschappijen, indien de taak van het bestuur zich tot die groepsmaatschappijen uitstrekt. Overwegingen die tot dat standpunt hebben geleid, zijn voor de raad van toezicht van de maatschappelijke onderneming van overeenkomstige toepassing.

Voor wat betreft de belanghebbendenvertegenwoordiging zoals bedoeld in het wetsvoorstel geldt dit niet. Criterium voor het lidmaatschap van de belanghebbendenvertegenwoordiging was: een direct belang bij het bepalen van het strategisch belang van de maatschappelijke onderneming (vereniging of stichting)⁶⁵⁷. Dit criterium is gericht op de maatschappelijke onderneming zelf en daarmee niet zonder meer op lichamen waarmee de maatschappelijke onderneming in een groep is verbonden. Voor dat laatste is mijns inziens voorwaarde dat ook de betreffende groepsmaatschappijen gericht zijn op hetzelfde maatschappelijke belang als de desbetreffende maatschappelijke onderneming. Is aan deze voorwaarde niet voldaan, dan heeft de belanghebbendenvertegenwoordiging geen direct belang bij medezeggenschap over de groepsmaatschappijen. Mijns inziens dienen de statutaire rechten van een belanghebbendenvertegenwoordiging zoals bedoeld in het wetsvoorstel ten aanzien van eventuele groepsmaatschappijen slechts van toepassing indien en voor zover de statuten van de maatschappelijke onderneming dat bepalen. Daarbij dienen de bevoegdheden van de belanghebbendenvertegenwoordiging te worden uitgeoefend binnen de interne organisatie van de maatschappelijke onderneming, zodat de belanghebbendenvertegenwoordiging ten aanzien van een groepsmaatschappij niet meer recht zal hebben dan de maatschappelijke onderneming zelf.

Voor wat betreft de algemene vergadering van winstbewijshouders vloeit dit reeds voort uit de voorgestelde wet. Een algemene vergadering van winstbewijshouders heeft de bevoegdheden die de wet of de statuten haar toekennen⁶⁵⁸. Zeggenschap ten aanzien van groepsmaatschappijen dient derhalve door de statuten uitdrukkelijk te worden toegekend. De door het bestuur minimaal aan de winstbewijshouders⁶⁵⁹ te verstrekken informatie⁶⁶⁰ heeft in beginsel slechts betrekking op de maatschappelijke onderneming en niet op het concern.

⁶⁵⁶ Hoge Raad 10 januari 1990, NJ 1990, 465 m.n. Maeijer, zie ook Bartman/Dorresteyn, blz. 114.

⁶⁵⁷ Dit is het criterium dat de Ondernemingskamer dient te hanteren ten aanzien van een verzoeker die een plaats in de belanghebbendenvertegenwoordiging in rechte opeist, zie artikel 2:307h, lid 4, Wetsvoorstel (2009).

⁶⁵⁸ Artikel 307k, lid 6, Wetsvoorstel (2009)

⁶⁵⁹ Ingevolge het bepaalde van artikel 2:307k, lid 8, Wetsvoorstel (2009), hebben de winstbewijshouders recht op informatie, ongeacht of zij via een algemene vergadering van winstbewijshouders bevoegdheden kunnen uitoefenen.

⁶⁶⁰ te weten: de hoofdlijnen van het strategische beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de rechtspersoon, de gang van zaken in de onderneming en het

De algemene ledenvergadering van de vereniging M.O. zou slechts bevoegdheden hebben ten aanzien van groepsmaatschappijen, indien en voor zover de statuten van de maatschappelijke onderneming die bevoegdheden toekennen, bijvoorbeeld door statutair voorgeschreven goedkeuring van bepaalde besluiten die het bestuur neemt in de uitoefening van het bestuur over groepsmaatschappijen.

Het vorenstaande afwegend, kunnen we samenvatten dat een maatschappelijke onderneming onderdeel van een concern kan zijn, mits dit de gerichtheid op een maatschappelijk belang niet hindert of belemmert. Hinder of belemmeringen zijn eerder te vrezen door invloeden vanuit groepsmaatschappijen op de maatschappelijke onderneming dan door de invloed die de maatschappelijke onderneming eventueel op groepsmaatschappijen heeft. De invloed vanuit het concern zal en dient beperkt (te) worden doordat het bestuur – en mitsdien de raad van toezicht – van de maatschappelijke onderneming te allen tijde de gerichtheid op het maatschappelijk belang dienen te laten prevaleren boven het eventuele groepsbelang.

3.11 OMZETTING

Op grond van artikel 18, Boek 2, Burgerlijk Wetboek, is het mogelijk om de rechtsvorm van privaatrechtelijke rechtspersonen te wijzigen door middel van omzetting. Omzetting heeft als eigenschap dat de identiteit van de rechtspersoon niet wordt onderbroken⁶⁶¹. Er vindt dan ook geen vereffening van het vermogen plaats en het vermogen van de rechtspersoon wordt niet in een nieuwe rechtspersoon ingebracht⁶⁶². In veel gevallen is omzetting van een rechtspersoon niet ingrijpender dan een statutenwijziging, sterker nog, er zijn statutenwijzigingen denkbaar die voor een rechtspersoon ingrijpender zijn dan een omzetting. Als voorbeeld kan dienen de omzetting van N.V. met uitsluitend aandelen op naam in een B.V. Die omzetting is een klein detail in de historie van de rechtspersoon. Naar zijn aard meer ingrijpend is de omzetting van of in een stichting, vanwege het doelgebonden karakter van het stichtingsvermogen⁶⁶³. Analoog hieraan zal ook de omzetting van of in een maatschappelijke onderneming in dit opzicht ingrijpend zijn, omdat het vermogen van de maatschappelijke onderneming ten goede dient te komen, althans primair, aan het maatschappelijke doel. Het wetsvoorstel voorzag in rechterlijke machtiging als vereiste voor de omzetting van of in een M.O.(W.)⁶⁶⁴ en voorts in de verplichting om na omzetting van een M.O.(W.) in de statuten van de rechtspersoon de bepaling op te nemen

gevoerde beleid.

⁶⁶¹ Asser-Maeijer, nr 151.

⁶⁶² In het verleden is dit anders geweest en de fiscale wetgever is niet altijd consequent, door soms te spreken van een vermogensovergang bij omzetting, zie Snijder-Kuipers, blz. 2.

⁶⁶³ Snijder-Kuipers, blz. 5.

⁶⁶⁴ Artikel 2:18 lid 5 (nieuw) in Wetsvoorstel 2009.

dat het ten tijde van de omzetting aanwezige vermogen en de vruchten daarvan slechts met toestemming van de rechter anders mogen worden besteed dan voor de omzetting was voorgeschreven. Hetzelfde geldt voor een vermogensovergang als gevolg van fusie of splitsing van de rechtspersoon⁶⁶⁵. Er was derhalve voorzien in een vermogensklem, aansluitend bij het stichtingenrecht.

Ten aanzien van de vermogensklem bij omzetting van een stichting bestaat overigens veel onduidelijkheid. De wettelijke regeling is voor meerdere interpretaties vatbaar, waarbij in de praktijk kan worden onderscheiden tussen een strikte leer – de vermogensklem rust op de ten tijde van de omzetting aanwezige activa en passiva – en een flexibele leer – de vermogensklem rust op een waarde gelijk aan het eigen vermogen van de stichting ten tijde van de omzetting-, die van elkaar verschillen voor wat betreft de gevallen waarin rechterlijke machtiging is vereist en voor wat betreft de ruimte die de rechter heeft om die machtiging te verlenen. Ik verwijs naar Snijder-Kuipers voor een verdere behandeling van deze problematiek⁶⁶⁶. Hoewel de jurisprudentie kiest, althans tot voor kort koos, voor de strikte leer⁶⁶⁷, bepleit ik in het algemeen, maar zeker voor de maatschappelijke onderneming de flexibele leer. Ondernemingsvermogen is te dynamisch van samenstelling om een goede toepassing van de strikte leer mogelijk te maken. De vermogensklem dient betrekking te hebben op ooit aan de maatschappelijke onderneming verstrekte middelen, dat zijn financiële middelen en dat zijn niet de activa die toevallig tot het vermogen behoren op het moment van omzetting. Indien de rechtsvorm maatschappelijke onderneming als voorwaarde gold voor de verkrijging van bepaalde faciliteiten, vergunningen, etcetera, dan dient de maatschappelijke onderneming de consequenties daarvan te overwegen alvorens tot omzetting te besluiten.

Indien er een wettelijke regeling komt voor de maatschappelijke onderneming als rechtsvorm, zal omzetting op grond van artikel 2:18, Burgerlijk Wetboek, mogelijk zijn voor zover de wettelijke regeling daar geen inbreuk op zal maken. Afgezien van de hiervoor gesignaleerde problematiek van de vermogensklem zie ik geen aanleiding om de mogelijkheden tot omzetting van of in een maatschappelijke onderneming te beperken of uit te sluiten. Daartegen pleit juist dat de flexibiliteit van het Nederlandse rechtspersonenrecht als geheel gediend is met ruime mogelijkheden tot omzetting van rechtspersonen. De maatschappelijke onderneming dient daarin geen onbereikbaar eiland te zijn, te meer daar de scheidslijnen tussen maatschappelijke ondernemingen en klassieke ondernemingen niet scherp te trekken zijn. Onder omstandigheden kan het wenselijk zijn dat een onderneming haar maatschappelijk karakter aflegt en als commer-

⁶⁶⁵ Artikel 2:18 lid 7 in Wetsvoorstel 2009.

⁶⁶⁶ Snijder-Kuipers, blz. 135 e.v.

⁶⁶⁷ Snijder-Kuipers, blz. 161. Inmiddels heeft de Hoge Raad een uitspraak gedaan die tendeert naar de flexibele leer (Hoge Raad, 21 januari 2011, Eerste Kamer, 09/04463 RM/AS (Optas), zie verder paragraaf 7.7.

ciële organisatie voort bestaat. Daartegenover is het zelfs waarschijnlijk dat er ondernemingen zijn die zich wensen om te vormen tot maatschappelijke ondernemingen. De figuur van de omzetting is daarvoor een geëigend instrument. Dat de omzetting van een maatschappelijke onderneming naar een andere rechtsvorm onderworpen zal zijn aan rechterlijke machtiging in verband met de aanwending van het vermogen van de maatschappelijke onderneming ligt voor de hand. Hier speelt ook nog een ander aspect, namelijk de behartiging van het maatschappelijk belang. Denkbaar is een regeling waarbij de rechter in geval van een voorstel tot omzetting van een maatschappelijke onderneming ook toetst of het maatschappelijk belang zich daar niet tegen verzet. Rechterlijke machtiging voor de omzetting zou dan geweigerd kunnen worden op de grond dat het door de maatschappelijke onderneming gediende maatschappelijk belang verlangt dat de rechtspersoon maatschappelijke onderneming blijft. Mijns inziens heeft een zodanige toetsing te veel politieke aspecten om van de rechterlijke macht verlangd te kunnen worden. De vraag rijst of de overheid zelf instrumenten dient te hebben om te voorkomen dat een maatschappelijke onderneming er voor kiest om een andere rechtsvorm aan te nemen. Voor wat betreft maatschappelijke ondernemingen die actief zijn op de gebieden die bestreken worden door de grondwettelijke sociale grondrechten en waarvoor de overheid taakstellend optreedt, is verdedigbaar dat de overheid dient te kunnen voorkomen dat haar beleid wordt doorkruist, doordat maatschappelijke ondernemingen zich aan de door de overheid gestelde taken kunnen onttrekken. Ik stel hier tegenover dat het de overheid in dit opzicht het beleid van de maatschappelijke onderneming dient te beïnvloeden door middel van geboden facilitering van de gestelde taken. De overheid van haar kant heeft de vrijheid om op gedane taakstellingen terug te komen – het primaat van de politiek-, het bestuur van de maatschappelijke onderneming dient eveneens een kosten/baten analyse te kunnen maken, met de ruimte om te kiezen voor een voortbestaan in een andere rechtsvorm.

3.12 FISCALE ASPECTEN

Het fiscale perspectief maakt geen deel uit van dit onderzoek. Echter werd in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel een paragraaf gewijd aan de fiscale aspecten van de maatschappelijke onderneming⁶⁶⁸. Mede daarom is het wenselijk om toch bij twee fiscale aspecten stil te staan, namelijk de positie van de maatschappelijke onderneming voor wat betreft de heffing van vennootschapsbelasting en de mogelijkheid voor de maatschappelijke onderneming om aangemerkt te worden als algemeen nut beogende instelling (de ANBI-status).

⁶⁶⁸ MvT, blz. 30 e.v.

3.12.1. Vennootschapsbelasting

Uitgangspunt van de minister was dat de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 op de M.O. en de M.O.W. van toepassing zou zijn op dezelfde wijze als op andere verenigingen en stichtingen. Dat wil zeggen dat zij belastingplichtig zijn voor zover zij een onderneming drijven of met belastingplichtige ondernemingen concurreren⁶⁶⁹. Hierbij geldt het fiscale ondernemingsbegrip, derhalve met een winsttoogmerk. Een winsttoogmerk wordt reeds geacht aanwezig te zijn indien de rechtspersoon regelmatig exploitatieoverschotten heeft. De bestemming van de winst is voor de fiscale behandeling niet relevant. De wet kent een aantal subjectieve vrijstellingen, waarvan van geval tot geval onderzocht dient te worden of die op de desbetreffende maatschappelijke onderneming van toepassing zijn⁶⁷⁰.

Fiscale consequenties kunnen verbonden zijn aan de uitgifte van winstbewijzen. Deze kunnen tot gevolg hebben dat de vrijstelling van vennootschapsbelasting vervalt of niet wordt verkregen, omdat de winst aldus niet uitsluitend aan een maatschappelijk belang ten goede zal komen.

Winstbewijzen van een M.O.W. zouden hebben gekwalificeerd voor de deelnemingsvrijstelling, indien de desbetreffende winstbewijshouder voor een belang van vijf procent of meer deelt in de winst die wordt behaald met de activiteiten waarvoor de desbetreffende winstbewijzen zijn uitgegeven. Artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 zal daartoe worden aangepast⁶⁷¹. Bepalend voor de vraag of aan het 5% criterium is voldaan, is niet het nominale bedrag van de deelneming, maar het percentage waarvoor de winstbewijzen delen in het resultaat, analoog aan de fiscale behandeling van een aandeel in een open commanditaire vennootschap⁶⁷².

Uit het vorenstaande kan worden afgeleid dat de wetgever niet voornemens was om de keuze voor de rechtsvorm M.O. of M.O.W. aantrekkelijk te maken door middel van fiscale vriendelijke maatregelen. Dat is een goed uitgangspunt, want een rechtsvorm die haar aantrekkelijkheid ontleend aan fiscale faciliteiten is kwetsbaar. Politieke ontwikkelingen kunnen gemakkelijk leiden tot beperking of intrekking van begunstigende regelingen. Een onderneming die daarvan afhankelijk is, wordt gemakkelijk in haar continuïteit bedreigd. Fiscale facilitei-

⁶⁶⁹ Artikel 2, lid 1, sub a, en artikel 4, sub a, Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

⁶⁷⁰ Artikel 5 en 6, Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Zorginstellingen voldaan bijvoorbeeld vaak aan de vrijstelling van artikel 5, lid 1, sub c. Artikel 6 is voor de maatschappelijke onderneming van belang, omdat onder voorwaarden een vrijstelling kan worden verleend indien een algemeen maatschappelijk belang wordt nagestreefd en niet blijkt van een winststreven. Vooralnog zijn er geen signalen dat deze vrijstelling ten aanzien van maatschappelijke ondernemingen geactiveerd gaat worden.

⁶⁷¹ Artikel IV van het Wetsvoorstel (2009).

⁶⁷² Artikel 13, lid 2, sub b, Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

ten kunnen daarnaast een oneigenlijk argument worden voor een organisatie om te kiezen voor de rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming. Ik bepleit daarom dat fiscale faciliteiten aan de maatschappelijke onderneming slechts dienen te worden verleend, indien daarmee een algemeen belang wordt gediend dat zwaarder weegt dan het algemene belang van de financiering van overheidsuitgaven. Die afweging dient uiteraard gemaakt te worden door de fiscale wetgever.

3.12.2. De ANBI-status

Een ander fiscaal aspect betreft de ANBI-status, dat is de rangschikking door de Belastingdienst als algemeen nut beogende instelling⁶⁷³. Dit aspect kan van twee kanten benaderd worden. Enerzijds kan de vraag worden gesteld of een maatschappelijke onderneming als algemeen nut beogende instelling gerangschikt kan worden. Anderzijds kan de vraag worden gesteld of een maatschappelijke onderneming niet per definitie een algemeen nut beogende instelling is. Tenslotte kan het antwoord op de voorgaande vragen misschien verschillend beantwoord worden naargelang een maatschappelijke onderneming al dan niet de mogelijkheid kent om winst uit te keren.

Om fiscaal erkend te worden als algemeen nut beogende instelling dient een rechtspersoon aan een aantal voorwaarden voldoen.

Allereerst dient de rechtspersoon zich voor 90% in te zetten voor een algemeen belang. Op individueel niveau beoordeelt de Belastingdienst of een rechtspersoon aan dit criterium voldoet.

De rechtspersoon en haar beleidsbepalers mogen niet aanzetten tot haat of gebruik van geweld. Ten aanzien van bestuurders en andere beleidsbepalers kan de Belastingdienst vragen om een verklaring van goed gedrag, alvorens de ANBI-status toe te kennen. De ANBI-status kan worden geweigerd of ingetrokken, indien één of meer bestuurders of andere beleidsbepalers hiervoor strafrechtelijk zijn veroordeeld in de voorafgaande vier jaren.

Daarnaast is er het beschikkingsmacht criterium: één persoon mag niet over het vermogen van de rechtspersoon kunnen beschikken als was het zijn eigen vermogen. Om aan dit criterium te voldoen dient de ANBI ten minste drie bestuurders of toezichthouders te hebben, die geen familie zijn van elkaar.

De rechtspersoon mag niet meer vermogen aanhouden dan redelijkerwijs voor het doel nodig is. Een uitzondering geldt voor schenkingen en verkrijgingen krachtens erfrecht, waarvan de schenker of erfflater heeft bepaald dat het vermogen in stand dient te worden gelaten en dat uitsluitend het rendement besteed mag worden. Daarnaast mag de rechtspersoon vermogen hebben dat nodig is

⁶⁷³ Rangschikking als ANBI brengt mee dat de rechtspersoon is vrijgesteld van schenk- en erfbelasting en voorts dat door de ANBI verleende giften eveneens zijn vrijgesteld van schenkbelasting, een en ander mits aan de verkrijging geen voorwaarden zijn verbonden die het algemeen belang karakter aantasten. Giften aan een ANBI zijn bovendien bij de schenker aftrekbaar voor de inkomstenbelasting.

voor het doel (bijvoorbeeld een natuurgebied of een monument) of om het doel te realiseren (bijvoorbeeld een eigen kantoorpand). Er dient een beleidsplan te zijn, waaruit blijkt hoe de rechtspersoon vermogen werft, beheert en besteedt. Bestuurders en toezichthouders mogen slechts een vergoeding ontvangen voor hun onkosten en een niet bovenmatig vacatiegeld. Ook de overige kosten, die de rechtspersoon maakt, dienen niet een redelijke omvang te boven te gaan. Wat in dit verband redelijk is, wordt van geval tot geval beoordeeld. De ANBI dient een zodanige administratie te voeren, dat aan de hand daarvan kan worden vastgesteld dat zij aan de hiervoor genoemde criteria voldoet. Bij opheffing van de ANBI dient het batig saldo toe te komen aan een doel dat het algemeen belang dient⁶⁷⁴.

De voorgestelde M.O.W. zou in beginsel niet aan deze voorwaarden kunnen voldoen, omdat uitkeringen aan winstbewijshouders ten goede kunnen komen. Een uitzondering zou kunnen gelden voor M.O.W.'s, waarvan statutair zou zijn vastgelegd dat de winstbewijzen uitsluitend kunnen worden gehouden door andere ANBI's, waarvan het doel zoveel mogelijk dat van de M.O.W. benadert. Voor wat betreft de M.O. zou van geval tot geval dienen te worden beoordeeld of rangschikking mogelijk is.

3.13 CONCLUSIE

In het voorafgaande zijn de elementen van de maatschappelijke onderneming in beschouwing genomen, waarbij is gezocht naar datgene dat specifiek kenmerkend is voor de maatschappelijke onderneming. Gezocht is naar die kenmerken, die de maatschappelijke onderneming onderscheiden van andere – klassieke – ondernemingen.

Het eerste dat we voor ogen dienen te houden is het ondernemerschap: een maatschappelijke onderneming is in de eerste plaats een onderneming en dient dan ook als onderneming benaderd te worden. De maatschappelijke onderneming onderscheidt zich van de klassieke onderneming, doordat het uiteindelijke doel van de onderneming niet is het maken van winst ten behoeve van investeerders, maar het dienen van een maatschappelijk belang. In de kring van stakeholders van een klassieke onderneming is in beginsel het belang van de investeerders dominant, bij een maatschappelijke onderneming zijn de belangen van de investeerders ondergeschikt aan een maatschappelijk belang. Dat maatschappelijk belang dient in de statuten van de maatschappelijke onderneming omschreven te zijn, want een maatschappelijk belang hoeft niet per se gelijk te zijn aan het algemeen belang. De beperktere rol van investeerders vertaalde zich in het wetsvoorstel in een beperking van de bevoegdheden van winstbewijshouders, althans in een intentie om die bevoegdheden beperkt te houden. De door de

⁶⁷⁴ www.belastingdienst.nl/variabel/niet_commerciele_organisaties/niet_commerciele_organisaties-04.html#P66_4064, geraadpleegd op 25 maart 2010.

wetsontwerper gehanteerde techniek bestond met name aan het toekennen van dwingendrechtelijke bevoegdheden aan de raad van toezicht en aan de belanghebbendenvertegenwoordiging. Die bevoegdheden zouden derhalve niet meer aan de vergadering van winstbewijshouders kunnen worden toegekend. De raad van toezicht en de belanghebbendenvertegenwoordiging zouden als het ware op een tandem komen te zitten. De rol die in klassieke ondernemingen door de algemene vergadering van aandeelhouders wordt vervuld, werd in het wetsvoorstel voor de M.O. en de M.O.W. daarmee grotendeels aan de raad van toezicht toegedacht. De positie van de leden van de belanghebbendenvertegenwoordiging vertoonde parallellen met die van houders van met medewerking van een vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen: wel spreekrecht, geen stemrecht. Zoals de administratievoorwaarden of de statuten van het administratiekantoor zeggenschap aan de certificaathouders bepaalde zeggenschapsrechten kunnen toekennen, zo zouden de statuten van de M.O./M.O.W. goedkeuringsrechten kunnen toekennen aan de belanghebbendenvertegenwoordiging⁶⁷⁵. Het bestaan van deze parallellen doet de vraag rijzen wat de toegevoegde waarde van de nieuwe rechtsvorm zou zijn geweest. Maar afgezien daarvan moet geconstateerd worden dat de maatschappelijke onderneming zich van de klassieke onderneming onderscheidt door haar gedrag, voortvloeiend uit haar gerichtheid op een maatschappelijk belang. Zo beschouwd zal een maatschappelijke onderneming, waarin in de praktijk het streven naar winstmaximalisatie voor haar investeerders dominant blijkt te zijn, zich schuldig maken aan doeloverschrijding. Voor wat betreft de aard en omvang van de gebondenheid aan het statutaire doel verschilt de maatschappelijke onderneming fundamenteel niet van andere rechtspersonen.

Een belangrijk aspect van ondernemerschap is dat het wordt ontplooid in het economisch verkeer, derhalve in de samenleving en daarom onder invloed van maatschappelijke ontwikkelingen.

De positie van het bestuur van een maatschappelijke onderneming verschilt fundamenteel niet van het bestuur van een klassieke onderneming. Het handelen van het bestuur dient zich te richten op het belang van de rechtspersoon, dat is de verwezenlijking van het doel van de rechtspersoon. Dat het doel van een maatschappelijke onderneming anders van aard zou zijn dan het doel van een klassieke onderneming, brengt niet mee dat het bestuur zich ten opzichte van dat doel anders zou dienen te gedragen. Het is daarom niet nodig om voor het besturen van een maatschappelijke onderneming regels vast te stellen die afwijken van de generieke wettelijke bepalingen omtrent het bestuur van rechtspersonen. Voor zover het besturen van een maatschappelijke onderneming specifiek gedrag of een specifieke attitude vraagt, vloeit dit reeds voort uit het doel van de maatschappelijke onderneming, dat voor het bestuur als leidraad heeft te gelden.

⁶⁷⁵ Artikel 307i lid 5 van het Wetsvoorstel.

De maatschappelijke onderneming dient intern toezicht te kennen in de vorm van een toezichthoudend orgaan, bij voorkeur aangeduid als raad van commissarissen. De raad van commissarissen dient onafhankelijk van aandeelhouders en andere stakeholders te functioneren. De taken van de raad van commissarissen verschillen in principe niet van de taken van de raad van commissarissen bij een klassieke onderneming, zij het dat de gerichtheid op het maatschappelijk belang het eigen belang van de rechtspersoon en daarmee als vanzelf de taken van de raad van commissarissen een specifieke, op dat maatschappelijk belang gerichte, inkleuring geeft.

De Nederlandse wetgeving kent uitgebreide regelingen voor de medezeggenschap van bepaalde groepen stakeholders, zoals werknemers, leerlingen, ouders van leerlingen, studenten, huurders en cliënten in de zorg. De invoering van een generieke belanghebbendenvertegenwoordiging is een symptoom van halfslachtigheid, indien deze belanghebbendenvertegenwoordiging naast en niet in plaats van specifieke wetgeving van medezeggenschap zou worden ingevoerd. Daar komt bij dat in de discussie over de maatschappelijke onderneming nooit is duidelijk geworden welke stakeholders als belanghebbenden in de zin van het Wetsvoorstel beschouwd dienen te worden. De huidige stand van medezeggenschapswetgeving is passend bij de huidige maatschappelijke ontwikkelingen, derhalve voorziet een belanghebbendenvertegenwoordiging niet in een reële leemte.

Artikel 18 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek maakt het in het algemeen mogelijk om privaatrechtelijke rechtspersonen om te zetten in een andere rechtsvorm. Het is wenselijk dat bestaande rechtspersonen de gerichtheid op een maatschappelijk belang kunnen aannemen zonder discontinuïteit in hun rechtspersoonlijkheid. Andersom behoeft het niet onmogelijk te zijn dat maatschappelijke ondernemingen hun gerichtheid op een maatschappelijk belang prijsgeven en zich omzetten in een andere rechtsvorm. Dit dient echter aan voorwaarden gebonden te zijn, zodat vermogen dat ‘geoormerkt’ was ten behoeve van een maatschappelijk belang ook na de omzetting uitsluitend aan dat maatschappelijk belang ten goede zal komen. De bestaande regeling van artikel 18 bevat reeds een analoge voorwaarde voor de omzetting van een stichting in een andere rechtsvorm. Het verdient aanbeveling om de omzetting van een maatschappelijke onderneming op analoge wijze te regelen, dat wil zeggen dat omzetting slechts mogelijk zal zijn met rechterlijke machtiging en een statutaire voorziening die op behoud van het vermogen ten behoeve van het doel gericht is. Voor zover de huidige regeling niet voldoet⁶⁷⁶, heeft het de voorkeur om niet voor de maatschappelijke onderneming afzonderlijk een andere (betere) regeling te

⁶⁷⁶ Zie Snijder-Kuipers.

ontwerpen, maar om de regeling op gelijke wijze voor stichtingen en maatschappelijke ondernemingen te verbeteren.



IV. Governance en aansprakelijkheid

4.1 INLEIDING

Corporate governance is een lastig te definiëren term⁶⁷⁷, die sinds de jaren '90 van de 20^e eeuw het ondernemingsrecht mede inhoud geeft⁶⁷⁸. De term is in Nederland gangbaar geworden sinds de Commissie Peters in 1996-1997 rapport uitbracht over het machtsevenwicht tussen bestuurders, toezichthouders en aandeelhouders in het Nederlandse vennootschapsrecht, mede naar aanleiding van de vraag of de in Nederland ontwikkelde en toegepaste beschermingsconstructies houdbaar waren in internationaal perspectief⁶⁷⁹. Als gezaghebbend geldt ook het Cadbury rapport, dat op 1 december 1992 in het Verenigd Koninkrijk werd uitgebracht door een commissie onder leiding van Sir Adrian Cadbury⁶⁸⁰. Ter verkenning van de corporate governance gaan we in op drie aspecten: de interne werking, de externe werking en het wettelijk kader.

4.1.1. De interne werking

Corporate governance heeft in ieder geval betrekking op een evenwichtige verdeling van bevoegdheden over de verschillende organen binnen een rechtspersoon⁶⁸¹. Bouma spreekt van de structurering en functionering van het vennootschappelijk bestuur en daarnaast van de maatschappelijke inbedding van bestuur en toezicht als elementen van corporate governance⁶⁸². De inhoud van de term verschilt per rechtscultuur, dus per land, omdat culturele, economische en sociale verschillen mede bepalend zijn voor de opvattingen over de krachten die de voortgang van een onderneming bepalen, zoals bestuur, toezicht en de

⁶⁷⁷ Asser-Maeijer-van Solinge-Nieuwe Weme, nr. 28.

⁶⁷⁸ Althans in Europa onder de benaming corporate governance, de aandacht voor de betrokken onderwerpen is veel ouder, de term corporate governance werd in de Amerikaanse literatuur reeds gebezigd in de eerste helft van de 20e eeuw.

⁶⁷⁹ <http://commissiecorporategovernance.nl/Commissie%20Peters>, geraadpleegd op 29 februari 2012.

⁶⁸⁰ 'The Financial Aspects of Corporate Governance', verschenen in Londen bij Gee & Co.Ltd.

⁶⁸¹ Sanders/Westbroek, blz. 15.

⁶⁸² Bouma, blz. 69.

invloed van stakeholders⁶⁸³. In Nederland zijn kernbegrippen: transparantie, verantwoording en zeggenschap⁶⁸⁴.

4.1.1.A. TRANSPARANTIE

Transparantie, omdat mensen steeds minder bereid zijn geld, tijd en energie te investeren in ondernemingen waarover zij onvoldoende informatie hebben. Transparantie is voor een maatschappelijke onderneming dan ook een noodzakelijke voorwaarde om een maatschappelijk draagvlak, een achterban, in stand te kunnen houden. Terecht stelt De Ridder dat transparantie uiteindelijk het functioneren van een toezichthouder – en daarmee mijns inziens van de maatschappelijke onderneming als zodanig – vergemakkelijkt⁶⁸⁵.

4.1.1.B. VERANTWOORDING

Verantwoording door bestuurders en toezichthouders, omdat zij werken met geld van en in het belang van anderen. Investeerders willen vernemen wat de resultaten van de onderneming zijn geweest en hoe die resultaten – indien afwijkend van de verwachtingen – kunnen worden verklaard. Transparantie en verantwoording overlappen elkaar, waarbij verantwoording achteraf wordt gegeven, terwijl transparantie ook vooraf betracht dient te worden⁶⁸⁶. Een gebrekkige verantwoording zal leiden tot verminderde investeringsbereidheid en daarmee tot hogere financieringslasten voor de onderneming⁶⁸⁷.

4.1.1.C. ZEGGENSCHAP

Zeggenschap, om te kunnen ingrijpen indien bestuurders en hun toezichthouders niet naar behoren functioneren. Zeggenschap omvat mijns inziens twee aspecten, die goed onderscheiden dienen te worden: ten eerste het toekennen van bevoegdheden, ten tweede het gebruik van die bevoegdheden. De roep in discussies om meer bevoegdheden gaat gemakkelijk voorbij aan de vraag of bestaande bevoegdheden wel worden benut.

4.1.2. Externe werking

Corporate governance verlangt dat bestuurders en toezichthouders zich bewust zijn van hun maatschappelijke verantwoordelijkheid en daarnaar handelen⁶⁸⁸. Dit geldt in het bijzonder voor maatschappelijke ondernemingen, maar uit de

⁶⁸³ Calkoen, blz. 173.

⁶⁸⁴ Zalm, blz. 4.

⁶⁸⁵ Zie De Ridder, blz. 41.

⁶⁸⁶ Het is een misverstand dat transparantie de marktpositie van een onderneming zou uithollen. Een onderneming kan juist meer concurrentie ondervinden doordat zij geen informatie over zichzelf naar buiten brengt.

⁶⁸⁷ Zalm, blz. 5.

⁶⁸⁸ Zie ZGC, Inleiding

governance codes blijkt dat maatschappelijke ondernemingen in dit opzicht niet afwijken van ondernemingen in het algemeen. Dit is een relevant aspect voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming, omdat het impli- ceert dat ook het bestuur van kapitaalvennootschappen niet voorbij kan gaan aan een maatschappelijke verantwoordelijkheid⁶⁸⁹. Daarmee is tevens reeds ge- zegd dat een kapitaalvennootschap in het algemeen niet a priori ongeschikt is als rechtsvorm voor een maatschappelijke onderneming.

Interessant is in dit verband de door Herrigel gemelde bevinding, dat onderne- mingen in de 19^e en de eerste helft van de 20^e eeuw in overwegende mate werden gefinancierd door herinvestering van behaalde winsten. Dit gold zowel in Ame- rika als in Europa, zodat in dit opzicht geen onderscheid te maken was tussen het Angelsaksische en het Rijnlandse model⁶⁹⁰. De dominantie van ‘shareholder value’ – het aandeelhoudersbelang op korte termijn – dateert uit het laatste kwart van de 20^e eeuw en is dus helemaal niet zo oud en zeker geen universele waarde in het ondernemingsrecht, ook niet in het Angelsaksische ondernemingsrecht. Omstreeks 2005 wordt gesignaleerd dat de trend in corporate governance ten- deert naar terugkeer van waarden die golden aan het begin van de 20^e eeuw⁶⁹¹. Vanuit dit historische perspectief is de maatschappelijke onderneming niet een alternatief voor de klassieke onderneming, maar een ontwikkelingsfase van de onderneming, volgend op de onderneming die uitsluitend de belangen van haar aandeelhouders had te dienen.

4.1.3. Wettelijk kader

Aan de basis van corporate governance staat een goede wetgeving. Deze dient echter gepaard te gaan met elementen, die niet in wetgeving te regelen zijn. Het daarvoor gebruikte begrippenkader omvat onder meer goed ondernemerschap, afweging van belangen, vertrouwen en integriteit. Dit is bijvoorbeeld als volgt verwoord door de Commissie Governancecode Woningcorporaties:

Goed maatschappelijk ondernemerschap, waaronder inbegrepen integer en transparant han- delen door het bestuur, alsmede goed toezicht hierop, waaronder begrepen het afleggen van verantwoording over het uitgeoefende toezicht, zijn essentiële voorwaarden voor het stellen van vertrouwen in het bestuur en het toezicht door de belanghebbenden. Dit zijn de steunpila- ren waarop goede governance rust⁶⁹².

Regels van corporate governance zijn derhalve voor een belangrijk deel gedrags- regels. Bujs wijst er op dat er geen systeem bestaat dat zo goed werkt dat geen enkel mens zich nog goed behoeft te gedragen. Het bereiken en bevorderen van welvaart vraagt niet alleen om structuren, maar ook om een bepaalde cultuur.

⁶⁸⁹ Zie ook Botter, blz. 46 e.v.

⁶⁹⁰ Herrigel, blz. 13, alwaar verdere verwijzingen.

⁶⁹¹ Zie Herrigel, blz. 8.

⁶⁹² Preambule van de Governancecode Woningcorporaties (2006), punt 6.

De vrije markt kan niet functioneren zonder bereidheid tot samenwerking en inlevingsvermogen in het eigenbelang van een ander⁶⁹³.

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op diverse governance codes, die in Nederland zijn ontwikkeld. Allereerst de algemene Corporate Governance Code ('Tabaksblat') en de aanpassing daarvan ('Frijns'), vervolgens enkele sectorspecifieke codes: de Health Care Governance Code ('Meurs'), de Branchecode Governance voor het Hoger Beroepsonderwijs ('Glasz'), de Governance Code Woningcorporaties (de 'Aedescode'), de Branche Code Maatschappelijke Onderneming (de 'NTMO-code') en de Code Cultural Governance voor culturele instellingen. Vervolgens wordt ingegaan op de vraag welke toegevoegde waarde de M.O. of M.O.W. kan hebben ten opzichte van governance codes.

4.2 VOGELVLUCHT: PETERS-TABAKSBLATT-FRIJNS

Na een eerste aanzet in 1997 van de Commissie Peters⁶⁹⁴ verscheen in 2003 de Nederlandse Corporate Governance Code (CGC), opgesteld door een commissie onder leiding van mr. M. Tabaksblat. Op grond van artikel 2:391 lid 5, Burgerlijk Wetboek, is de CGC aangewezen als gedragscode waarvan de naleving dient te worden toegelicht in het jaarverslag van ondernemingen. De CGC omvat 21 principes en 113 best practice bepalingen. In hun jaarverslag dienen ondernemingen te verklaren of en in hoeverre zij de CGC naleven. Indien en voor zover de CGC niet wordt nageleefd, dient het jaarverslag daarvoor de redenen te vermelden. De 21 principes bepalen dat de governance structuur van de rechtspersoon en de naleving van de code een gedeelde verantwoordelijkheid is van het bestuur en de raad van commissarissen. Dit sluit aan bij de (monistische) benadering van Kraakman c.s., die de raad van commissarissen als onderdeel van het bestuur beschouwen. Bestuur en raad van commissarissen leggen hierover verantwoording af aan de algemene vergadering van aandeelhouders, die geacht worden dit zorgvuldig te beoordelen⁶⁹⁵.

a. Bestuur

Het bestuur dient te besturen, wat onder meer inhoudt dat het bestuur verantwoordelijk is voor het realiseren van de doelstellingen van de rechtspersoon, de strategie, het beleid en de resultaten, naleving van wetten en regels, risicobeheersing en de financiering van de rechtspersoon. Het bestuur legt verantwoordelijkheid af aan de raad van commissarissen en aan de algemene vergadering van aandeelhouders⁶⁹⁶. Het bestuur is voorts verantwoordelijk

⁶⁹³ Buijs (2012), blz. 25.

⁶⁹⁴ Ingesteld door de Vereniging voor de Effectenhandel en genoemd naar haar voorzitter J.F.M. Peters.

⁶⁹⁵ CGC principe I.

⁶⁹⁶ CGC principe II.1.

voor de volledigheid en juistheid van openbaar gemaakte financiële informatie⁶⁹⁷.

De bezoldiging van bestuurders dient zodanig te zijn dat de rechtspersoon gekwalificeerde bestuurders kan aantrekken en behouden. Er zijn beperkingen gesteld aan het variabele deel van de beloning en aan de vergoeding in geval van ontslag. Variabele beloning dient de binding van bestuurders aan de rechtspersoon en haar doelstelling te versterken, dient afhankelijk te zijn van vooraf bepaalde meetbare doelen, deels op korte, deels op lange termijn. Het beloningsbeleid dient transparant te zijn en de beloning op individueel niveau in de toelichting op de jaarrekening gepubliceerd te worden⁶⁹⁸. De beloning van commissarissen dient eveneens transparant te zijn en deze mag niet afhankelijk zijn van het resultaat van de rechtspersoon⁶⁹⁹.

b. Toezicht

De raad van commissarissen houdt toezicht op het bestuur en op de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de met haar verbonden onderneming en staat het bestuur met raad terzijde. De tekst van artikel 2:140 lid 2/2:250 lid 2, Burgerlijk Wetboek, is nagenoeg letterlijk overgenomen in de CGC⁷⁰⁰. Voor de raad als geheel en voor de afzonderlijke commissarissen zijn er profieleisen, die zich dienen te manifesteren in een profielschets⁷⁰¹. De leden van de raad van commissarissen dienen onafhankelijk te zijn van elkaar, van het bestuur en van deelbelangen⁷⁰². In een ‘one tier’ bestuursstructuur dient gewaarborgd te zijn dat de bestuurders die niet belast zijn met de dagelijkse gang van zaken onafhankelijk toezicht kunnen houden op de bestuurders die daarmee wel belast zijn⁷⁰³.

De raad van commissarissen heeft een bijzondere verantwoordelijkheid voor de besluitvorming in situaties waarin tegenstrijdige belangen van enerzijds de rechtspersoon en anderzijds bestuurders, commissarissen, grootaandeelhouders of de externe accountant een rol kunnen spelen⁷⁰⁴.

De raad van commissarissen kan intern de taken verdelen door zichzelf in drie met name genoemde commissies te organiseren: de auditcommissie voor de controle- en risicobeheersingsystemen, de remuneratiecommissie voor het bezoldigingsbeleid en de selectiecommissie voor de eigen samenstelling van de raad.

⁶⁹⁷ CGC principe V.1.

⁶⁹⁸ CGC principe II.2.

⁶⁹⁹ CGC principe III.7.

⁷⁰⁰ Zie CGC principe III.1.

⁷⁰¹ CGC principe III.3.

⁷⁰² CGC principe III.2.

⁷⁰³ CGC principe III.8.

⁷⁰⁴ CGC principe II.3 en III.6.

De voorzitter van de raad van commissarissen ziet toe op het goed functioneren van de raad en van de commissies. Hij is verantwoordelijk voor de agenda en het verloop van vergaderingen, de verspreiding van informatie onder de commissarissen, introductie van nieuwe leden, de evaluatie van het toezicht en van het bestuur en hij is het eerste aanspreekpunt voor het bestuur. De rechtspersoon zorgt voor een adequate ondersteuning van de voorzitter.

c. *De algemene vergadering*

De algemene vergadering van aandeelhouders dient een volwaardige rol te spelen in het systeem van ‘checks and balances’ van de rechtspersoon. De deelname aan het besluitvormingsproces door aandeelhouders dient laagdrempelig te worden gehouden. Goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders is in ieder geval vereist voor bestuursbesluiten die de identiteit of het karakter van de rechtspersoon veranderen⁷⁰⁵.

‘Tabaksblad’ besteedt afzonderlijk aandacht aan de positie van institutionele beleggers als aandeelhouder⁷⁰⁶. Zij hebben primair de belangen van hun achterban te behartigen, maar bij het uitoefenen van hun rechten als aandeelhouder dienen zij tevens een belangenevenwicht tussen hun achterban en de rechtspersoon in het oog te houden.

d. *De accountant*

De externe accountant wordt normaliter benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders en hij dient gelijktijdig aan zowel het bestuur als de raad van commissarissen te rapporteren⁷⁰⁷. Opdrachten tot aanvullende (niet-controle)werkzaamheden mogen slechts met goedkeuring van de raad van commissarissen aan de externe accountant worden verleend⁷⁰⁸.

De CGC is op 30 december 2004 aangewezen als gedragscode in de zin van artikel 2:391 lid 5, Burgerlijk Wetboek⁷⁰⁹, zodat beursgenoteerde vennootschappen in hun jaarverslag aandacht dienen te besteden aan de naleving van de code en daarbij gemotiveerd dienen aan te geven welke principes en best practice bepalingen niet zijn nageleefd (het ‘pas toe of leg uit’ principe⁷¹⁰).

⁷⁰⁵ CGC principe IV.1.

⁷⁰⁶ CGC principe IV.4.

⁷⁰⁷ CGC principe V.4.

⁷⁰⁸ CGC principe V.2.

⁷⁰⁹ *Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere voorschriften worden gesteld omtrent de inhoud van het jaarverslag. Deze voorschriften kunnen in het bijzonder betrekking hebben op naleving van een bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen gedragscode.*

⁷¹⁰ De Ondernemingskamer kan een inbreuk maken op dit principe door bij wijze van voorziening principes voor een vennootschap verbindend mag verklaren, zodat de ruimte om af te wijken voor de desbetreffende vennootschap komt te vervallen. De Hoge Raad heeft dit uitgesproken op 14 september 2007, NJ 2007,611.

De CGC richt zich tot beursvennootschappen, maar heeft inmiddels een aanzienlijke reflexwerking op alle ondernemingen, ook in de non profit sector. Dit blijkt mede uit een groot aantal sectorspecifieke governance codes, die op de CGC zijn gevolgd. Ook sectoren waarvoor de maatschappelijke onderneming is bedoeld, hebben inmiddels een eigen governance code. Een aantal daarvan zal hierna aan de orde komen.

Per 1 januari 2009 is de CGC vervangen door een nieuwe code, opgesteld door de Monitoring Commissie Corporate Governance Code onder voorzitterschap van J. Frijns. De wijzigingen ten opzichte van de Code 'Tabaksblad' van 2003 zijn voortgekomen uit ontwikkelingen in wetgeving, jurisprudentie en de praktijk. Een governance code beoogt het gedrag van bestuurders, commissarissen en aandeelhouders te beïnvloeden. Gebleken is dat een te gedetailleerde code in dat opzicht zijn doel voorbijschiet en al gauw leidt tot het maken en volgen van 'afvinklijstjes'⁷¹¹. Het bestuur dient bijvoorbeeld niet meer te verklaren dat de interne risicobeheersing- en controlesystemen 'adequaat en effectief' zijn, maar dat deze 'een redelijke mate van zekerheid bieden'. Enkele andere hoofdlijnen in de aanpassingen: de controle van de raad van commissarissen over het bestuur en het bezoldigingsbeleid is aangescherpt, met onder meer een 'claw-back' recht ten aanzien variabele beloningscomponenten die achteraf te hoog blijken te zijn geweest, de raad van commissarissen dient tevens toezicht te houden op het maatschappelijk verantwoord ondernemen en op de relatie met de aandeelhouders, de verplichting voor de aandeelhouder om naar eigen inzicht te stemmen⁷¹² en de verplichting om materiële wijzigingen in de statuten de benoemingen van bestuurders en commissarissen afzonderlijk te agenderen.

De sectorspecifieke governance codes blijken allemaal in hoofdlijnen op dezelfde wijze zijn gestructureerd als de 21 principes van Tabaksblad, met dien verstande dat een hoofdstuk over de algemene vergadering van aandeelhouders ontbreekt, evenals de bepaling over een one-tier bestuursstructuur.

4.3 GOVERNANCE IN DE ZORG

Op 19 december 2005 verscheen de Zorgbrede Governance Code (ZGC), na een aantal eerdere initiatieven, beginnend met het rapport Health Care Governance in 1999⁷¹³. De ZGC werd uitgebracht door de federatie Brancheorganisaties Zorg (BoZ), waarvan deel uitmaakten Arcares brancheorganisatie verpleging, ver-

⁷¹¹ Zie Van Hulst/Vossen.

⁷¹² De aandeelhouder dient derhalve adviezen niet blindelings te volgen en hij dient zijn aandelen niet 'uit te lenen', zodat een ander feitelijk het stemrecht uitoefent. De naleving van deze bepaling is derhalve lastig te controleren, bovendien ontbreekt een wettelijke basis om aan een aandeelhouder meer verplichtingen op te leggen dan de volstorting van zijn aandelen.

⁷¹³ Health Care Governance was opgesteld door een commissie onder voorzitterschap van mevrouw prof.dr. P.L. Meurs ('de Commissie-Meurs').

zorging en zorg thuis, Geestelijke Gezondheidszorg Nederland, Nederlandse Federatie van Universitaire medische centra, NVZ vereniging van ziekenhuizen, Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland en Z-org vereniging van zorgondernemers. In 2010 verscheen een herziene code. Hierna wordt eerst de code van 2005 besproken, waarna wordt ingegaan op de verschillen met de code van 2010, zodat de ontwikkeling van de opvattingen in de tussenliggende periode zichtbaar wordt.

De ontwikkelingen in de zorgsector volgen de ontwikkelingen in het reguliere ondernemingsrecht. Dat is niet zo verwonderlijk, omdat de zorg onderhevig is aan dezelfde maatschappelijke trends.

De ZGC beslaat vier hoofdstukken, achtereenvolgens handelend over: Verantwoording, de Raad van Bestuur, de Raad van Toezicht, Openbaarmaking en voorts de invoeringsdatum van de ZGC.

4.3.1. Verantwoording

De ZGC stelt dat de zorgonderneming verantwoorde en resultaatgerichte zorg dient te bieden, door middel van een doelmatige en transparante bedrijfsvoering. De bijzondere maatschappelijke verantwoordelijkheid van de zorgonderneming dient te blijken uit: het centraal stellen van de patiënt, het effectief en doelmatig aanwenden van de beschikbare middelen en het voldoen aan eigentijdse kwaliteitseisen⁷¹⁴. Wat die eigentijdse kwaliteitseisen inhouden zal blijken uit wet- en regelgeving – zoals de Kwaliteitswet Zorginstellingen – en uit het eigen kwaliteitsbeleid van de organisatie.

De ZGC dient een beleid te hebben voor de ‘dialogo met belanghebbenden’, waarbij de instelling zelf vaststelt wie belanghebbenden zijn en welke informatie aan deze belanghebbenden wordt gegeven. De dialoog met belanghebbenden dient om maatschappelijk draagvlak te creëren en in stand te houden voor het bestaan en het functioneren van de organisatie, om wensen en behoeften te peilen en om innovatie te bevorderen⁷¹⁵. Als doel wordt ook wel genoemd: het afleggen van verantwoording, maar mijns inziens is het afleggen van verantwoording geen doel op zichzelf, maar een middel om draagvlak in stand te houden.

De relevante belanghebbenden dienen in ieder geval te kunnen adviseren over enkele onderwerpen, die ontleend zouden kunnen zijn aan artikel 25 van de Wet op de ondernemingsraden, namelijk:

- de vaststelling of wijziging van de missie, doelstelling of grondslag van de zorgorganisatie;

⁷¹⁴ ZGC, i.i.

⁷¹⁵ Zorggroep Pasana in Noord Friesland organiseert twee keer per jaar een brainstormsessie voor stakeholders met ongeveer 100 deelnemers (mededeling A.J. Pruis, voorzitter Raad van Bestuur op het seminar Groot, Groter, Grootst, gehouden te Baarn op 8 maart 2007).

- het overdragen van de zeggenschap over de zorgorganisatie of over een belangrijk deel daarvan en over besluiten tot fusie of tot het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking met een andere zorgorganisatie;
- opheffing of een belangrijke inkrimping dan wel belangrijke uitbreiding van de werkzaamheden van de zorgorganisatie, besluiten tot concentratie of deconcentratie van de zorgorganisatie en structurele sluiting van afdeling, dependances of locaties;
- de systematische bewaking, beheersing of verbetering van de kwaliteit van de te verlenen zorg.

De relevante belanghebbenden zijn diegenen wier belangen rechtstreeks geraakt worden bij vraagstukken of beleidsvoornemens⁷¹⁶. De ZGC schrijft niet voor hoe de dialoog met belanghebbenden georganiseerd dient te worden. Het kan meer of minder geïnstitutionaliseerd worden, mits er sprake is van een duidelijk en consistent beleid, dat door de organisatie wordt bekendgemaakt en toegepast en door de betrokkenen als zinvol wordt ervaren.

De ZGC schrijft voor dat de zorgorganisatie in haar statuten aan één of meer belanghebbenden het recht toekent om een verzoek tot enquête te doen bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam. Wie deze belanghebbende(n) is/zijn dient in de statuten te worden geregeld⁷¹⁷. De hier bedoelde belanghebbenden kunnen zowel in als buiten de organisatie gezocht worden. Het enquêterecht is vooralsnog de enige civielrechtelijke vorm van toezicht op de Raad van Toezicht.

De Raad van Bestuur dient te zorgen voor een jaarlijkse openbare verantwoording van het gevoerde beleid en de geleverde prestaties van de zorgorganisatie. Onderdeel daarvan is een verantwoording door de Raad van Toezicht. De wijze van openbaarmaking is niet geregeld, maar vermelding op de website van de organisatie ligt in deze tijd erg voor de hand, toezending van een papieren versie aan bekende belanghebbenden eveneens. Denkbaar is voorts dat de zorgorganisatie een conferentie of hoorzitting organiseert, waarin belanghebbenden aan de Raad van Bestuur en de Raad van Toezicht vragen kunnen stellen over de aangeboden verantwoording. De ZGC eist tevens dat ook de in de zorgorganisatie werkzame vrijgevestigde specialisten verantwoording afleggen⁷¹⁸. De zorgorganisatie is ook voor dit laatste verantwoordelijk. Mijns inziens heeft de zorginstelling geen andere mogelijkheden om dit af te dwingen dan via de toelatingsovereenkomst, die zij met de desbetreffende specialisten sluit.

⁷¹⁶ ZGC, 1.2.

⁷¹⁷ ZGC, 1.2, lid 3. Dit voorschrift geldt voor die rechtspersonen die ingevolge het bepaalde in artikel 2:344, Burgerlijk Wetboek, binnen het bereik van het enquêterecht vallen, dus coöperaties, naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, alsmede stichtingen en verenigingen die wettelijk verplicht zijn een ondernemingsraad in stand te houden. Het voorschrift geldt sedert 1 januari 2006.

⁷¹⁸ ZGC, 1.3.

De jaarlijkse verantwoording bevat informatie op individueel niveau over de bezoldiging van de leden van de Raad van Bestuur⁷¹⁹ en van de leden van de Raad van Toezicht⁷²⁰.

De positie van de externe accountant is vrij strikt geregeld: hij wordt benoemd en ontslagen voor de Raad van Toezicht, hij wordt periodiek gewisseld, verricht bij voorkeur geen advieswerkzaamheden voor de zorgorganisatie, hij rapporteert gelijkelijk aan de Raad van Toezicht en aan de Raad van Bestuur en woont de vergadering (gedeeltelijk) bij waarin de Raad van Toezicht de jaarrekening bespreekt en/of vaststelt⁷²¹.

4.3.2. De Raad van Bestuur

De eindverantwoordelijkheid voor het besturen van de organisatie berust bij de Raad van Bestuur, die daarover verantwoording aflegt aan de Raad van Toezicht. De eindverantwoordelijkheid houdt in dat de Raad van Bestuur over alle onderwerpen de uiteindelijke afwegingen en keuzes dient te maken. Tot de taken van de Raad van Bestuur behoren met name de realisatie van de doelstellingen van de organisatie, de strategie, het beleid en de resultatenontwikkeling, de financiering, het beheersen van risico's, de informatieverschaffing aan de Raad van Toezicht⁷²².

De ZGC besteedt vrij veel aandacht aan belangenverstrengelingen. Iedere schijn daarvan moet worden vermeden. Daarom kan een lid van de Raad van Bestuur niet tegelijkertijd lid zijn van de Raad van Toezicht van een andere zorgorganisatie of daarmee te vergelijken onderneming in hetzelfde werkgebied, dient de Raad van Toezicht volledig inzicht te krijgen in de nevenfuncties van de leden van de Raad van Bestuur en zal een lid van de Raad van Bestuur slechts met toestemming van de Raad van Toezicht een nevenfunctie – betaald of onbetaald – aangaan indien dat strijdig kan zijn met de belangen van de zorgorganisatie. Als strijdig met de belangen van de zorgorganisatie geldt reeds het feit dat de nevenfunctie een meer dan minimale werkbelasting kan opleveren⁷²³. Het oplossen van zaken waarbij belangenverstrengelingen aan de orde komen, is de verantwoordelijkheid van de Raad van Toezicht⁷²⁴.

4.3.3. De Raad van Toezicht

De Raad van Toezicht dient toe te zien op het besturen van en de algemene gang van zaken in de zorgorganisatie, waartoe de Raad van Toezicht in ieder geval dient te waken over: de realisatie van doelstellingen, de strategie en de risico's,

⁷¹⁹ ZGC, 2.2, lid 2.

⁷²⁰ ZGC, 3.3, lid 3.

⁷²¹ ZGC, 1.4.

⁷²² ZGC, 2.1, aansluitend bij best practice bepaling III.1.6 van de CGC.

⁷²³ ZGC, 2.3.

⁷²⁴ ZGC, 3.5, lid 2, conform principe III.6 van de CGC.

de effectiviteit van interne risicobeheersing en controlesystemen, de financiële verslaglegging, de naleving van wetten en regels, de bijzondere maatschappelijke verantwoordelijkheid⁷²⁵.

Evenals de Raad van Bestuur dient de Raad van Toezicht zich te richten naar het belang van de organisatie, rekening houdend met de bijzondere maatschappelijke verantwoordelijkheid. De Raad van Toezicht voert jaarlijks functionerings- en beoordelingsgesprekken met de leden van de Raad van Bestuur. Daarnaast evalueert de Raad van Toezicht jaarlijks het eigen functioneren en, tezamen met de Raad van Bestuur, de wisselwerking tussen beide raden⁷²⁶.

De leden van de Raad van Toezicht dienen onafhankelijk te zijn van de organisatie en van elkaar. Om die reden dienen de nevenfuncties van de leden van de Raad van Toezicht te worden gepubliceerd en dient hun bezoldiging niet van de resultaten van de organisatie afhankelijk mag zijn. De ZGC acht het wenselijk dat leden van de Raad van Toezicht door de Raad van Toezicht worden benoemd, zonder voordrachten door derden. Dit laatste botst met artikel 7 van de Wet Medezeggenschap Cliënten Zorginstellingen, welk artikel voorschrijft dat de cliëntenraad of cliëntenraden van de organisatie invloed op de samenstelling van de Raad van Toezicht dienen te hebben. Die invloed dient ten minste in te houden dat één lid van de Raad van Toezicht op voordracht van de cliëntenra(a)d(en) wordt benoemd. Met het oog hierop bepaalt de ZGC dat een op voordracht of door een derde benoemd lid van de Raad van Toezicht zijn functie vervult zonder last of ruggespraak en zonder deelbelang te laten prevaleren⁷²⁷. Voor de overige leden dient de werving van kandidaten openbaar plaats te vinden⁷²⁸.

Het vorenstaande omtrent de Raad van Toezicht sluit nagenoeg naadloos aan bij het bepaalde in de CGC omtrent de Raad van commissarissen.

Een lid van de Raad van Toezicht kan niet tegelijkertijd lid zijn van de Raad van Bestuur van een andere zorgorganisatie of daarmee te vergelijken onderneming in hetzelfde werkgebied⁷²⁹. De ZGC verbiedt niet expliciet dat een persoon gelijktijdig lid is van meerdere Raden van Toezicht, wat niet wegneemt dat die situatie ontoelaatbaar kan zijn ingevolge het algemene verbod op belangenverstrengeling⁷³⁰.

De ZGC acht het onwenselijk dat leden van de Raad van Bestuur na hun defungeren doorstromen naar de Raad van Toezicht. Zij staan immers niet onafhankelijk

⁷²⁵ ZGC, 3.1, lid 1.

⁷²⁶ ZGC, 3.1, leden 2 t.e.m. 6.

⁷²⁷ ZGC, 3.4.

⁷²⁸ ZGC, 3.2, lid 4.

⁷²⁹ ZGC, 3.4, lid 4. Deze bepaling lijkt een doublure ten opzicht van ZGC, 2.3, lid 2. Mogelijk heeft men willen ondervangen de situatie dat de ZGC op één van beide betrokken organisaties niet van toepassing is.

⁷³⁰ Best practice bepaling III.3.5. van de CGC beperkt het totale aantal commissariaten van één persoon tot vijf.

ten opzichte van het door henzelf gevoerde beleid en zij staan niet onafhankelijk ten opzichte van de medewerkers in de organisatie. Tot minimaal drie jaar⁷³¹ na hun defungeren zijn zij niet benoembaar als lid van de Raad van Toezicht. Hetzelfde geldt voor werknemers van de organisatie⁷³².

De Raad van Toezicht is zelf verantwoordelijk voor zijn eigen samenstelling. Daartoe dient een profielschets te worden opgesteld voor iedere vacature in de raad. De inhoud van die profielschets is tweeledig. Enerzijds dient ieder lid van de Raad van Toezicht het beleid op hoofdlijnen te kunnen beoordelen, anderzijds dient er binnen de Raad van Toezicht een zekere spreiding zijn van specifieke deskundigheden.

De zittingstermijn van leden van de Raad van Toezicht mag maximaal twee perioden van vier jaar belopen⁷³³. Besluiten tot schorsing en ontslag van leden van de Raad van Toezicht dienen in de statuten geregeld te worden voor wat betreft gronden⁷³⁴, vereiste meerderheid en te hanteren procedures⁷³⁵. De ZGC verbiedt zeer stellig ('nimmer') dat leden van de Raad van Toezicht bestuurstaken uitoefenen⁷³⁶, waarmee wordt verworpen de voorheen wijd verbreide praktijk dat bij ontstentenis van alle leden van de Raad van Bestuur de Raad van Toezicht tijdelijk met het bestuur van de organisatie wordt belast. Wanneer de Raad van Toezicht het bestuur gaat uitoefenen, komt gelijktijdig het toezicht te ontbreken.

4.3.4. Openbaarmaking

De ZGC is voor alle leden van de betrokken brancheorganisaties verplicht gesteld per 1 januari 2006. In de jaarlijkse verantwoording dient de zorgorganisatie te vermelden dat de principes van de ZGC zijn nageleefd en zo niet, waarom niet en welke vervangende regels eventueel worden gehanteerd⁷³⁷. Dit laatste staat bekend als het 'pas toe of leg uit' beginsel, dat rechtstreeks aan de CGC is ontleend.

⁷³¹ De CGC hanteert hier in haar best practice bepalingen (III.2.2. sub a.) een termijn van vijf jaar, echter wordt een uitzondering gemaakt voor personen die in verband met belet of ontstentenis van bestuurders tijdelijk in het bestuur hebben voorzien, voor hen geldt (III.2.2. sub g) een termijn van twaalf maanden.

⁷³² ZGC, 3.4, lid 5.

⁷³³ ZGC, 3.2, lid 3.

⁷³⁴ De CGC noemt in best practice bepaling III.1.4 als gronden voor tussentijds aftreden: onvoldoende functioneren, structurele onverenigbaarheid van belangen of wanneer dit anderszins naar het oordeel van de raad van commissarissen is geboden

⁷³⁵ ZGC, 3.2, lid 5. De ZGC is hier strenger dan de CGC, die in best practice bepaling III.3.5. drie termijnen van vier jaar toestaat.

⁷³⁶ ZGC, 3.4, lid 3. Dit sluit aan bij best practice III.6.7 van de CGC, inhoudend dat een commissaris die tijdelijk het bestuur op zich neemt, uit de raad van commissarissen treedt.

⁷³⁷ ZGC, 4.

4.3.5. Vergelijking

Wanneer wij de ZGC met de CGC vergelijken blijken de overeenkomsten groter te zijn dan de verschillen. De verschillen zijn terug te voeren op de al dan niet aanwezigheid van aandeelhouders: in de CGC wordt aandacht gegeven aan de positie van de aandeelhouders en de vergadering van aandeelhouders, de ZGC gaat uit van de vooronderstelling dat er geen aandeelhouders zijn in een zorgorganisatie.

Er is echter nog een ander verschil: de CGC maakt onderscheid tussen principes, die dienen nageleefd te worden, en best practice bepalingen, waarvoor het ‘pas toe of leg uit’ beginsel geldt. De ZGC maakt dit onderscheid niet, de inhoud van de ZGC is gedeeltelijk geënt op de principes van de CGC, maar in feite worden alle bepalingen door de ZGC als best practice bepalingen behandeld. De naleving ervan wordt gebracht onder het ‘pas toe of leg uit’ beginsel. Daarbij moet evenwel niet uit het oog worden verloren dat er ook verplichtingen voor de inrichting en de organen van een zorginstelling voortvloeien uit de Wet Toelating Zorginstellingen en daarop gebaseerde besluiten en regelingen.

4.3.6. Health Care Governancecode 2010

Per 1 januari 2008 is een afzonderlijke governance code gegeven voor universitair medische centra (UMC's), opgesteld door de Nederlandse Federatie van Universitair Medische Centra (NFU). De NFU heeft voor een eigen code gekozen omwille van de duidelijkheid⁷³⁸. UMC's onderscheiden zich van andere zorginstellingen door hun taken op het gebied van onderwijs, onderzoek en ontwikkeling. Dat brengt met zich mee dat UMC's een andere, bredere kring van belanghebbenden hebben en dat mitsdien het bestuur van een UMC een grote diversiteit aan belangen heeft af te wegen. Specifieke (onderwijs)wetgeving brengt bovendien mee dat UMC's een eigen zeggenschapsstructuur kennen, waarbij de Raad van Toezicht niet wordt benoemd door coöptatie. De Governance Code Universitair Medische Centra kent dezelfde opzet als de ZGC, maar wijkt op onderdelen daarvan af. Zo ontbreken een bepaling ten aanzien van vrijgevestigde professionals⁷³⁹ en bepalingen over werving, selectie, schorsing en ontslag van leden van de Raad van Toezicht⁷⁴⁰.

Mollema komt tot de conclusie dat de invoering van de rechtsvorm M.O. niet zal leiden tot wijzigingen in de governance voor de zorgsector. De meeste governance-regels die de M.O. verplicht stelt, zijn immers reeds geïntroduceerd door de

⁷³⁸ http://www.nfu.nl/fileadmin/documents/Governancecode_UMC_s.pdf, geraadpleegd op 21 januari 2009.

⁷³⁹ Zoals artikel 1.3 lid 3 ZGC.

⁷⁴⁰ Zoals artikel 3.2 leden 4 en 5 ZGC, in plaats daarvan verwijst de Governance Code Universitair Medische Centra naar de benoeming door de minister van VWS c.q. het bevoegd gezag van de desbetreffende universiteit.

Health Care Governance code of verplicht gesteld door de Wet Toelating Zorginstellingen⁷⁴¹.

Per 1 januari 2010 is een nieuwe Zorgbrede Governance Code van kracht geworden. Ten opzichte van de code van 2005 bleken een aantal redactionele aanpassingen wenselijk te zijn. De goedkeuringsbevoegdheden van de raad van toezicht zijn explicieter omschreven, de regelingen zijn verscherpt voor wat betreft belangenverstrengeling⁷⁴², een klokkenluidersregeling is verplicht gesteld⁷⁴³, de bepalingen ten aanzien van leden van de raad van toezicht zijn aangescherpt (kennis en ervaring, scholing, nevenfuncties), de regeling voor de dialoog met belanghebbenden is herzien en er is een hoofdstuk toegevoegd over de algemene vergadering⁷⁴⁴.

In een aantal van deze onderwerpen zien we de invloed van de gedachtevorming over de maatschappelijke onderneming terug. De code van 2010 vermeldt letterlijk: *De zorgorganisatie heeft als maatschappelijke onderneming een beleid voor de dialoog met de samenwerkingsverbanden of organisaties die rechtstreeks bij het beleid en de maatschappelijke doelstelling van de zorgorganisatie zijn betrokken en als belanghebbenden actief zijn binnen het verzorgingsgebied*⁷⁴⁵. Onderdeel van dit beleid is onder meer ook de vaststelling wie de belanghebbenden zijn⁷⁴⁶.

Ook ten aanzien van de goedkeuringsbevoegdheden van de raad van toezicht doet de invloed van de maatschappelijke onderneming zich gelden. Artikel 4.1 lid van de HCG (2010) onderwerpt aan die goedkeuring:

- de vaststelling van de begroting, de jaarrekening en de winstbestemming, tenzij deze bevoegdheid wettelijk aan de Algemene Vergadering toekomt;
- de vaststelling van de (strategische) beleidsplannen van de zorgorganisatie;
- het beleid van de zorgorganisatie voor de dialoog met belanghebbenden;
- het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking van de zorgorganisatie met andere rechtspersonen of vennootschappen indien deze samenwerking of verbreking van ingrijpende betekenis is voor de zorgorganisatie;
- het bestuursreglement van de Raad van Bestuur;
- aangifte van faillissement en aanvraag van surseance van betaling;
- gelijktijdige beëindiging of beëindiging binnen een kort tijdsbestek van de arbeidsovereenkomst van een aanmerkelijk aantal werknemers, of van het verbreken van een overeenkomst met een aanmerkelijk aantal perso-

⁷⁴¹ Mollema, blz. 205.

⁷⁴² HCG (2010), artikel 3.3 voor wat betreft de raad van bestuur en artikel 4.5 voor wat betreft de raad van toezicht.

⁷⁴³ HCG (2010), artikel 3.1, lid 5.

⁷⁴⁴ HCG (2010), blz. 8 e.v.

⁷⁴⁵ HCG (2010), artikel 2.2, lid 1.

⁷⁴⁶ idem

nen dat als zelfstandigen of als samenwerkingsverband werkzaam is voor de zorgorganisatie;

- overige majeure beslissingen, vast te leggen in de statuten en/of het bestuursreglement.

Wanneer wij deze lijst vergelijken met artikel 307g van het wetsvoorstel, zijn de materiële verschillen klein:

- a. overdracht of overgang van de door de vereniging of stichting in stand gehouden onderneming dan wel een overwegend deel van de onderneming aan een derde;
- b. het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking van de vereniging of stichting met een andere rechtspersoon of vennootschap dan wel als volledig aansprakelijk vennote in een commanditaire vennootschap of vennootschap onder firma, indien deze samenwerking of verbreking van ingrijpende betekenis is voor de vereniging of stichting;
- c. het doen van een belangrijke investering ten behoeve van de vereniging of stichting;
- d. een voorstel tot wijziging van de statuten;
- e. een voorstel tot ontbinding van de vereniging of stichting;
- f. aangifte van faillissement en aanvraag van surseance van betaling van de vereniging of stichting;
- g. gelijktijdige beëindiging of beëindiging binnen een kort tijdsbestek van de arbeidsovereenkomst van een aanmerkelijk aantal werknemers, of van het verbreken van een overeenkomst met personen dat als zelfstandigen of als samenwerkingsverband ten behoeve van de onderneming werkzaam zijn voor de vereniging of stichting;
- h. ingrijpende wijziging in de arbeidsomstandigheden van een aanmerkelijk aantal werknemers van de vereniging of stichting of van personen die als zelfstandigen of in een rechtspersoon daarin werkzaam zijn;
- i. vaststelling van de profielschets, genoemd in artikel 307a lid 2.⁷⁴⁷

Bij de HCG (2010) ligt de nadruk meer op structurele aangelegenheden en hoofdlijnen, in het wetsvoorstel krijgen eenmalige majeure kwesties meer aandacht. Het is de vraag of de verschillen in de praktijk significant zijn. De conclusie lijkt daarom gewettigd dat de positie van de raad van toezicht in de maatschappelijke onderneming in de praktijk al redelijk uitgekristalliseerd is.

De regeling voor de algemene vergadering is niet specifiek toegesneden op de algemene ledenvergadering van een vereniging, maar anticipeert op de mogelijkheid dat een zorgorganisatie de rechtsvorm van een kapitaalvennootschap heeft. De Algemene Vergadering bepaalt de structuur en de statutaire inrichting van de zorgorganisatie en stelt de rechten en verplichtingen van haar individuele leden vast⁷⁴⁸ en zij dient een volwaardige plaats in te nemen in de bevoegdhe-

⁷⁴⁷ Dit betreft de profielschets voor de benoeming van bestuurders.

⁷⁴⁸ HCG (2010), artikel 5.1 lid 1.

denverdeling van de zorgorganisatie⁷⁴⁹. Er worden regels gegeven voor de relatie met bestuur en toezicht en voor de informatieverschaffing aan de Algemene Vergadering. Voor ons onderwerp van belang is artikel 5.2, waarvan het eerste lid bepaalt dat het reservering- en dividendbeleid wordt vastgesteld binnen de grenzen van de maatschappelijke doelstelling van de zorgorganisatie. De code licht deze orakelachtige bepaling toe met het statement dat zorgorganisaties altijd een maatschappelijke onderneming zijn, hetgeen inhoudt dat winst een middel is en geen doel. Aan aandeelhouders komt niet meer en niet minder toe dan een maatschappelijk passende vergoeding voor de inzet van hun risicodragend kapitaal (dividend).⁷⁵⁰ Hiermee kan de code geanticipeerd hebben op de regeling van de winstbewijzen in het wetsvoorstel, maar de regeling past ook naadloos bij een kapitaalvennootschap waarin beperkingen zijn gesteld aan de mogelijkheden om winst uit te keren.

4.4 GOVERNANCE IN HET ONDERWIJS

4.4.1. De Onderwijsraad

Op 30 oktober 2006 bracht de Onderwijsraad een advies uit aan de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, getiteld *Hoe kan governance in het onderwijs verder vorm krijgen*, uitmondend in zeven aanbevelingen:

1. De raad adviseert governance in te perken tot het creëren van een verdeling en deling van bevoegdheden met het doel het deskundig en zorgvuldig bestuurlijk handelen te waarborgen en mede hierdoor oneigenlijk gebruik van bevoegdheden door onderwijsinstellingen tegen te gaan.
2. De raad adviseert de mogelijkheden voor bestuurlijke variëteit niet te verminderen, waar mogelijk te verruimen en de wetgeving rond goed bestuur steeds op criteria van vrijheid van inrichting en decentralisatie te toetsen. De raad adviseert de mogelijkheden van nieuwe bestuursvormen voor het onderwijs te onderzoeken.
3. De raad adviseert het voor onderwijsinstellingen mogelijk te maken om externen een formele plaats in de medezeggenschap te laten vervullen.
4. De raad adviseert voor het primair en voortgezet onderwijs en de 'bve-sector'⁷⁵¹ de ononderhandelbare normen vast te stellen volgens welke de inspectie in ieder geval toezicht dient te houden bij onderwijsinstellingen.
5. De raad adviseert de ontwikkeling van de codes goed bestuur in de verschillende onderwijssectoren goed te monitoren. Verder dienen bij voorkeur meerdere codes voor goed bestuur binnen elke onderwijssector door de minister bij algemene maatregel van bestuur te worden aangewezen, waarbij het aantal codes dat wordt aangewezen anderzijds beperkt wordt. Op deze wijze kan recht worden gedaan aan de vrijheid van

⁷⁴⁹ HCG (2010), artikel 5.1 lid 3.

⁷⁵⁰ HCG (2010), blz. 57.

⁷⁵¹ BVE staat voor: beroepsonderwijs en volwasseneneducatie.

inrichting, zonder dat dit ten koste gaat van transparantie. De raad adviseert om waarborgen in te bouwen om ervoor te zorgen dat onderwijsinstellingen die zich niet aan een sector- of brancheorganisatie willen verbinden, wel aan de gestelde zorgplichten voor goed bestuur kunnen voldoen.

6. De raad adviseert de scheiding tussen bestuur en intern toezicht wettelijk vast te leggen voor het primair en voortgezet onderwijs, maar de vormgeving hiervan niet voor te schrijven.
7. De raad adviseert om het toezicht te houden op de horizontale verantwoording van de instelling als expliciete taak aan de taakstelling van het interne toezicht toe te voegen. Dit zou in de verschillende sectorwetten verankerd moeten worden⁷⁵².

Deze aanbevelingen geven een goede samenvatting van de stand van de discussie rond governance in de semipublieke sector in 2006. Governancecodes zijn bedoeld als weergave van breed gedragen opvattingen over de wijze waarop ondernemingen en instellingen bestuurd dienen te worden. De betekenis van governancecodes dient om twee redenen genuanceerd te worden. Ten eerste zijn breed gedragen opvattingen nog geen algemeen gedragen opvattingen. Er zijn altijd tegengeluiden. Ten tweede blijven opvattingen in beweging. Governancecodes zijn een momentopname, onder invloed van maatschappelijke ontwikkelingen worden principes aangescherpt of versoepeld en ontstaan soms nieuwe principes.

In de vorenstaande aanbevelingen valt een aantal elementen op.

Zo wil de Onderwijsraad ruimte laten voor meerdere vormen van bestuur. Bij het onderwijs denkt men dan aan de bestaande modellen met hetzij een College van Bestuur en een Raad van Toezicht, hetzij een bestuur en een Centrale Directie, maar uitdrukkelijk wordt ruimte geclaimd voor de ontwikkeling van nieuwe modellen. Tegelijkertijd wordt aanbevolen om de scheiding tussen bestuur en toezicht in de wet te verankeren, daarmee een buitengrens voor de bestuurlijke variatie aangevend. Het wetsvoorstel maatschappelijke onderneming doorkruist dit, door één bepaald bestuursmodel verplicht te stellen.

De Onderwijsraad wil externen in de medezeggenschap betrekken, dus de inbreng van belanghebbenden verbreden. Dit sluit aan bij het wetsvoorstel maatschappelijke onderneming.

De Onderwijsraad pleit voorts voor verschillende codes voor de verschillende typen onderwijs, maar anderzijds geen wildgroei. De minister zou codes algemeen verbindend moeten verklaren. De wens van verschillende codes voor verschillende typen onderwijs, wordt niet overtuigend gemotiveerd. Het lijkt er op dat de praktijk hier tot norm is verheven, want in het onderwijs waren inmiddels verschillende codes ontwikkeld op het moment dat de Onderwijsraad haar advies aan de minister uitbracht.

⁷⁵² Onderwijsraad (2006), blz. 29 e.v.

Op 19 april 2013 hebben de minister en de staatssecretaris van Onderwijs Cultuur en Wetenschappen in een brief⁷⁵³ aan de Tweede Kamer het standpunt in genomen dat het besturingssysteem in het onderwijs gehandhaafd kan blijven, maar dat de checks and balances verbeterd kunnen worden, waartoe sectorspecifieke wetgeving wordt aangekondigd, onder meer ten aanzien van de benoeming en het ontslag van bestuurders. Overigens wijzen de bewindslieden er op dat ook het gedrag en de cultuur onderdeel van het toezicht op bestuurlijk handelen dienen te zijn. De brief lijkt daarmee (een deel van) de sectorspecifieke regelgeving aan te kondigen, die in het vooruitzicht is gesteld bij de intrekking van het wetsvoorstel maatschappelijke onderneming.

4.4.2. Governance in het HBO

In november 2005 verscheen een derde concept Branchecode Governance voor het HBO. Deze code bouwt voort op aanbevelingen van een commissie onder voorzitterschap van J.R. Glasz⁷⁵⁴, daarbij op basis van die aanbevelingen komend tot zeventien principes met bijbehorende aanbevelingen. Deze principes zijn grotendeels analoog aan de 21 principes van Tabaksblat, met dien verstande dat een equivalent van hoofdstuk IV van de CGC (over de algemene vergadering van aandeelhouders) ontbreekt en dat principes over marktactiviteiten en horizontale dialoog zijn toegevoegd. Onder marktactiviteiten worden verstaan: activiteiten die niet met publieke middelen bekostigd worden. Deze activiteiten kan een hogeschool slechts ondernemen indien deze passen binnen de missie van de hogeschool en niet op gespannen voet staan met de publiek bekostigde activiteiten⁷⁵⁵.

Ten aanzien van de 'horizontale dialoog' bepaalt de code dat het (college van) bestuur een visie dient te hebben op de maatschappelijke positie van de hogeschool. Deze visie dient uitgangspunt van het beleid te zijn en daartoe te worden vertaald in een missie en beleidsdoelstellingen. Over de realisatie van die beleidsdoelstellingen dient het college van bestuur te communiceren met relevante stakeholders⁷⁵⁶. Ook hier ontbreekt een definitie van de term 'stakeholders', zodat het aan het college van bestuur zelf is om invulling te geven aan dat begrip. Voor wat betreft de communicatie met die stakeholders valt op dat deze tot onderwerp dient te hebben de realisatie van de beleidsdoelstellingen, maar niet de formulering van die doelstellingen en/of de onderliggende visie. Alleen uit het opschrift van de bepaling valt op te maken dat de communicatie met de stakeholders het

⁷⁵³ Brief van 19 april 2013, kenmerk 505997, van de minister en de staatssecretaris van Onderwijs Cultuur en Wetenschappen in een brief aan de Tweede Kamer inzake 'versterking bestuurskracht onderwijs',

⁷⁵⁴ J.R. Glasz e.a., De raad van toezicht in het hbo. Transparant, onafhankelijk en deskundig toezicht.

⁷⁵⁵ Branchecode Governance voor het HBO, IV.5.

⁷⁵⁶ Branchecode HBO, V.

karakter van een dialoog dient te hebben. De vraag is of niet juist de formulering van de visie en de doelstellingen zich veel meer lenen voor een dialoog dan de realisatie ervan. De stakeholders zijn meer geïnteresseerd in het beoogde resultaat dan in het proces dat tot dat resultaat moet leiden.

4.5 GOVERNANCE IN DE SOCIALE WONINGBOUW

In 2006 is door een Commissie Governancecode Woningcorporaties in opdracht van Aedes⁷⁵⁷ en de Vereniging Toezichthouders Woningcorporaties⁷⁵⁸ een governance code opgesteld, die per 1 januari 2007 van toepassing is voor leden van Aedes, doordat de code is geïntegreerd in de AedesCode, die aan het lidmaatschap van Aedes is verbonden. Iedereen die een redelijk belang heeft bij naleving van de AedesCode, kan over niet-naleving door een Aedeslid klagen bij een onafhankelijke Commissie AedesCode.

De Governancecode Woningcorporaties (GCW) omvat een preambule, zeventien principes en de uitwerking van die principes. De principes zijn verdeeld in vijf hoofdstukken:

- I. handhaving en naleving van de code,
- II. het bestuur,
- III. de raad van commissarissen,
- IV. de audit van de financiële verslaggeving en de positie van de interne controlefunctie en van de externe accountant,
- V. maatschappelijke verantwoording en beleidsbeïnvloeding door belanghebbenden.

De analogie met Tabaksblat is evident, waarbij het hoofdstuk over de maatschappelijke verantwoording in de plaats komt van een hoofdstuk over aandeelhouders.

Voor wat betreft de ‘horizontale dialoog’ bevat de GCW een bepaling analoog aan de bepaling die we tegenkwamen bij de Branchecode voor het HBO, met dien verstande dat het bestuur hier de belanghebbenden dient te betrekken bij de beleidvorming en niet slechts inzicht geeft over de realisatie van de beleidsdoelstellingen. Voorts wordt in de GCW uitdrukkelijk bepaald dat de GCW de belanghebbenden zelf dient te (be)noemen en dat het overleg met hen ten minste jaarlijks dient plaats te hebben⁷⁵⁹.

⁷⁵⁷ Aedes is blijkens de eigen website (www.aedesnet.nl, geraadpleegd op 26 september 2007) de brancheorganisatie en werkgeversvereniging van woningbouwcorporaties in Nederland, met ruim 500 leden.

⁷⁵⁸ De Vereniging van Toezichthouders in Woningcorporaties ondersteunt, adviseert en behartigt de algemene belangen van toezichthouders in woningcorporaties. De vereniging wil daarmee de professionaliteit van het interne toezicht bevorderen (www.vtw.nl, geraadpleegd op 3 november 2007).

⁷⁵⁹ CGW, V.2.

De overeenkomst met de CGC en de ZGC zijn opvallend. Ten aanzien van de bestuursverantwoordelijkheid zijn het dezelfde onderwerpen die met name worden genoemd. De voorschriften met betrekking tot bezoldiging van bestuurders en toezichthouders zijn analoog, evenals de bepalingen over de benoeming van toezichthouders⁷⁶⁰. Ook hier wordt het ‘pas toe of leg uit’ beginsel gevolgd⁷⁶¹. Ten opzichte van Tabaksblat komt de maatschappelijke verantwoording in de plaats van bepalingen omtrent de positie van aandeelhouders.

In de uitwerking zijn wel verschillen waar te nemen ten opzichte van de ZGC. Zo wordt in de woningbouwsector een toezichthouder onder meer niet onafhankelijk bevonden indien hij/zij lid is van de gemeenteraad of Provinciale Staten binnen het werkgebied van de corporatie of wanneer hij/zij werkzaam is bij een gemeente of provincie en daar feitelijk bij volkshuisvestingsaangelegenheden is betrokken⁷⁶², of wanneer hij/zij bij het Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieu of bij een belangenorganisatie. Ook een huurder van de corporatie wordt beschouwd als niet onafhankelijk⁷⁶³. De leden van de Raad van commissarissen behoeven echter slechts in meerderheid onafhankelijk te zijn⁷⁶⁴. Enerzijds geeft de GCW derhalve een ruime omschrijving van de term ‘niet onafhankelijk’, anderzijds aanvaardt de GCW dat meerdere commissarissen – mits in de minderheid – niet onafhankelijk zijn.

De GCW is toegesneden op de stichting als rechtsvorm. Enkele woningcorporaties hebben nog de rechtsvorm van een vereniging. Een aantal bevoegdheden die ingevolge de GCW aan de Raad van commissarissen dienen toe te komen, komen dwingendrechtelijk toe aan de algemene (leden)vergadering van een vereniging. In die gevallen schrijft gaat de GCW er blijkens de toelichting van uit, dat de bemoeienis van de Raad van commissarissen als volgt verloopt:

- a. de jaarrekening, die aan de algemene vergadering ter vaststelling wordt voorgesteld, dient door de Raad van commissarissen te zijn goedgekeurd;
- b. het voorstel tot vaststelling van het bezoldigingsbeleid wordt aan de algemene vergadering gedaan door de Raad van commissarissen;

⁷⁶⁰ De CGW duidt het intern toezichthoudend orgaan aan als Raad van commissarissen, omdat het merendeel van de leden van Aedes deze benaming gebruikt. Echter wordt ook de benaming Raad van Toezicht gebruikt. Daarnaast zijn er nog corporaties die onderscheid kennen tussen een dagelijks bestuur en een algemeen bestuur. Blijkens de toelichting bij de GCW (noot 1) heeft in die gevallen het algemeen bestuur een toezichthoudende functie. Derhalve dienen de bepalingen uit de CGW analoog op het algemeen bestuur worden toegepast.

⁷⁶¹ GCW, uitwerking punt I.2.

⁷⁶² Het Besluit Beheer Sociale Huursector (Koninklijk Besluit van 9 oktober 1992, Staatsblad 1992, 555, laatstelijk gewijzigd per 1 juli 2005) bepaalt reeds dat de functies van wethouder en lid van Gedeputeerde Staten onverenigbaar zijn met een functie als bestuurder of toezichthouder bij een woningcorporatie.

⁷⁶³ GCW, uitwerking punt III.2.2.

⁷⁶⁴ GCW, uitwerking punt III.2.1.

- c. benoeming van bestuurders vindt plaats na een voorstel door de Raad van commissarissen⁷⁶⁵.

Interessant is principe V.3, dat eens per vier jaar een visitatie voorschrijft. De visitatie heeft blijkens de toelichting betrekking op maatschappelijk en volkshuisvestelijk functioneren van de corporatie, de wijze waarop belanghebbenden invloed kunnen uitoefenen en op de governance. Het visitatierapport dient te worden gepubliceerd op de website van de corporatie, voorzien van een standpunt van het bestuur en de raad van commissarissen. Op basis van dit standpunt dient het rapport te worden besproken met de belanghebbenden⁷⁶⁶.

Door wie de corporatie wordt gevisiteerd blijkt niet uit de CGW, maar het is een gezamenlijke verantwoordelijkheid van bestuur en toezicht dat het plaatsvindt.

In de sociale woningbouw is inmiddels een voorstel tot aanvullende sectorspecifieke wetgeving in een vergevorderd stadium van behandeling. Het betreft de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting⁷⁶⁷. Mede naar aanleiding van ernstige problemen die bij meerdere woningcorporaties aan het licht zijn getreden, stelt de regering voor om bij wet onverenigbaarheden van functies voor bestuurders en commissarissen vast te leggen, alsmede om vast te leggen dat bepaalde bestuursbesluiten onderworpen zullen zijn aan goedkeuring van de raad van toezicht van de instelling en/of van de Financiële Autoriteit woningcorporaties en/of van de minister belast met de volkshuisvesting. Op 11 maart 2013 heeft de minister voor Wonen en Rijksdienst evenwel aangekondigd dat hij de wet middels een novelle op belangrijke onderdelen zal aanpassen⁷⁶⁸.

4.6 GOVERNANCE IN DE CULTURELE SECTOR

In 2006 publiceerde de Stichting Kunst & Zaken mede op verzoek van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap een Code Cultural Governance (CCG). De CCG onderscheidt zich van andere sectorspecifieke governance codes, doordat principes en best practices afzonderlijk worden gegeven voor drie veel voorkomende besturingsmodellen, aangeduid als het raad van toezicht model, het bestuur+directie model en het bestuur model.

Dit maakt het interessant om de CCG nader te bestuderen, te meer daar ook culturele instellingen aangemerkt kunnen worden als maatschappelijke ondernemingen.

Het eerste principe van de CCG betreft de keuze van het besturingsmodel:

⁷⁶⁵ GCW toelichting punt 3.

⁷⁶⁶ GCW uitwerking V.1, 2 en 3.

⁷⁶⁷ Wetsvoorstel 32769, inmiddels aangenomen door de Tweede Kamer en ingediend bij de Eerste Kamer.

⁷⁶⁸ Brief van de minister voor Wonen en Rijksdienst aan de Eerste Kamer op 11 maart 2013, EK 32769 n r C.

De organen van de culturele instelling zijn verantwoordelijk voor de keuze van het besturingsmodel en de naleving van deze code. Zij leggen hierover verantwoording af in het jaarverslag⁷⁶⁹.

In de bijbehorende best practice bepalingen wordt aanbevolen om eens in de drie jaar en bij bijzondere gebeurtenissen – zoals fusie, schaalwijzigingen en personele wisselingen – het bestuurlijk model te evalueren en zo nodig aan te passen. De CCG heeft als uitgangspunt dat de principes worden neergelegd in de statuten van de organisatie.

4.6.1. Raad van toezicht model

Bij het raad van toezicht model is het bestuur van de instelling in handen van een professionele directie, waarvan één of meer leden de positie van statutair bestuurder innemen. Het toezicht op het bestuur is opgedragen aan een statutaire raad van toezicht. Dit model vereist dat alle bestuurlijke competenties zijn opgenomen in de profielschets voor de één- of meerhoofdige directie. Het is dit model dat het meest beantwoordt aan de principes van de gangbare governance-codes en de inhoud van de bijbehorende principes weerspiegelt dat. De directie is in dit model het bestuur in de zin der wet. Daarmee is de directie verantwoordelijk voor de realisatie van de doelstellingen van de instelling, de strategie, het beleid en de daaruit voortvloeiende resultatenontwikkeling. De directie legt verantwoording af aan de raad van toezicht. De directie dient de raad van toezicht te voorzien van alle benodigde informatie.

De CCG gaat er van uit, dat zowel de directie als de raad van toezicht zich richten naar het belang van de instelling en dat zij daarbij de belangen van alle betrokken afwegen. Dit laatste is interessant, omdat in het algemeen een belangenafweging wel gerekend wordt tot de bestuurstaak, maar niet inherent is aan de taak van de raad van toezicht. De invoering van een afzonderlijk orgaan voor de belanghebbendenvertegenwoordiging bij de maatschappelijke onderneming, berust op de gedachte dat de raad van toezicht zich niet dient te richten op deelbelangen. De raad van toezicht dient derhalve niet belast te zijn met een afweging van deelbelangen. In dit opzicht wijkt conflicteert de CCG met het Wetsvoorstel maatschappelijke onderneming.

De CCG noemt voorts een aantal directiebesluiten, die onderworpen dienen te zijn aan de goedkeuring van de raad van toezicht. Daartoe behoort de strategie, zowel artistiek als zakelijk. De artistieke autonomie gaat dus niet zover dat deze zich aan het toezicht van de raad van toezicht onttrekt. Voorts dienen aan goedkeuring te zijn onderworpen: financiering en fondsenwerving, jaarverslag en jaarrekening, risicobeheersing- en controlesystemen van de organisatie, aangaan en verbreken van samenwerkingsverbanden, bepaalde rechtshandelingen waar-

⁷⁶⁹ CCG, blz. 25.

van het belang een bepaald bedrag te boven gaan, het arbeidsvoorwaardenbeleid en het vrijwilligersbeleid, nevenfuncties van de directie.

Tot de bevoegdheden van de raad van toezicht behoren het benoemen, schorsen en ontslaan van de directie, het vaststellen van de arbeidsvoorwaarden van de directie en het benoemen van de externe accountant. De CCG wijkt af van de meeste andere governancecodes waar zowel het wijzigen van de statuten als het vaststellen van het directiereglement tot de bevoegdheid van de raad van toezicht worden gerekend. De heersende opvatting is, dat de statuten en het directiereglement – weliswaar onder goedkeuring van de raad van toezicht – behoren tot het domein van het bestuur. De CCG sluit aan bij de heersende opvattingen waar zij de vertegenwoordigingsbevoegdheid bij tegenstrijdig belang toewijst aan de raad van toezicht, maar wijkt daar evident van af door ook de vertegenwoordigingsbevoegdheid in geval van belet of ontstentenis van de directie bij de raad van toezicht te leggen. Dit lijkt te impliceren dat de raad van toezicht in geval van belet of ontstentenis tijdelijk het bestuur voert, wat onwenselijk wordt gevonden.

4.6.2. Bestuur+directie model

Bij het bestuur+directie model wordt het beleid bepaald door een statutair bestuur, terwijl de voorbereiding en uitvoering van het beleid is opgedragen aan een directie. Het bestuur houdt toezicht op de directie. Dit model ligt voor de hand indien in een instelling niet alle bestuurlijke competenties aanwezig zijn. Er is bijvoorbeeld wel artistieke leiding, maar geen zakelijke leiding. Er zal een taakverdeling tussen bestuur en directie worden vastgesteld.

De werkgroep, die de Code Cultural Governance heeft opgesteld, stelt vast dat het bestuur en directie model in de praktijk mede wordt gekozen door instellingen die aan de randvoorwaarden voldoen om te kiezen voor het raad van toezicht model. Deze keuze lijkt ingegeven doordat enerzijds de betrokken bestuurders menen dat zij in een formele bestuurspositie meer invloed kunnen uitoefenen dan als toezichthouder, anderzijds doordat directeuren er de voorkeur aan geven om de bestuurlijke verantwoordelijkheid voor de instelling te delen.

Bij de verdeling van bestuurstaken tussen bestuur en directie berust de restbevoegdheid bij het bestuur, met andere woorden de bevoegdheden van de directie worden in de statuten limitatief omschreven. De besluiten die in het raad van toezicht model zijn voorbehouden aan of onderworpen aan goedkeuring van de raad van toezicht, dienen in het bestuur+directiemodel in ieder geval te behoren tot de bevoegdheden van het bestuur⁷⁷⁰. Daaruit blijkt dat tussen beide modellen slechts een gradueel verschil bestaat. Dit verschil is echter van essentiële betekenis voor de aansprakelijkheidspositie van de betrokkene, aangezien de norm van artikel 2:9, Burgerlijk Wetboek, niet van toepassing is op toezichthouders bij een

⁷⁷⁰ CCG, blz. 66.

stichting⁷⁷¹. Een wettelijke (schakel)bepaling mist. Hierdoor ontstaat een verschil in aansprakelijkheidspositie tussen bestuurders en toezichthouders bij een stichting, maar bovendien ook tussen toezichthouders (commissarissen) bij een N.V. of B.V. en toezichthouders bij een stichting. Waar het verschil tussen besturen en toezicht houden in de praktijk een glijdende schaal is, de CCG getuigt ervan, kan hier gesproken worden van een aansprakelijkheidsvacuüm. Een rechtvaardiging voor dit vacuüm is niet te geven, zodat hier werk te verrichten is voor de wetgever. Het feit dat het wetsvoorstel maatschappelijke onderneming hierin niet voorziet, is zonder meer een lacune.

4.6.3. Bestuur model

Bij het bestuur model is het bestuur het enige bestuurlijke orgaan van de instelling. De bestuurlijke taken worden verdeeld onder de bestuurders. De bestuurders oefenen onderling toezicht uit. Dit model wordt aanbevolen wanneer in de instelling over de gehele linie geen toereikende bestuurlijke competentie aanwezig is. Meestal zal het gaan om kleine instellingen, die over onvoldoende financieel draagvlak beschikken voor de aanstelling van een professionele directeur. De bestuursleden verrichten alle werkzaamheden zelf of ze worden ondersteund door één of meer werknemers en/of vrijwilligers.

In dit model berusten alle bestuurlijke bevoegdheden en verantwoordelijkheden bij het bestuur. Verdeling van bevoegdheden tussen organen komt in dit model niet aan de orde, uitgaande van de veronderstelling dat de organisatie de rechtsvorm stichting zal hebben. De CCG geeft ook voor dit model een aantal principes.

In dit model zullen gewoonlijk alle bevoegdheden aan het bestuur toekomen, omdat er geen anders organen in de rechtspersoon zijn. De opsomming onder B heeft in die gevallen geen praktische betekenis: het bestuur is bevoegd tot het nemen van alle besluiten, voor zover de statuten besluitvorming niet onmogelijk maken⁷⁷². Denkbaar is evenwel dat de culturele instelling de rechtsvorm van een vereniging heeft. In dat geval is er ten minste een tweede orgaan, namelijk de algemene vergadering. In een vereniging komt echter aan de algemene vergadering wettelijk beslissingsbevoegdheid toe ten aanzien van de onderwerpen die in de code genoemd worden onder B.6, 9 en 11⁷⁷³. De CCG is kennelijk niet op de verenigingsvorm toegesneden. Hetzelfde geldt voor de coöperatie en de B.V.

⁷⁷¹ Rechtbank Amsterdam, 26 maart 2008, nummer 323895, HA/ZA 05-2521 (Hestia/College sanering zorginstellingen), geannoteerd door J.G. Sijmons in het Tijdschrift voor Gezondheidsrecht, 2009, blz. 121 e.v.

⁷⁷² Besluiten tot statutenwijziging, ontbinding, transacties met registergoederen en onder meer borgstelling zijn bij een stichting slechts toegestaan voor zover de statuten dat mogelijk maken. Zie artikel 2: 291 lid 2 en artikel 2: 293, Burgerlijk Wetboek.

⁷⁷³ Te weten het vaststellen van de jaarrekening, het wijzigen van de statuten en het benoemen van de externe accountant.

De drie modellen zijn duidelijk gekozen om aansluiting te zoeken bij de praktijk. Daarmee geeft de CCG blijk van een pragmatische benadering.

4.7 GOVERNANCE EN MAATSCHAPPELIJKE ONDERNEMING

In 2003 heeft het Netwerk Toekomst Maatschappelijke Onderneming (NTMO) een Branche Code Maatschappelijke Onderneming gepubliceerd, als onderdeel van het rapport *De waarde van de maatschappelijke onderneming geborgd*.

In deze governancecode worden achttien principes geformuleerd en toegelicht. We zullen nu nagaan of en in hoeverre deze principes weerspiegeld werden in het wetsvoorstel, omdat daaruit blijkt of het draagvlak voor deze principes zo groot werd geacht, dat de wetgever deze in acht wenste of meende te moeten nemen.

1. *Maatschappelijke ondernemingen die de stichtingsvorm kennen dienen als onafhankelijke interne toezichthouder een Raad van Toezicht (RvT) te hebben. De RvT draagt zorg voor goed bestuur in de maatschappelijke onderneming. De RvT benoemt de leden van het dagelijks bestuur die leiding geven aan de maatschappelijke onderneming. De RvT oriënteert zich daarbij op het profiel van de maatschappelijke onderneming dat in de bijlage van deze maatschappelijke onderneming Branche Code is opgenomen.*

Dit principe had na invoering van de M.O. als rechtsvorm gehandhaafd kunnen blijven. Het wetsvoorstel sloot aan bij de actuele praktijk.

2. *De onafhankelijkheid, externe maatschappelijke en bestuurlijke verantwoordelijkheid van de leden van de Raad van Toezicht dient sectorspecifiek op heldere en transparante wijze geregeld te zijn.*

Ook dit principe was in harmonie met het wetsvoorstel, waar de genoemde aspecten een plaats hadden kunnen krijgen in de profielschets voor de raad van toezicht.

3. *De regels die gelden voor de relatie tussen de Raad van Toezicht en het bestuur gelden (voor zover mogelijk) analoog voor de relatie tussen algemeen bestuur en dagelijkse bestuur indien de maatschappelijke onderneming een verenigingsvorm kent.*

Het wetsvoorstel schreef ook voor de vereniging M.O. voor dat er een raad van toezicht zou dienen te zijn. De code lijkt uit te gaan van een monistisch bestuursmodel bij een vereniging, het wetsvoorstel liet daarvoor geen ruimte. In dit opzicht diende te code te worden aangepast. De vraag rijst wel of een wettelijke regeling van de rechtsvorm maatschappelijke onderneming niet de ruimte zou dienen te bieden voor een monistische bestuursvariant, aansluitend bij de Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband

met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen⁷⁷⁴.

4. *Het bestuur van de maatschappelijke onderneming dient verantwoording af te leggen aan de Raad van Toezicht.*

Dit was in het wetsvoorstel niet anders.

5. *De Raad van Toezicht kan leden van het bestuur die niet meer haar vertrouwen genieten schorsen dan wel ontslaan.*

Ook in het wetsvoorstel was de raad van toezicht het orgaan dat de bestuurders kan ontslaan.

6. *De maatschappelijke onderneming is zich bewust van het wederkerige karakter van maatschappelijke en bestuurlijke verantwoordingsrelaties. De maatschappelijke onderneming draagt er zorg voor dat de meervoudige verantwoordingsrelaties met overheden en stakeholders in samenspraak met de adressanten en op transparante wijze worden ingericht en vormgegeven en dat deze ook invloed hebben op de concrete vormgeving van de verantwoordingsrelaties.*

Het wetsvoorstel ging hier een stap verder door voor te schrijven dat de relatie met de stakeholders vorm zou dienen te krijgen in een orgaan, namelijk de belanghebbendenvertegenwoordiging.

7. *De maatschappelijke onderneming voert periodiek overleg met de relevante stakeholders binnen de sector. De maatschappelijke onderneming draagt er zorg voor dat alle stakeholders periodiek en systematisch worden ingelicht.*

Dit principe leek overbodig te worden naast het wetsvoorstel, tenzij de term ‘stakeholders’ ruimer wordt uitgelegd dan ‘belanghebbenden’, zijnde de partijen die tot de belanghebbendenvertegenwoordiging zouden zijn toegelaten. Stel dat – indien het wetsvoorstel wet zou zijn geworden – een partij aan de Ondernemingskamer het verzoek zou doen⁷⁷⁵ om te worden toegelaten tot de belanghebbendenvertegenwoordiging van een bepaalde maatschappelijke onderneming en stel dat dat verzoek werd afgewezen. Was het dan denkbaar dat de desbetreffende partij desalniettemin diende te worden aangemerkt als stakeholder, waarmee periodiek overleg had dienen plaats te vinden. Die ruimte is er mijns inziens niet, omdat daarmee het onderling debat tussen de belanghebbenden onderling zou worden gefrustreerd, waarmee overigens niet gezegd is dat het bestuur van de maatschappelijke onderneming niet buiten het formele kader van de belanghebbendenvertegenwoordiging – als die er is – contacten mag onderhouden met individuele stakeholders, mits de formele bevoegdheden van de belanghebben-

⁷⁷⁴ Staatsblad 2011, 275, zie ook hoofdstuk 3. De wet is per 1 januari 2013 ingevoerd.

⁷⁷⁵ Ex artikel 2:307h, lid 4, Wetsvoorstel (2009).

denvertegenwoordiging daarmee niet worden doorkruist⁷⁷⁶. Het zal duidelijk zijn dat hier een grijs gebied zich aftekent, te meer daar de belangen van de diverse stakeholders in de belanghebbendenvertegenwoordiging – als die er is – niet parallel behoeven te lopen. Het ontwijken van de discussie in de belanghebbendenvertegenwoordiging door middel van bilaterale contacten met het bestuur is dan een aantrekkelijke – want voor het eigenbelang efficiënte – route. Het bestuur dient te waken in de dialoog met stakeholders te waken voor onevenwichtigheid ten opzichte van andere stakeholders.

Het wetsvoorstel had overigens als uitgangspunt dat in een gedragscode wordt voorgeschreven hoe de belanghebbendenvertegenwoordiging bij de vorming en de uitvoering van het beleid van de maatschappelijke onderneming wordt betrokken⁷⁷⁷. Een gedragscode zou daartoe algemeen verbindend verklaard hebben kunnen worden voor één of meer categorieën maatschappelijke ondernemingen⁷⁷⁸. Indien geen gedragscode van toepassing is of de toepasselijke gedragscode geen regeling voor de betrokkenheid van belanghebbenden bevat, dienen de statuten daarin te voorzien⁷⁷⁹. De wet stelt minimumeisen⁷⁸⁰.

8. *De maatschappelijke onderneming is zich ervan bewust dat de uitoefening van haar maatschappelijke kernactiviteiten vaak een bijzondere bestuurlijke relatie met de overheid met zich brengt. De maatschappelijke onderneming voert periodiek overleg met de relevante overheidslichamen op lokaal, regionaal en nationaal niveau, dan wel met de instanties die daartoe door de overheid zijn aangewezen. De maatschappelijke onderneming zorgt ervoor dat deze overheidslichamen beschikken over de relevante informatie over haar functioneren.*

Het wetsvoorstel besteedde geen expliciete aandacht aan de relaties van de maatschappelijke onderneming met overheidsorganen. De vraag rijst of lokale en regionale overheden geschaard kunnen worden onder de partijen die een plaats hadden kunnen krijgen in de belanghebbendenvertegenwoordiging. Vanuit het perspectief van de maatschappelijke onderneming is dat denkbaar, beschouwd vanuit de positie van de overheid lijkt het mij onjuist. De overheid heeft – ook ten aanzien van de maatschappelijke onderneming – publiekrechtelijke taken die niet ingekapseld dienen te worden in een adviesstructuur, zoals de belanghebbendenvertegenwoordiging die zal bieden. Een overheid kan aldus in haar functioneren belemmerd worden door deel uit te gaan maken van een belanghebbendenvertegenwoordiging.

⁷⁷⁶ Zie ook MvT (2009), blz. 46.

⁷⁷⁷ Artikel 2:307i, lid 1, Wetsvoorstel (2009).

⁷⁷⁸ Artikel 2:307j, Wetsvoorstel (2009).

⁷⁷⁹ Artikel 2:307i, lid 2, Wetsvoorstel (2009).

⁷⁸⁰ Artikel 2:307i, lid 3, Wetsvoorstel (2009), globaal inhoudend dat de belanghebbendenvertegenwoordiging recht op informatie heeft en dat zij ten minste eenmaal per jaar kan adviseren over het strategisch beleid.

9. De maatschappelijke onderneming publiceert jaarlijks een verslag waarin onder andere in wordt gegaan op de financiële positie, op het gevoerde beleid en het te voeren beleid.

De verplichting om een jaarrekening op te maken geldt voor elke rechtspersoon⁷⁸¹. Verenigingen en stichtingen zijn in beginsel niet verplicht tot publicatie, derhalve zijn maatschappelijke onderneming dat ook niet. Het wetsvoorstel voorziet echter in een verplichting tot publicatie op dezelfde wijze als onder meer naamloze en besloten vennootschappen, door de maatschappelijke onderneming te vermelden in artikel 2:360 lid 1, Burgerlijk Wetboek. De publicatie dient derhalve plaats te vinden via het handelsregister.

10. De maatschappelijke onderneming voert periodiek onderzoek uit (hetzij alleen, hetzij in samenwerking met andere maatschappelijke ondernemingen uit dezelfde sector) waarin de prestaties van de maatschappelijke ondernemingen worden vergeleken met soortgelijke maatschappelijke ondernemingen (benchmark). De sectorale branchecodes voorzien in een communicatie- en informatieprotocol waarin eigendom, rapportage en (gedeeltelijke) openbaarheid van benchmarkgegevens wordt geregeld.

De verplichting tot benchmarking is niet in het wetsvoorstel opgenomen. Dit onderwerp echter dermate specifiek, dat het moeilijk in een wettelijke regeling is weer te geven. De gedragscode zal hierin dienen blijven te voorzien.

11. De maatschappelijke onderneming dient zorg te dragen voor een onafhankelijke periodieke beoordeling van zijn functioneren. Het rapport is openbaar.

Dit principe komt niet terug in het wetsvoorstel en is ook niet daaruit af te leiden.

12. Het bestuur van de maatschappelijke onderneming geeft de Raad van Toezicht en de bredere kring van stakeholders inzicht in normen op basis waarvan zij wenst te opereren in relatie tot het belang dat de maatschappelijke onderneming dient. Daartoe behoren in ieder geval normen over effectiviteit, efficiency, rechtmatigheid, integriteit en robuustheid. Het is aan de maatschappelijke ondernemingen om deze normen toegepast op hun eigen terrein nader te operationaliseren.

Deze bepaling staat niet in de wet, maar geeft wel invulling aan de wijze waarop de organen van de maatschappelijke onderneming ten opzichte van elkaar dienen te functioneren.

13. De taken van de organen van de maatschappelijke onderneming zijn eenduidig geformuleerd. De leden van deze organen zijn er uitsluitend om deze taken uit te voeren. Belangenverstrengeling wordt effectief tegengegaan.

⁷⁸¹ Artikel 2:10, lid 2, Burgerlijk Wetboek.

Dit principe is toepasbaar voor het bestuur en de raad van toezicht van de maatschappelijke onderneming. Ten aanzien van de belanghebbendenvertegenwoordiging echter ligt dit problematisch. Het is inherent dat stakeholders hun eigen belangen nastreven en mogen nastreven. Het is inherent dat daarbij verstrengeling van belangen kan optreden. Dit principe zal dan ook nauwkeuriger geformuleerd dienen te worden, indien de belanghebbendenvertegenwoordiging een plaats in de wet krijgt.

14. *De maatschappelijke onderneming heeft een onafhankelijke ombudsvoorziening (ombudsman dan wel -commissie) die belast is met het afhandelen van klachten. Jaarlijks wordt gerapporteerd over het aantal klachten, de aard van deze klachten en de wijze waarop deze worden afgehandeld. Dit rapport is openbaar.*

Het wetsvoorstel voorziet in de verplichte opname in de statuten van een geschillenregeling voor conflicten tussen organen van de rechtspersoon. Principe 14 daarentegen heeft betrekking op klachten van derden, waarbij met name gedacht zal zijn aan de afnemers van de diensten van de maatschappelijke onderneming.

15. *De maatschappelijke onderneming geeft inzicht aan alle betrokken stakeholders (inclusief de Raad van Toezicht en relevante overheidslichamen) omtrent (voorgenomen) deelnemingen in andere rechtspersonen. Daarbij wordt tevens inzicht gegeven in de eventuele financiële risico's van deze deelnemingen.*

Voor wat betreft de raad van toezicht overlapt dit principe met de algemene informatieplicht van het bestuur. Voor wat betreft stakeholders en met name ook voor wat betreft overheidslichamen is het principe mijns inziens te ongenueanceerd. Het zal van de omstandigheden afhangen of en in hoeverre stakeholders geïnformeerd dienen te worden.

16. *De leden van de Raad van Toezicht worden voor bepaalde tijd benoemd. Herbenoeming dient geen automatisme te zijn. Voormalige leden van een Raad van Bestuur dienen geen zitting te nemen in de Raad van Toezicht van de eigen maatschappelijke onderneming.*

Het wetsvoorstel laat ruimte voor de benoeming van commissarissen voor onbepaalde tijd. Dit is bij (beurs)vennootschappen niet anders, maar ook daar schrijft de governancecode periodiek aftreden voor.

17. *Maatschappelijke ondernemingen dienen te beschikken over een ethische code.*

Dit principe is niet opgenomen in het wetsvoorstel.

18. *Eventuele overschotten ('winst') worden aangewend voor het doel waarvoor de maatschappelijke onderneming is opgericht.*

Het achttiende principe wordt in het wetsvoorstel doorbroken voor de M.O.W., omdat immers op winstbewijzen een uitkering van winst zal mogen plaatsvinden.

Het vorenstaande overziende, kunnen we concluderen dat het wetsvoorstel grotendeels lag in de lijn van de branchecode van de NTMO, maar dat de code op onderdelen genuanceerd had dienen te worden, zoals op het punt van de winstuitkering en waar het de dialoog met de stakeholders betreft. Deze aspecten maken duidelijk dat sinds het verschijnen van de code in 2003 het denken over de maatschappelijke onderneming zich verder heeft ontwikkeld, zodanig dat de verschillen met de klassieke onderneming minder scherp lijken te worden.

4.8 ENQUÊTERECHT

De geschiedenis van het enquêterecht⁷⁸² gaat in Nederland terug tot 1879, toen een staatscommissie de mogelijkheid van een rechterlijk onderzoek voorstelde als middel om de positie van minderheidsaandeelhouders te beschermen. In 1910 komt het tot een wetsontwerp, waarbij – blijkens de memorie van toelichting – de nadruk werd gelegd op de preventieve werking die uit zou gaan van een bevoegdheid van aandeelhouders om een onderzoek naar de gang van zaken te vragen.

Vijftig jaar na het eerste voorstel, in 1929, werd de eerste wettelijke enquêterege-ling van kracht⁷⁸³, bestaande uit enkele artikelen in het Wetboek van Koophandel. Het verzoek tot een enquête diende te worden gedaan de aan de gewone recht-bank. Hoger beroep en cassatie waren mogelijk. Tot het doen van een verzoek waren wettelijk bevoegd: één of meer aandeelhouders die tezamen ten minste een/vijfde van het geplaatste kapitaal hielden. Daarnaast konden de statuten van de vennootschap de bevoegdheid aan anderen toekennen.

Wettelijk was een enquête mogelijk bij vennootschappen met toonderaandelen. Bij vennootschappen met uitsluitend aandelen op naam was het enquêterecht slechts van toepassing indien de statuten daarin voorzagen.

De kosten van het onderzoek kwamen in beginsel voor rekening van de verzoekers. Het onderzoek resulteerde in een verslag dat ter griffie ter inzage werd gelegd voor aandeelhouders, bestuurders en commissarissen. Daarmee was de kous af, de rechtbank had geen bevoegdheid om maatregelen te nemen op basis van het onderzoeksresultaat. In de rechtspraak is uit deze periode slechts één onderzoek bekend⁷⁸⁴.

⁷⁸² Zie Geerts, blz. 1 e.v. en Asser-Maeijer-van Solinge-Nieuwe Weme, nr. 726.

⁷⁸³ Wet van 2 juli 1928, Staatsblad 1928, 216.

⁷⁸⁴ Op bevel van de Rechtbank Breda in 1934, zie Geerts blz. 3.

Het enquêterecht bleef aldus een papieren tijger tot 1971⁷⁸⁵. Terwijl men in 1928 een vennootschap voornamelijk beschouwde als een contract tussen aandeelhouders, waarbij de minderheid wel beschermd diende te worden tegen de meerderheid, maar toch niet in die mate dat de meerderheid de macht zou verliezen, lag veertig jaar later de nadruk op de maatschappelijke orde, waarvan een vennootschap onderdeel uitmaakt, en waarin de mogelijkheid moet bestaan om bij twijfel omtrent de juiste gang van zaken onderzoek te doen en zo nodig in te grijpen. Deze gewijzigde visie lag ten grondslag aan de wijzigingen die het enquêterecht in 1971 onderging. Het enquêterecht werd van toepassing op alle (naamloze en besloten) vennootschappen en op coöperatieve vereniging. Het verzoek kon gedaan worden door aandeelhouders, certificaathouders, vakbonden en de procureur-generaal bij het Hof Amsterdam. Er kwam een speciale rechtsingang, namelijk de Ondernemingskamer bij het Hof Amsterdam en deze Ondernemingskamer kon op basis van het onderzoek bepaalde voorzieningen treffen. Een volgende mijlpaal in de ontwikkeling van het enquêterecht werd niet door de wetgever geëntameerd, maar door de rechter in de Ogem-beschikking⁷⁸⁶. Hierin heeft de Hoge Raad bevestigd dat een enquête niet bedoeld hoeft te zijn om de gezonde verhoudingen in de vennootschap te herstellen, maar ook gericht kan zijn op de vaststelling wie er verantwoordelijk is voor blijvend wanbeleid. De enquête kan derhalve worden gebruikt om materiaal te verzamelen ten behoeve van de aansprakelijkstelling van bestuurders. Desondanks zijn de curator en de bewindvoerder niet bevoegd om een verzoek tot enquête te doen⁷⁸⁷. Na een aantal wetwijzigingen op detailpunten, werd in 1994 de wettelijke regeling belangrijk gewijzigd⁷⁸⁸, nadat de wens daartoe reeds begin jaren '80 door de vakbonden was geuit. Het enquêterecht werd mede van toepassing op verenigingen en stichtingen die een onderneming in stand houden waarvoor een ondernemingsraad dient te zijn ingesteld⁷⁸⁹. De Ondernemingskamer kreeg de bevoegdheid om onmiddellijke voorzieningen te treffen, derhalve niet op basis van het onderzoeksverslag, maar reeds op basis van het verzoek daartoe en wel in elke stand van het geding⁷⁹⁰. De Ondernemingskamer kreeg de mogelijkheid om op verzoek van de onderzoekers getuigen te horen⁷⁹¹. En de advocaat-generaal kreeg de bevoegdheid om een verkennend onderzoek te gelasten ter voorbereiding van een enquêteverzoek⁷⁹².

⁷⁸⁵ Ondanks voorstellen van Van der Grinten in de jaren '50 om de rechtbank de mogelijkheid te geven om naar aanleiding van het onderzoeksverslag bestuurders en commissarissen te ontslaan of bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders te bevriezen.

⁷⁸⁶ Hoge Raad 10 januari 1990, NJ 1990, 466.

⁷⁸⁷ Hoge Raad 1 februari 2002, NJ 2002, 225 m.n. Maeijer (De Vries Robbé).

⁷⁸⁸ Wet van 8 november 1993, Staatsblad 597.

⁷⁸⁹ Artikel 2:344, Burgerlijk Wetboek.

⁷⁹⁰ Artikel 2:349a lid 2, Burgerlijk Wetboek.

⁷⁹¹ Artikel 2:352a, Burgerlijk Wetboek.

⁷⁹² Artikel 2:345 lid 2, Burgerlijk Wetboek.

In de praktijk is van deze wijzigingen vooral de mogelijkheid om onmiddellijke voorzieningen te treffen van belang⁷⁹³. Het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen kan slechts worden gedaan indien ook om een enquête wordt verzocht, maar het Onderzoek behoeft niet te zijn aangevangen op het moment dat de Ondernemingskamer onmiddellijke voorzieningen treft⁷⁹⁴. Het verzoek tot enquête en het verzoek tot onmiddellijke voorzieningen worden door de Ondernemingskamer afzonderlijk behandeld⁷⁹⁵. Het verzoek om onmiddellijke voorzieningen krijgt daarbij voorrang, vergelijkbaar met een voorziening in kort geding⁷⁹⁶. De Ondernemingskamer tracht evenwel te voorkomen dat het enquêteverzoek uitsluitend wordt gedaan om onmiddellijke voorzieningen te verkrijgen. Onmiddellijke voorzieningen worden dan ook geweigerd indien op voorhand duidelijk is dat de verzoeker in zijn enquêteverzoek niet ontvankelijk is of indien de aannemelijkheid van gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid van de vennootschap ontbreekt⁷⁹⁷. Indien er geen behoefte is aan een onderzoek, doch uitsluitend aan voorzieningen, is de gewone rechter de aangewezen instantie⁷⁹⁸. Dat neemt niet weg dat getroffen onmiddellijke voorzieningen in de praktijk een oplossinggevend vermogen blijken te bezitten, waardoor veel enquêtes niet tot een eindbeschikking behoeven te leiden.

De Ondernemingskamer kan niet ambtshalve onmiddellijke voorzieningen treffen, een verzoek daartoe is vereist. Tegelijkertijd is de Ondernemingskamer bevoegd om andere voorzieningen te treffen, dan die waarom is verzocht. De Ondernemingskamer is volgens Geerts evenwel gebonden aan drie beperkingen. Ten eerste dient een onmiddellijke voorziening een tijdelijk karakter te hebben, wat echter niet wil zeggen dat de gevolgen niet onomkeerbaar mogen zijn⁷⁹⁹. Ten tweede kan de Ondernemingskamer niet voorbijgaan aan de dwingendrechtelijke

⁷⁹³ Zie Geerts, blz. 9 e.v.

⁷⁹⁴ Asser-Maeijer-van Solinge-Nieuwe Weme, nr. 768.

⁷⁹⁵ Zie Geerts, blz. 243 e.v.

⁷⁹⁶ Hof Amsterdam 7 november 1996, KG 1997, 3, heeft dan ook uitgesproken dat voor de president in kort geding (thans de Voorzieningenrechter) geen taak overblijft nadat een zaak aan de Ondernemingskamer is voorgelegd.

⁷⁹⁷ Zie Geerts, blz. 246.

⁷⁹⁸ Hoge Raad 27 september 2000, NJ 2000, 653 (Gucci). Deze uitspraak maakte een einde aan de praktijk waarin de Ondernemingskamer na het treffen van onmiddellijke voorzieningen de behandeling van het enquêteverzoek aanhield tot één der partijen om behandeling verzocht. Geerts (blz. 247) bepleit om een afzonderlijk verzoek tot onmiddellijke voorzieningen mogelijk te maken, met het oog op de in de praktijk voorkomende gevallen waarin zonder onderzoek de situatie voldoende duidelijk is. Bovendien heeft de koppeling van beide verzoeken tot gevolg dat, indien een verzoek tot een enquête is gedaan, een derde belanghebbende die onmiddellijke voorzieningen wenselijk vindt, zich tot niet tot de Ondernemingskamer dient te wenden, maar tot de Voorzieningenrechter tenzij hij ook zelf een enquêteverzoek doet.

⁷⁹⁹ Geerts, blz. 266 e.v. en Asser-Maeijer-van Solinge-Nieuwe Weme, nr. 769. Een tijdelijke bestuurder kan bijvoorbeeld besluiten nemen die geen tijdelijk karakter hebben en waarvan de gevolgen onomkeerbaar zijn.

lijke bevoegdheden van de organen van de rechtspersoon. Een door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder of commissaris heeft bijvoorbeeld geen andere bevoegdheden dan die de wet aan een bestuurder respectievelijk commissaris toekent⁸⁰⁰. Ten derde kan de Ondernemingskamer niet het beleid van de onderneming gaan bepalen. De voorzieningen zijn kaderscheppend, maar uiteindelijk zal de ondernemer zelf orde op zaken dienen te stellen⁸⁰¹. Meer algemeen heeft de Hoge Raad bepaald dat de Ondernemingskamer de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen terughoudend dient te hanteren⁸⁰². Er worden dan ook regelmatig onmiddellijke voorzieningen geweigerd. Anderzijds heeft de Ondernemingskamer soms vèrgaande onmiddellijke voorzieningen getroffen, indien minder vèrgaande voorzieningen in haar optiek niet doeltreffend zouden zijn⁸⁰³. De Ondernemingskamer heeft voorts de bevoegdheid om te bepalen welke gevolgen een onmiddellijke voorziening dient te hebben⁸⁰⁴. De bevoegdheid om een verzoek te doen om een enquête in te stellen is geregeld in artikel 2:346 en 347, Burgerlijk Wetboek. Sinds 1971 komt die bevoegdheid toe aan leden van een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij⁸⁰⁵, de aandeelhouders en certificaathouders van een N.V. of B.V.⁸⁰⁶ en voorts aan diegenen die de bevoegdheid is toegekend in de statuten van of in een overeenkomst met de rechtspersoon. De bevoegdheid komt ook toe aan een vakvereniging⁸⁰⁷ die medewerkers van de rechtspersoon onder haar leden telt. Een verzoek kan ook worden verzocht door de advocaat-generaal van het Hof Amsterdam, echter uitsluitend om redenen van openbaar belang, aldus artikel 2:345 lid 2, Burgerlijk Wetboek. De Ondernemingskamer dient een verzoek van de advocaat-generaal integraal te toetsen op de aanwezigheid en juistheid van een openbaar belang⁸⁰⁸. De vraag rijst of de term openbaar belang in dit verband synoniem is aan 'algemeen belang' of 'maatschappelijk belang'. Ik meen dat dat inderdaad

⁸⁰⁰ Geerts, blz. 270 e.v. De Ondernemingskamer kan wel bepalen dat tijdelijk wordt afgeweken van de statuten.

⁸⁰¹ Geerts, blz. 272 e.v.

⁸⁰² Hoge Raad 14 december 2007, NJ 2008, 105 (DSM).

⁸⁰³ Bijvoorbeeld op 31 december 2009 inzake Inter Access Groep B.V., waarin voorzieningen werden getroffen die onvermijdelijk tot effect hadden dat het belang van de meerderheidsaandeelhouder verwaterde tot een minderheidsbelang van iets meer dan 10%, LJN BL 3680, opgenomen in JOR 2010, 60 m.n. A. Doorman.

⁸⁰⁴ Artikel 2:357 lid 2, Burgerlijk Wetboek. De Ondernemingskamer kan bijvoorbeeld bepalen dat het salaris van een door haar geschorste bestuurder niet zal worden doorbetaald.

⁸⁰⁵ Te weten ten minste 300 leden of 10% van het totale ledental of zoveel leden als 10% van de stemmen in de algemene vergadering kunnen uitbrengen.

⁸⁰⁶ Te weten houders van aandelen en/of certificaten die een nominale waarde van 10% van het geplaatste kapitaal of van ten minste 225.000 euro vertegenwoordigen.

⁸⁰⁷ De vakvereniging dient ten minste twee jaar volledige rechtsbevoegdheid te bezitten, zodat het niet mogelijk is om ad hoc een vakvereniging op te richten met de bedoeling om een enquêteverzoek in te dienen.

⁸⁰⁸ Hoge Raad 1 februari 2002, NJ 2002, 226 (De Vries Robbé).

het geval is, mede gelet op het rapport van de Commissie Verdam, dat geleid heeft tot de wetswijziging waarbij de bevoegdheid aan de advocaat-generaal werd toegekend en waarin de term ‘algemeen belang’ in dat kader werd gebezigd⁸⁰⁹. Alvorens een enquêteverzoek kan worden gedaan, dienen de verzoekers hun bezwaren tegen het beleid of de gang van zaken kenbaar hebben gemaakt aan het bestuur en de raad van commissarissen van de rechtspersoon en de rechtspersoon moet de tijd hebben gehad om naar aanleiding daarvan maatregelen te nemen⁸¹⁰. De vakvereniging die een verzoek doet, dient haar bezwaren aan het bestuur kenbaar te hebben gemaakt via de ondernemingsraad⁸¹¹.

Indien de Ondernemingskamer een verzoek tot het instellen van een onderzoek afwijst en daarbij uitspreekt dat het verzoek zonder redelijke grond is gedaan, kan de rechtspersoon tegen de verzoeker(s) bij de Ondernemingskamer een eis tot schadevergoeding instellen. Deze bepaling dient om lichtvaardige verzoeken tegen te gaan. Het is een open vraag wat deze bepaling waard is, indien de verzoeker niet over vermogen beschikt. Dit is een argument (geweest) om het enquêterecht niet toe te kennen aan ondernemingsraden⁸¹². Ditzelfde argument kan gehanteerd worden ten aanzien van de belanghebbendenvertegenwoordiging van de maatschappelijke onderneming. Desondanks wijst het wetsvoorstel de belanghebbendenvertegenwoordiging aan als orgaan dat bevoegd is om een enquête te verzoeken. De vrees voor lichtvaardige enquêteverzoeken is kennelijk afgenomen of de wetgever acht de kans op het ontstaan van schade niet groot. Ik acht de kans op reputatieschade als gevolg van een enquêteverzoek inderdaad kleiner dan voorheen. Door de toename van het aantal verzoeken en het aantal enquêtes is de indiening van een verzoek minder opzienbaren geworden. Het ‘hoort erbij’. Als er schade is, is die mede het gevolg van bijkomende omstandigheden.

Indien de Ondernemingskamer het verzoek tot onderzoek toewijst, benoemt zij één of meer personen met de opdracht tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon⁸¹³. De benoemde personen worden in de praktijk aangeduid als onderzoeker, enquêteur of rapporteur⁸¹⁴. Hun onderzoek vormt de kern van het enquêterecht⁸¹⁵. De Ondernemingskamer is in de benoeming geheel vrij. Gewoonlijk wordt één onderzoeker benoemd.

⁸⁰⁹ Zie Geerts, blz. 98 e.v. Ook Geerts lijkt er van uit te gaan dat de wetgever niet iets anders dan de Commissie Verdam voor ogen heeft gestaan. Bij Geerts zijn voorbeelden te vinden van door de advocaat-generaal verzochte enquêtes, waaruit blijkt dat onder meer behoud van werkgelegenheid en het vertrouwen van de samenleving in een bepaalde sector van het bedrijfsleven redengevende elementen zijn.

⁸¹⁰ Artikel 2:349 lid 1, Burgerlijk Wetboek.

⁸¹¹ Artikel 2:349 lid 2, Burgerlijk Wetboek.

⁸¹² Zie Geerts, blz. 82.

⁸¹³ Artikel 2:345 lid 1, Burgerlijk Wetboek.

⁸¹⁴ Geerts, blz. 137.

⁸¹⁵ Zie Geerts, blz. 137.

Meestal is het een jurist (vaak een advocaat), soms een accountant⁸¹⁶. De Ondernemingskamer kan aan de onderzoeker een ruimere opdracht geven, dan waarom door de verzoeker is gevraagd. Dit brengt de aard van de procedure met zich mee: het belang van de onderneming staat centraal, niet dat van de verzoeker of van andere partijen⁸¹⁷.

De onderzoeker dient, met inachtneming van de opdracht die hij van de Ondernemingskamer heeft ontvangen, te achterhalen wat zich binnen de rechtspersoon afspeelt en heeft afgespeeld. In de eerste plaats dient de onderzoeker derhalve feiten te achterhalen en daarvan verslag te doen aan de Ondernemingskamer. Het onderzoek kan zich uitstrekken tot alle organen van de rechtspersoon en tot de personen die daarvan deel uitmaken⁸¹⁸. Ook de rol van buitenstaanders kan in het onderzoek worden betrokken⁸¹⁹. Dit laatste is voor de maatschappelijke onderneming van groot belang, omdat dit betekent dat de handelwijze van belanghebbenden in het onderzoek betrokken kan worden. Feiten verzamelen impliceert het selecteren van feiten op relevantie⁸²⁰. De relevantie van feiten is afhankelijk van het precieze doel van de enquête.

Ten tweede dient hij een oordeel te geven of er sprake is geweest van verantwoord handelen⁸²¹. In het verleden vroeg de Ondernemingskamer de onderzoeker om in zijn rapport tevens een uitspraak te doen over de vraag of er sprake was (geweest) van wanbeleid en welke voorzieningen getroffen dienen te worden, maar daarin is een kentering gekomen in de tweede helft van de jaren '90⁸²². Indien de onderzoeker daarover een oordeel geeft, gevraagd of ongevraagd, is de Ondernemingskamer als onafhankelijke rechter uiteraard niet aan het oordeel van de onderzoeker gebonden. De criteria om de feiten te beoordelen worden gevonden in wet- en regelgeving (heeft de rechtspersoon zich aan de wet gehouden?), maar ook in beginselen van goed ondernemerschap, waarbij governance codes een rol spelen.

Ten derde kan de onderzoeker bemiddelen tussen partijen. Soms is dat onderdeel van zijn opdracht, maar ook als dat niet het geval is kan de onderzoeker een bemiddelingspoging beproeven indien hem dat zinvol lijkt.

Tenslotte heeft de Ondernemingskamer wel eens opdracht gegeven aan de onderzoeker om toe te zien op de naleving en effectiviteit van getroffen voorzienin-

⁸¹⁶ Geerts, blz. 142.

⁸¹⁷ Zie Geerts, blz. 151.

⁸¹⁸ Geerts, blz. 154.

⁸¹⁹ Zie Geerts, blz. 156.

⁸²⁰ Hermans, blz. 123.

⁸²¹ Zie Geerts, blz. 146, alwaar verdere verwijzingen. Niet alle onverantwoord beleid kan worden gekwalificeerd als wanbeleid. Er is pas sprake van wanbeleid als er in ernstige mate sprake is van laakbaar en onzorgvuldig handelen. Zie Hoge Raad 10 januari 1990, NJ 1990,466 m.nt. Maeijer (Ogem).

⁸²² Geerts, blz. 147.

gen⁸²³ of om een door de Ondernemingskamer benoemde tijdelijke bestuurder bij te staan⁸²⁴.

Afhankelijk van het doel van de enquête, zoals dat uit het verzoekschrift en/of uit de beschikking van de Ondernemingskamer blijkt, onderscheidt Hermans drie typen enquêtes⁸²⁵. Het zijn archetypen, waarbij in een concrete enquête elementen van meerdere typen aanwezig kunnen zijn.

Ten eerste is er de curatieve enquête, gericht op sanering en herstel van gezonde verhoudingen binnen de onderneming. Er is bijvoorbeeld sprake van een vertrouwensbreuk tussen bij de onderneming betrokken personen of bepaalde besluitvorming is in een impasse geraakt. Het onderzoek bij dit type enquête zal doorgaans betrekking hebben op een lange periode, maar op slechts een deel van het beleid en de gang van zaken.

Ten tweede is er de inquisitoire enquête, gericht op opening van zaken en het achterhalen wie verantwoordelijk is voor eventueel wanbeleid. De onderneming is bijvoorbeeld ten onder gegaan of heeft een doorstart gemaakt. Het onderzoek zal betrekking hebben op een lange periode en op de volle breedte van het gevoerde beleid.

Ten derde is er de antagonistische enquête, waarbij geschilbeslechting vooropstaat. Er is of dreigt bijvoorbeeld een vijandige overname of er is onenigheid over het al dan niet nakomen van overeenkomsten. Het onderzoek zal betrekking hebben op een beperkte periode en een het onderzoeksterrein zal beperkt zijn. De onderzoeker heeft de bevoegdheid om alle boeken en bescheiden⁸²⁶ van de rechtspersoon in te zien. Bestuurders, commissarissen en medewerkers van de rechtspersoon zijn verplicht om alle benodigde informatie aan de onderzoeker te verschaffen en desgevraagd de bezittingen van de rechtspersoon te tonen⁸²⁷. De Ondernemingskamer kan machtiging verlenen aan de onderzoeker om dezelfde bevoegdheden uit te oefenen ten aanzien van met de rechtspersoon verbonden rechtspersonen⁸²⁸. De uitoefening van deze bevoegdheden kan zo nodig met de sterke arm worden afgedwongen⁸²⁹. Voorts kan de onderzoeker de Ondernemingskamer vragen om personen onder ede te horen als getuige. De onderzoeker mag daarbij aanwezig zijn en vragen stellen⁸³⁰.

De onderzoeker rapporteert zijn bevindingen aan de Ondernemingskamer in een verslag, dat ter griffie van Hof Amsterdam wordt gedeponneerd⁸³¹. De advocaat-

⁸²³ Ondernemingskamer 15 november 2001, JOR 2001, 252 m.n. Van den Ingh (RNA).

⁸²⁴ Ondernemingskamer 2 juli 1998, rekest nummer 321/98.

⁸²⁵ Zie Hermans, blz. 116 e.v.

⁸²⁶ Dit begrip dient ruim te worden opgevat, ook onder meer computerbestanden vallen er onder.

⁸²⁷ Artikel 2:351 lid 1, Burgerlijk Wetboek.

⁸²⁸ Artikel 2:351 lid 2, Burgerlijk Wetboek, een stukje concernrecht.

⁸²⁹ Artikel 2:352, Burgerlijk Wetboek.

⁸³⁰ Artikel 2:352a, Burgerlijk Wetboek.

⁸³¹ Artikel 2:353 lid 1, Burgerlijk Wetboek.

generaal, de rechtspersoon en de verzoekers ontvangen een afschrift van het verslag. De Ondernemingskamer kan daarnaast bepalen dat het verslag geheel of gedeeltelijk voor een ieder of voor bepaalde aangewezen personen bij de griffie ter inzage wordt gelegd⁸³². De Ondernemingskamer heeft het beleid ontwikkeld dat het verslag ter inzage ligt voor belanghebbenden. Wie belanghebbende is, wordt per geval beoordeeld, maar de Ondernemingskamer lijkt de term belanghebbende ruim te definiëren⁸³³.

Slechts als het onderzoek naar de feiten niet volledig is geweest, kan de Ondernemingskamer een nader onderzoek gelasten⁸³⁴.

Indien uit het verslag blijkt van wanbeleid, kan de Ondernemingskamer op verzoek van belanghebbenden of van de advocaat-generaal voorzieningen treffen⁸³⁵. Het verzoek daartoe dient te worden gedaan binnen twee maanden na deponering van het verslag bij de griffie. Het verzoek van de advocaat-generaal dient te berusten op redenen van openbaar belang, hetgeen door de Ondernemingskamer wordt getoetst. De belanghebbenden die een verzoek tot het treffen van voorzieningen kunnen doen, zijn in de wet gedefinieerd, te weten: de oorspronkelijke verzoekers en daarnaast diegenen die op grond van wet of statuten bevoegd waren geweest om een verzoek tot een enquête te doen, mits het verslag voor hen ter inzage was. De kring van belanghebbenden die inzage krijgen in het verslag kan derhalve ruimer zijn dan de kring dergenen die om voorzieningen kunnen vragen.

Anders dan de onmiddellijke voorzieningen, zijn de voorzieningen die de Ondernemingskamer naar aanleiding van uit het verslag blijkend wanbeleid kan nemen, limitatief genoemd in de wet⁸³⁶, te weten:

- a. schorsing of vernietigingen van een of meer besluiten van organen van de rechtspersoon;
- b. schorsing of ontslag van een of meer bestuurders en/of commissarissen;
- c. tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders en/of commissarissen;
- d. tijdelijke afwijking van bepaalde, door de Ondernemingskamer aangewezen, bepalingen uit de statuten;
- e. tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer;
- f. ontbinding van de rechtspersoon.

De Ondernemingskamer bepaalt de duur van de voorzieningen, die overigens op een daartoe strekkend verzoek kan worden verlengd of bekort⁸³⁷.

⁸³² Artikel 2:353 lid 2, Burgerlijk Wetboek.

⁸³³ Zie Geerts, blz. 192 e.v.

⁸³⁴ Ondernemingskamer 26 mei 1983, NJ 1984, 481 m.nt. Maeijer.

⁸³⁵ Zie artikel 2:355, Burgerlijk Wetboek.

⁸³⁶ Artikel 2:356, Burgerlijk Wetboek.

⁸³⁷ Zie artikel 2:357, Burgerlijk Wetboek.

Het treffen van deze voorzieningen is aan restricties onderworpen: de Ondernemingskamer kan de voorzieningen niet ambtshalve treffen, er dient een rechtsgeeldig verzoek te zijn. Voorzieningen zijn slechts mogelijk indien er wanbeleid is gevoerd en dit uit het verslag blijkt. Degene die om voorzieningen verzoekt, dient dit te stellen en uit het verslag aan te tonen. Wanbeleid dat op andere wijze aannemelijk wordt gemaakt, kan niet tot het treffen van voorzieningen leiden⁸³⁸. Van wanbeleid kan pas sprake zijn als er ernstige tekortkomingen zijn geconstateerd. Overigens kent de enquêteprocedure ten opzichte van andere procedures afwijkend bewijsrecht⁸³⁹.

4.9 AANSPRAKELIJKHEID VAN BESTUURDERS EN TOEZICHTHOUDERS

Op 9 juli 2009 heeft de minister van VWS in een brief⁸⁴⁰ aan de Tweede Kamer een aantal beleidsvoornemens geuit met betrekking tot de governance in de zorg. Daarin bepleit hij onder meer een verlaging van de drempel om bestuurders en toezichthouders van zorginstellingen persoonlijk aansprakelijk te stellen in geval van wanbeleid⁸⁴¹. Daartoe kondigt de minister aan dat in de nieuwe Wet cliëntenrechten zorg (Wcz)⁸⁴² een aantal sectorspecifieke verduidelijkingen zullen worden opgenomen omtrent de taken en bevoegdheden van bestuurders en toezichthouders, bij wijze van concretisering van de norm van artikel 2:9, Burgerlijk Wetboek⁸⁴³. Tevens zal een schakelbepaling worden opgenomen om de norm van artikel 2:9, Burgerlijk Wetboek, van overeenkomstige toepassing te doen zijn op leden van het toezichthoudend orgaan. Op dit moment bestaat er een wettelijk vacuüm om leden van raden van toezicht van stichtingen persoonlijk aansprakelijk te stellen in geval van disfunctioneren⁸⁴⁴. De vraag naar de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders is derhalve actueel met betrekking tot de maatschappelijke onderneming.

Vooropgesteld dient te worden dat persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders uitzondering is. De vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder bindt de rechtspersoon, niet zichzelf. Toch zijn die uitzonderingen van belang, getuige de

⁸³⁸ Het verweer tegen gesteld wanbeleid hoeft niet noodzakelijk op het verslag te berusten.

⁸³⁹ Zoals blijkt uit de beschikking inzake Laurus, Hoge Raad 8 april 2005, NJ 2006,443, JOR 2005, 119, zie Asser-Maeijer-van Solinge-Nieuwe Weme, nr. 799. Binnen het kader van dit onderzoek voert het te ver om hier op in te gaan.

⁸⁴⁰ Klink (2009).

⁸⁴¹ Klink (2009), blz. 15.

⁸⁴² Wetsvoorstel 33243, op 23 januari 2013 in eerste termijn behandeld door de Tweede Kamer.

⁸⁴³ Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Indien het een aangelegenheid betreft die tot de werkring van twee of meer bestuurders behoort, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk ter zake van een tekortkoming, tenzij deze niet aan hem is te wijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

⁸⁴⁴ Rechtbank Amsterdam, 26 maart 2008, nummer 323895, HA/ZA 05-2521 (Hestia/College sanering zorginstellingen), geannoteerd door J.G. Sijmons in het Tijdschrift voor Gezondheidsrecht, 2009, blz. 369 e.v.

aanhoudende stroom publicaties die er over dit onderwerp verschijnt en getuige ook de hiervoor bedoelde uitlatingen van minister van VWS.

Er zijn drie wettelijke mogelijkheden om een aansprakelijkstelling op te gronden. Allereerst is er de wanprestatie⁸⁴⁵: de bestuurder heeft niet voldaan aan zijn overeenkomst met de rechtspersoon. Deze overeenkomst zal veelal te kwalificeren zijn als hetzij een overeenkomst van opdracht, hetzij een arbeidsovereenkomst. Het is uitsluitend de contractuele wederpartij, derhalve de rechtspersoon, die uit hoofde van wanprestatie een vordering kan instellen. Deze vordering zal gewoonlijk geëntameerd worden door opvolgende bestuurders of door de curator, indien de rechtspersoon in staat van faillissement geraakt.

Ten tweede kan de vordering tegen de bestuurder worden ingesteld wegens onrechtmatige daad⁸⁴⁶. Deze rechtsgrond komt aan de orde als een derde schade leidt door het tekortschieten van een bestuurder in zijn bestuurstaak.

De derde grond staat weer ten dienste aan de rechtspersoon en betreft het reeds genoemde artikel 2:9, Burgerlijk Wetboek. Deze institutionele rechtsgrond overlapt in de praktijk grotendeels de vordering wegens wanprestatie⁸⁴⁷. De betekenis van artikel 2:9, Burgerlijk Wetboek, ten opzichte van het algemene verbintenisrecht is mijns inziens dat deze bepaling van dwingend recht is. Daar waar voor de inhoud van de overeenkomst tussen de bestuurder en de rechtspersoon in beginsel contractsvrijheid geldt, kunnen partijen contractueel geen afbreuk doen aan de verplichtingen van de bestuurder ex artikel 2:9, Burgerlijk Wetboek. In een juridische procedure kan dit van invloed zijn op de omvang van de bewijslast.

De aansprakelijkheid van een bestuurder is nog niet gegeven indien uit zijn handelen of nalaten schade voor de rechtspersoon of een derde is voortgevloeid. Aansprakelijkheid is ook niet aan de orde in elk geval dat er enig verwijt aan de bestuurder gemaakt kan worden. Er dient sprake te zijn van ernstige verwijtbaarheid⁸⁴⁸. Bestuurders hebben de ruimte – en dienen ook ruimte te houden – om om te gaan met onzekerheden. Dat daarbij fouten gemaakt worden en dat beslissingen fout uitpakken, is in zijn algemeenheid onvermijdelijk. In de literatuur bestaat onenigheid over de vraag of de term ‘ernstige verwijtbaarheid’ in de rechtspersonenrechtelijke context dezelfde inhoud heeft als het arbeidsrechtelijke begrip ‘opzet en bewuste roekeloosheid’. De Groot meent dat ernstige verwijtbaarheid een ruimer begrip is dan opzet en bewuste roekeloosheid. De wetgever is daar blijkens de parlementaire geschiedenis niet van uit gegaan en ook de Hoge Raad lijkt niet die mening toegedaan⁸⁴⁹.

⁸⁴⁵ Artikel 6:74, lid 1, Burgerlijk Wetboek.

⁸⁴⁶ Artikel 6:162, lid 1, Burgerlijk Wetboek.

⁸⁴⁷ Zie De Groot (2006), blz. 23 e.v.

⁸⁴⁸ Hoge Raad 10 januari 1997, NJ 1997, 360.

⁸⁴⁹ Zie De Groot (2006), blz. 26 e.v.

Een aspect dat in het kader van de bestuurdersaansprakelijkheid specifiek voor de maatschappelijke onderneming van belang is, is de gerichtheid op een maatschappelijk belang. Schending van die gerichtheid dient beschouwd te worden als een vorm van doeloverschrijding. Daarmee is gegeven dat de maatstaven voor onbehoorlijk bestuur ten opzichte van het maatschappelijk belang analoog aan doeloverschrijding kunnen worden toegepast. Daarmee is tevens gezegd dat alleen de maatschappelijke onderneming zelf zich op schending van het maatschappelijk belang dient te kunnen beroepen, zodat een bestuurder of toezichthouder uitsluitend aansprakelijk gesteld kan worden voor de schade die de maatschappelijke onderneming zelf dientengevolge heeft geleden. De groep belanghebbenden is te diffuus om toe te laten dat anderen dan de maatschappelijke onderneming jegens bestuurders c.q. toezichthouders een vordering tot schadevergoeding wegens schending van het maatschappelijk belang zouden kunnen instellen⁸⁵⁰.

De norm van artikel 2:9, Burgerlijk Wetboek, geldt voor alle bestuurders van rechtspersonen. Via schakelbepalingen geldt deze norm ook voor commissarissen van naamloze en besloten vennootschappen⁸⁵¹ en coöperaties⁸⁵². Voor toezichthouders bij verenigingen en stichtingen geldt artikel 2:9 slechts in geval van faillissement en dan nog slechts indien de desbetreffende vereniging of stichting belastingplichtig was voor de vennootschapsbelasting⁸⁵³. We stuiten hier derhalve op het – door minister gesignaleerde – aansprakelijkheidsvacuüm voor toezichthouders bij verenigingen en stichtingen die niet aan de vennootschapsbelastingheffing zijn onderworpen.

Voor naamloze en besloten vennootschappen is uitdrukkelijk bepaald dat ieder die feitelijk daden van bestuur verricht zonder formeel bestuurder te zijn, voor wat betreft zijn rechten en verplichtingen als bestuurder wordt aangemerkt⁸⁵⁴. Daarbij is uitdrukkelijk bepaald dat het goedkeuren van of machtiging verlenen tot bepaalde bestuurshandelingen niet als daden van bestuur worden aangemerkt⁸⁵⁵. Deze laatste bepaling is van groot belang voor de maatschappelijke onderneming, waar immers allerlei bestuurshandelingen de goedkeuring van de raad van toezicht, de belanghebbendenvertegenwoordiging, de algemene ledenvergadering en/of de vergadering van winstbewijshouders behoeven⁸⁵⁶. De vraag kan gesteld worden of het bepaalde van artikel 2:151/261 lid 2, Burgerlijk Wetboek, analoog kan worden toegepast op andere rechtsvormen, in het bijzon-

⁸⁵⁰ In Amerika is dezelfde conclusie getrokken ten aanzien van de Benefit Corporation, zie hierna in par. 5.8.

⁸⁵¹ Artikel 2:149 en artikel 2:259, Burgerlijk Wetboek.

⁸⁵² Artikel 2: 53a, Burgerlijk Wetboek.

⁸⁵³ Artikel 2:50a en 2:300a, Burgerlijk Wetboek.

⁸⁵⁴ Artikel 2:151 en 2:261, lid 1, Burgerlijk Wetboek.

⁸⁵⁵ Artikel 2:151 en 2:261, lid 2, Burgerlijk Wetboek.

⁸⁵⁶ Artikel 2:307b, lid 1, Wetsvoorstel 2009.

der op de M.O. en de M.O.W. indien deze zouden zijn ingevoerd. Mijns inziens zijn er geen redenen waarom dat niet het geval zou zijn. Waar het gaat om de uitoefening van goedkeuringsbevoegdheden verschilt de positie van de toezicht-houders op het bestuur van een maatschappelijke onderneming niet van die van toezichthouders op het bestuur van een commerciële vennootschap. Het ware toe te juichen geweest indien de wetgever dit expliciet zou hebben gemaakt. Het vorenstaande voert tot de conclusie dat een specifieke regeling voor de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van een maatschappelijke onderneming niet nodig is.

4.10 CONCLUSIE

Sinds het einde van de 20^e eeuw is er een grote aandacht voor gedrag en gedragsvoorschriften van bestuurders en toezichthouders van ondernemingen. Dit komt tot uitdrukking in de ontwikkeling van governance codes, aanvankelijk gericht op ondernemingen in het algemeen, weldra gevolgd door codes voor specifieke sectoren, met name ook voor de sectoren die tot het speelveld van maatschappelijke ondernemingen worden gerekend.

De inhoud van de diverse governance codes vertoont grote overeenkomsten, waaruit kan worden opgemaakt dat de behoefte aan een sectorspecifieke code niet voortvloeit uit inhoudelijke lacunes van de algemene codes⁸⁵⁷. Naast gevoelsmatige factoren kan de behoefte aan een eigen code ingegeven zijn door het jargon van een sector, die niet gewend is aan bepaalde begrippen uit de algemene codes. Hiervoor werd opgemerkt dat de inhoud van corporate governance kan verschillen per land, maar het lijkt er op dat binnen Nederland de governance codes in hoofdzaak niet verschillen. Dit duidt er op dat tussen de governance van de maatschappelijke onderneming en die van de klassieke onderneming de overeenkomsten groter zijn dan de verschillen. Met andere woorden: in een internationale vergelijking komen waarschijnlijk typisch Nederlandse governance aspecten aan het licht, maar het is moeilijk om te spreken van een specifieke maatschappelijke governance. Gedrag dat binnen een maatschappelijke onderneming onaanvaardbaar is, wordt ook in een klassieke onderneming uiteindelijk niet gewaardeerd. Vergelijking van het wetsvoorstel in 2009 met het de NTMO-code uit 2003 laat zien dat steeds genuanceerder gedacht wordt over de kenmerken die de maatschappelijke onderneming van andere ondernemingen zou den onderscheiden. Zo is winstuitkering aan investeerders van een maatschappelijke onderneming niet meer ondenkbaar en wordt de relatie met de stakeholders gezien als een onderdeel van het takenpakket van elk ondernemingsbestuur. Dit is een belangrijk element, waarop in hoofdstuk 7 wordt teruggekomen.

⁸⁵⁷ Het is daarom niet verrassend dat commissarissen in meerderheid de voorkeur blijken te geven aan een sectoroverstijgende code in plaats van sectorspecifieke codes, zie De Bos & Lückerrath, blz. 14 en blz. 43-46.

In het licht van het vorenstaande zal het te betreuren zijn indien de uitvoering wordt gegeven aan het voornemen om het onnodig versnipperde beeld dat de veelheid aan governance codes reeds geeft, voort te zetten in sectorspecifieke organisatieregels⁸⁵⁸.

Governance codes zijn vooral gedragscodes. De governance codes weerspiegelen de maatschappelijke behoefte aan een doordachte, breed gedragen, gedeelde en gehandhaafde beroepsethiek. Het acteren van de beroepsbeoefenaar – voortvloeiend uit diens competenties en diens intenties – is de cruciale factor. In dat opzicht is er geen verschil tussen politici, bestuurders van klassieke ondernemingen, artsen, ingenieurs, docenten, architecten, loodgieters, opsporingsambtenaren, badmeesters, commissarissen/toezichthouders en ook bestuurders van maatschappelijke ondernemingen: de deskundigheid, maar ook de attitude is bepalend voor de kwaliteit van hetgeen in de samenleving – en daarmee ook in de maatschappelijke onderneming – tot stand wordt gebracht⁸⁵⁹. Deze gedragsnormering is rechtsvormneutraal⁸⁶⁰. Ontsporingen in maatschappelijke ondernemingen betreffen in het gros van de gevallen bestuurders, die persoonlijke doelstellingen laten prevaleren boven het maatschappelijk belang en de doelstelling van de maatschappelijke onderneming⁸⁶¹. Anders gezegd: onbehoorlijk bestuur is in die gevallen niet een gevolg van incompetentie, maar van een perverteringpatroon. In geval van een publieke verantwoording is dat niet mogelijk zonder de integriteit van die verantwoording geweld aan te doen. Dat laatste laat zich – uiteindelijk – gemakkelijk traceren⁸⁶². Ook dit element zal in hoofdstuk 7 nogmaals aan de orde komen.

⁸⁵⁸ Zoals signaleerd door Houwen, Zie Houwen (2011), blz. 33.

⁸⁵⁹ Zie ook Six, blz. 18 e.v., verwijzend naar het begrip motiverende houding van Valerie Braithwaite, waarin onderscheiden wordt tussen (1e) principieel verantwoordelijken, die de intrinsieke motivatie hebben om publieke belangen te dienen, (2e) pure calculeerders, die uitsluitend met hun eigen belang bezig zijn op een wijze en in een mate die hen onbetrouwbaar maakt, en (3e) contextgevoeligen, die aanspreekbaar zijn op hun maatschappelijke verantwoordelijkheid, mits die niet teveel moeite, tijd en geld kost en die bovendien gevoelig zijn voor sociale normen. Wet- en regelgeving, gedragscodes en toezichtmechanismen beïnvloeden met name deze laatste categorie, die numeriek vaak de grootste is. De eerste categorie heeft eigenlijk geen toezicht nodig, de twee categorie dient door toezicht in een zo vroeg mogelijk stadium herkend te worden. Het vorenstaande onderscheid heeft uitsluitend betrekking op de attitude (intenties), niet op deskundigheid (competenties). Intenties van individuen kunnen bovendien in de loop ter tijd veranderen, evenals hun competenties. Echter zijn competenties te beïnvloeden door onderwijs en training, intenties niet.

⁸⁶⁰ Zie Houwen (2011), blz. 28 en blz. 47.

⁸⁶¹ Zie Camps, a.w., hetgeen aansluit bij de bevindingen van Six, zie noot 58.

⁸⁶² Six, blz. 20.

Publieke verantwoording is daarom een belangrijke remedie tegen perverteringpatronen, die elke institutie bedreigen⁸⁶³. Buijs merkt echter terecht op dat we slechts de risico's kunnen verkleinen en niet uitsluiten, geen systeem is zo goed dat goed gedrag niet meer nodig is⁸⁶⁴.

De centrale positie in iedere onderneming wordt ingenomen door het bestuursorgaan. In dit opzicht verschilt de maatschappelijke onderneming niet van iedere andere onderneming of rechtspersoon. Het bestuur is verantwoordelijk voor de formulering van het beleid en de uitvoering ervan. Het bestuur is voorts verantwoordelijk voor een transparante verslaglegging van beleid en beleidsuitvoering. Jaarverslagen dienen openbaar te zijn. De publieke verantwoording dient betrekking te hebben op publieke belangen, wat met zich brengt dat de verantwoording van een maatschappelijke onderneming uitgebreider zal zijn dan die van klassieke onderneming van beperkte omvang.

Alle codes besteden aandacht aan de beloning van bestuurders en toezichthouders, zowel voor wat betreft de hoogte als voor wat betreft de structuur van de beloning. De beloning van toezichthouders mag niet resultaatafhankelijk zijn, de beloning van bestuurders wel, zij het binnen zekere grenzen en volgens objectieve maatstaven. Ook in dit opzicht manifesteren de codes zich als de weerspiegeling van een maatschappelijke behoefte. In hoeverre de codes effectief invloed hebben op de daadwerkelijke beloning van bestuurders is overigens de vraag, gezien het door Meuleman gesignaleerde vermogen van leiderschap om kritiek te absorberen⁸⁶⁵.

Het verwachtingenpatroon ten aanzien van het toezichthoudend orgaan is eveneens in alle codes uniform. Van commissarissen wordt verwacht dat zij enerzijds in staat zijn om de hoofdlijnen van het bestuurshandelingen te beoordelen en anderzijds een bijzondere expertise in het totaal van het toezicht inbrengen. Dit laatste komt tot uiting in het voorschrift dat de raad van commissarissen/raad van toezicht evenwichtig is samengesteld aan de hand van een profielschets voor de raad als geheel en voor de commissarissen afzonderlijk. De inhoud van het toezicht omvat in ieder geval onderwerpen als de jaarrekening, de begroting, het meerjarenbeleidsplan, de statuten van de rechtspersoon en de dialoog met stakeholders. Steeds is hier sprake van goedkeurende bevoegdheden ten aanzien

⁸⁶³ Buijs (2012), blz. 28 e.v., noemt vijf perverteringpatronen: gebroken overdracht (een volgende generatie heeft geen binding met het maatschappelijk belang), systeemimmunisering (het voortbestaan van het systeem wordt een doel op zichzelf), persoonlijkheidssplitsing (het hanteren van verschillende waardensystemen per levenssfeer), externalisering (geld, macht, status e.d. gaan domineren over het maatschappelijk belang), radicalisering (gebruik van geweld omdat het geduld ten aanzien van maatschappelijke ontwikkelingen ontbreekt).

⁸⁶⁴ Buijs (2012), blz. 33.

⁸⁶⁵ Zie Meuleman, blz. 216. Meuleman signaleert dat schijn en beeldvorming in de media van meer belang zijn geworden dan de feitelijkheid en dat externe kritiek blijkt te leiden tot aanpassing van het beeld, niet van de feiten.

van besluitvorming door het bestuur. Het primaat ligt derhalve bij het bestuur. Besluitvorming door het toezichthoudend orgaan onafhankelijk van corresponderende besluitvorming door het bestuur wordt door de codes verondersteld slechts plaats te vinden in de werkgeversrol ten opzichte van het bestuur - benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en het vaststellen van de beloningen ten aanzien van het eigen functioneren – benoeming, schorsing, ontslag van commissarissen, vaststellen van de beloning en vaststellen van het eigen reglement.

Canton c.s. wijzen op buitenlandse voorbeelden, waarin het functioneren van belangenvertegenwoordigers niet positief wordt beoordeeld. Gebrek aan professionaliteit, politieke inkleuring van de eigen taakopvatting en gebrek aan effectiviteit blijken in alle gevonden voorbeelden in meer of mindere mate zich te manifesteren⁸⁶⁶. Invoering van de belanghebbendenvertegenwoordiging staat dan ook haaks op de professionaliseringsslag, die in Nederland gaande is op het gebied van bestuur en toezicht van maatschappelijke ondernemingen in vrijwel alle sectoren. Dit element zal weer aan de orde komen in hoofdstuk 7.

De codes voor de zorg en voor de sociale woningbouw besteden aandacht aan de dialoog met belanghebbenden. De definitie van de belanghebbenden wordt aan de instelling zelf overgelaten. Zij dienen te worden betrokken bij het beleid op een door de instelling te bepalen wijze. De verantwoording aan de belanghebbenden krijgt gestalte door openbaarmaking van verslagen (derhalve niet beperkt tot een doelgroep). In het onderwijs is de medezeggenschap wettelijk op tamelijk gedetailleerde wijze geregeld, zodat de behoefte aan invulling via een code zich niet doet voelen. Wanneer we de regelingen ten aanzien van belanghebbenden vergelijken met de regelingen ten aanzien van aandeelhouders in andere codes, dan valt op dat de positie van belanghebbenden uiterst diffuus is, zodat het in de praktijk de vraag is wie zich op een bejegening als belanghebbende kan doen voorstaan.

Daar komt nog een ander aspect bij. Belanghebbenden representeren niet altijd een maatschappelijk of algemeen belang vertegenwoordigen. Een openbare verantwoording, dan wel een verantwoording aan een overheidsorgaan of een parlement ligt dan meer voor de hand.

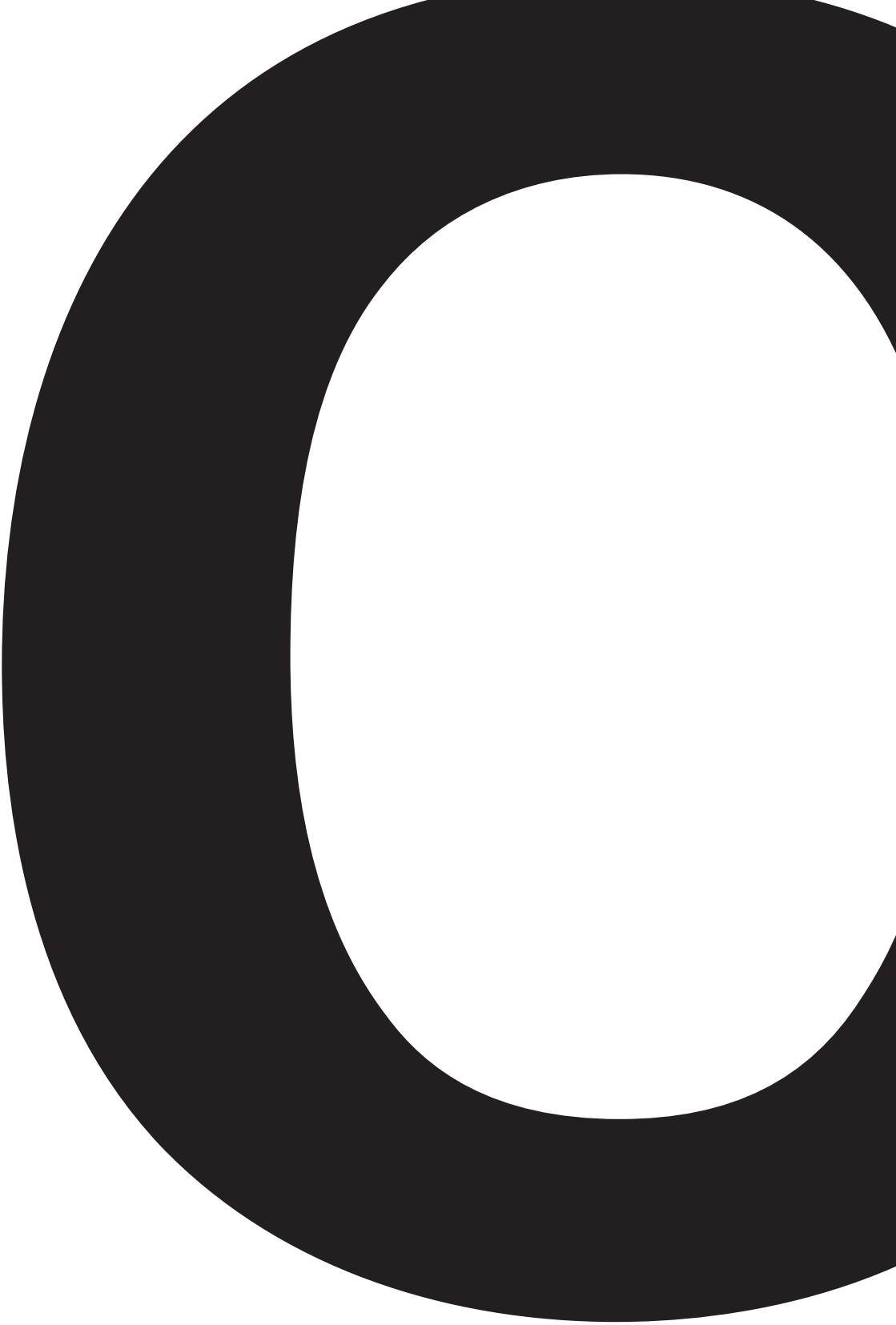
Recapitulerend zijn uit de vorenstaande bestudering van governance codes de volgende elementen naar voren gekomen, die van belang zijn voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming:

- de mogelijkheid van uitkering van winst aan investeerders is geen beletsel voor de kwalificatie als maatschappelijke onderneming;

⁸⁶⁶ Canton c.s., blz. 63 en Annex II, blz. 67.

- een publieke verantwoording van het eigen handelen door (het bestuur van) de maatschappelijke onderneming is essentieel;
- er zijn bezwaren in te brengen tegen een geïnstitutionaliseerde belanghebbendenvertegenwoordiging.

Deze elementen dienen dan ook aan de orde te komen wanneer wij in hoofdstuk 7 de juridische contouren gaan schetsen voor de maatschappelijke onderneming.



V. Ontwikkelingen in het buitenland

5.1 INLEIDING

De vraag rijst of de ontwikkeling van de maatschappelijke onderneming in een internationaal kader geplaatst kan worden, ofwel dat hier sprake is van een unieke Nederlandse ontwikkeling. Deze vraag is relevant omdat de maatschappelijke onderneming, zoals we zagen, Nederlandse wortels heeft. Vergelijking met buitenlandse ontwikkelingen kan bijdragen aan een perspectief, waarbij de maatschappelijke onderneming scherper in beeld komt. Balkenende heeft destijds geen rechtsvergelijking gemaakt op nationaal niveau, wel heeft hij een verkenning gemaakt van de rol van maatschappelijke organisaties in de Anglo-Amerikaanse rechtscultuur. Hij komt tot de conclusie dat de overeenkomsten tussen de Amerikaanse en de continentaal-Europese praktijk groter zijn dan tussen de Britse stijl en beide andere⁸⁶⁷. De overeenkomst tussen de Amerikaanse en de Britse stijl is, dat beide weinig ruimte geven aan zelfregulering door maatschappelijke organisaties. De invloed van het maatschappelijk middenveld wordt voornamelijk gekanaliseerd door middel van adviserende invloed in het wetgevingsproces. In Amerika wordt deze invloed uitgeoefend door te lobbyen, waartoe ieder vrij de gelegenheid kan zoeken. In Groot-Britannië dienen organisaties door de overheid te worden uitgenodigd om mee te denken. Gouvernementeel adviesorganen, zoals bij ons de SER en de WRR, zijn in het Britse systeem onbekend. De Nederlandse situatie, waarin veel meer ruimte is voor zelfregulering, zal als vanzelf leiden tot een andere dynamiek, ook als het gaat om de juridische vormgeving van organisaties die gericht zijn op een maatschappelijk belang. In zowel de Verenigde Staten als in het Verenigd Koninkrijk blijkt recent een rechtsvorm te zijn ontwikkeld, die zich leent voor rechtsvergelijking met de maatschappelijke onderneming.

Door verschillende auteurs⁸⁶⁸ is gewezen op de Belgische VSO, die een parallelle ontwikkeling van de maatschappelijke onderneming zou zijn. Daarmee is gesuggereerd dat Nederland in deze ontwikkeling achter zou lopen, maar het is de vraag of hier werkelijk van een parallelle ontwikkeling sprake is. Gerver⁸⁶⁹ heeft gewezen op de ONLUS in Italië, waarvan het evenzeer de vraag is of dit een rechtsvorm is die equivalent is aan de maatschappelijke onderneming.

⁸⁶⁷ Balkenende (1992), blz. 244.

⁸⁶⁸ Zie Pijls.

⁸⁶⁹ Gerver in zijn afscheidcollege aan de Universiteit van Amsterdam d.d. 28 september 2007.

De situatie in Frankrijk is boeiend, omdat de dominante staatsopvatting sterk afwijkt van het ideaal dat aan de maatschappelijke onderneming ten grondslag ligt⁸⁷⁰. Dat roept de vraag op of deze andere staatsopvatting in de praktijk leidt tot een andere ontwikkeling van rechtsvormen. In het Verenigd Koninkrijk en in de Verenigde Staten zijn enkele interessante, deels parallelle, deels van elkaar afwijkende ontwikkelingen te signaleren. Tenslotte geeft Zweden een interessante mogelijkheid tot rechtsvergelijking, omdat in dat land twee modaliteiten met geen respectievelijk een beperkt winstrecht zijn ontwikkeld op basis van een kapitaalvennootschap.

Onderwerp van vergelijking zijn de aspecten, die in Nederland als knelpunten zijn genoemd die de wetgever door invoering van de rechtsvorm maatschappelijke onderneming wenst op te lossen, te weten:

1. Herkenbaarheid: zijn maatschappelijke ondernemingen in het rechtsverkeer als zodanig herkenbaar en draagt een specifieke rechtsvorm bij aan die herkenbaarheid?
2. Horizontale verantwoording: wordt er verantwoording afgelegd aan belanghebbenden en zo ja, hoe is dat vormgegeven?
3. Kapitaaldeelname: als er een specifieke rechtsvorm is voor maatschappelijke onderneming, voorziet die rechtsvorm dan in deelname in het risicodragend vermogen door private investeerders?

Waar mogelijk, zal ik ook ingaan op de knelpunten, die door de NTMO zijn genoemd:

4. Relatie met de overheid: is de relatie tussen de overheid en de maatschappelijke onderneming duidelijk en hoe verhoudt die relatie zich tot de relatie tussen maatschappelijke onderneming en belanghebbenden?
5. Transparantie van het toezicht: is duidelijk wie er toezicht houdt op de maatschappelijke onderneming en welke maatstaven dit toezicht hanteert?
6. Sectoroverschrijdende samenwerking: faciliteert of belemmert de wetgever sectoroverschrijdende samenwerking van maatschappelijke ondernemingen?

⁸⁷⁰ Balkenende vermeldt dat de Franse overheid de mogelijkheid heeft om de toegang tot het politieke proces voor maatschappelijke organisaties te minimaliseren, zie Balkenende (1992), blz. 244.

5.2 BELGIË: DE VSO

Door verschillende auteurs⁸⁷¹ is reeds verwezen naar ontwikkelingen in België. Daar bestaat sinds 1995⁸⁷² de Vennootschap met sociaal oogmerk (VSO)⁸⁷³. De VSO is geen aparte rechtsvorm, maar een modaliteit die kan worden aangenomen door zowel personen- als kapitaalvennootschappen⁸⁷⁴. De VSO is in het leven geroepen ten behoeve van de zogenaamde sociale economie. In het assortiment rechtsvormen is de VSO bedoeld om het gat te vullen tussen enerzijds rechtsvormen die geen onderneming mogen drijven en anderzijds de rechtsvormen die dat wel mogen, maar dan ook gericht zijn op het maken van winst ten behoeve van de aandeelhouders. Een sluitende juridische definitie van de sociale economie is echter niet of nog niet beschikbaar. Elementen die een rol spelen zijn: voorrang van arbeid op kapitaal, voorrang van dienstbaarheid aan leden of gemeenschap op winst, democratische structuur, hantering van bepaalde ethische principes. De term lijkt in Wallonië meeromvattend te zijn dan in Vlaanderen⁸⁷⁵.

De kenmerken van de sociale economie doen in Nederland de gedachten gaan in de richting van de sociale werkvoorziening, maar ook kan gedacht worden aan ondernemingen op coöperatieve basis met democratische besluitvorming, gericht op duurzaamheid⁸⁷⁶. Er werd in de jaren '90 van de vorige eeuw in België bij banken en particulieren een bereidheid bespeurd om te investeren in de sociale economie en daarbij genoeg te nemen met een beperkt rendement. De VSO is in de hiervoor geschetste context in 1995 ontwikkeld als alternatief voor de Vereniging Zonder Winstoogmerk (VZW)⁸⁷⁷, omdat de VZW wettelijk geen daden van koophandel mag stellen⁸⁷⁸. Het jaar daarop heeft echter het Hof van

⁸⁷¹ De Ru c.s., blz. 45 e.v., Dijls (2007) en ook de Minister en Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aan de Tweede Kamer, Kamerstukken 2006/2007, 27659 nummer 84.

⁸⁷² Wet van 13 april 1995.

⁸⁷³ In Wallonië: société à finalité sociale (SFS).

⁸⁷⁴ Zoals de naamloze vennootschap (NV), de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BVBA), de coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (CVBA), en de – nauwelijks toegepaste – coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid (CVOA), maar ook de vennootschap onder firma (VOF) en de commanditaire vennootschap (CommV). Een speciale wetsbepaling maakt het mogelijk om ook een VZW om te zetten in een VSO, waarbij gekozen kan worden uit één van de in de wet geregelde vennootschapsvormen. De VSO kan daarna worden omgezet in een gewone vennootschap, met dien verstande dat er een 'vermogensklem' van toepassing blijft op het bij omzetting aanwezige vermogen, zodat dit vermogen nimmer aan de vennoten kan worden uitgekeerd.

De Belgische wetgeving voorziet niet in de omzetting van een VSO in een VZW, evenmin als in de omzetting van een gewone vennootschap in een VZW.

⁸⁷⁵ Coates, blz. 4 e.v.

⁸⁷⁶ Zie Van der Ploeg (2008), blz. 116.

⁸⁷⁷ Coates, blz. 37 e.v. De VZW is te beschouwen als het Belgische equivalent van de Nederlandse gewone vereniging.

⁸⁷⁸ artikel 1 van de Wet verenigingen en stichtingen.

Cassatie bijkomstige handelsactiviteiten van een VZW toegestaan⁸⁷⁹. Later is de Waarborgregeling voor kleine en middelgrote ondernemingen⁸⁸⁰ op de VZW van toepassing verklaard, een regeling waarbij de Vlaamse overheid onder bepaalde voorwaarden garant staat voor 75% van aan kleine en middelgrote ondernemingen verstrekte investeringskredieten⁸⁸¹. Deze ontwikkelingen ten gunste van de VZW hebben er ongetwijfeld toe bijgedragen dat de VSO tot op heden in de Belgische rechtspraktijk geen hoge vlucht heeft genomen.

Een vennootschap die aan alle wettelijke voorwaarden voldoet mag zich presenteren als vennootschap ‘met sociaal oogmerk’ of ‘SO’ en is vrijgesteld van vennootschapsbelasting⁸⁸². Uit de statuten van een VSO dient het volgende te blijken⁸⁸³:

- a. De vennoten mogen geen of slechts beperkt voordeel nastreven. Onder voordeel dient hier te worden verstaan: elk op geld waardeerbaar voordeel⁸⁸⁴. Het nastreven van het toegelaten beperkt voordeel mag niet de hoofddoelstelling van de VSO zijn (zie hierna onder b).
- b. De vennootschap dient een nauwkeurig omschreven sociaal doel na te streven, niet zijnde winst voor de vennoten, en dient te vermelden welke activiteiten daartoe worden ontplooid. Indien de vennootschap meerdere sociale doelen nastreeft, dienen de statuten een rangorde aan te geven⁸⁸⁵. Wijziging van die rangorde impliceert derhalve een statutenwijziging.
- c. De wijze waarop de winst besteed en/of gereserveerd wordt, met inachtneming van de wettelijke beperkingen en de eventuele statutaire rangorde van sociale doelen.
- d. Niemand mag in de vergadering van vennoten meer dan 10% van de stemmen uitbrengen. Indien er personeelsleden vennoot zijn, mag niemand meer dan 5% van de stemmen uitbrengen⁸⁸⁶. De statuten mogen het stemrecht verder beperken, tot zelfs één stem per vennoot⁸⁸⁷. In de praktijk kan de stemrechtbeperking worden omzeild door middel van holdingstructuren.
- e. De winstuitkering aan de vennoten bedraagt jaarlijks niet meer dan een bij Koninklijk Besluit vastgesteld percentage.

⁸⁷⁹ Hof van Cassatie Brussel, arrest van 3 oktober 1996.

⁸⁸⁰ Decreet van het Vlaams Parlement van 6 februari 2004.

⁸⁸¹ Ondernemingen met ten hoogste 250 werknemers en een jaaromzet van ten hoogste 40 miljoen euro of een balanstotaal van ten hoogste 27 miljoen euro (KMO Verordening, 21 januari 2001, 70/2001).

⁸⁸² De Ru c.s., blz 48.

⁸⁸³ Artikel 661 van de Vennootschappenwet.

⁸⁸⁴ Coates, blz. 41, alwaar verdere verwijzing.

⁸⁸⁵ Coates, blz. 42.

⁸⁸⁶ Hieruit volgt dat de VSO ten minste tien vennoten dient te hebben en indien personeelsleden vennoot zijn, dient de VSO ten minste twintig vennoten te hebben.

⁸⁸⁷ Coates, blz. 47.

- f. De bestuurders dienen jaarlijks verslag uit te brengen over de wijze waarop de vennootschap haar sociale oogmerk heeft nagestreefd.
- g. Ieder handelingsbekwaam⁸⁸⁸ personeelslid dient een jaar na in dienst treden in de gelegenheid te worden gesteld om vennoot te worden. De statuten dienen hiervoor een regeling te bevatten, met eventueel aanvullende voorwaarden voor toetreding. Het is denkbaar dat deze regeling op gespannen voet komt te staan met de mogelijkheden om nieuwe aandelen uit te geven of aandelen over te dragen. Deze mogelijkheden worden immers mede bepaald door de vennootschapsvorm. Met name bij de NV en de BVBA stuit dit op praktische problemen, zoals voorkeursrechten van zittende aandeelhouders en volstortingsverplichtingen⁸⁸⁹.
- h. Ieder personeelslid dient uiterlijk een jaar na uit dienst treden in de gelegenheid te worden gesteld om als vennoot uit te treden. Ook dit stuit bij de NV en de BVBA op praktische problemen. Er moet iemand bereid zijn de aandelen van de uittredende over te nemen, dan wel de vennootschap moet in staat zijn om binnen de wettelijke mogelijkheden de aandelen in te kopen⁸⁹⁰.
- i. Het batig saldo na vereffening dient toe te komen aan een doelstelling, die zo dicht mogelijk ligt bij het nagestreefte sociale oogmerk.

De VSO komt van rechtswege tot stand door te voldoen aan de gestelde voorwaarden. In geval van overtreding van de voorwaarden kan de VSO worden ontbonden door de rechtbank op vordering van de officier van justitie of een belanghebbende⁸⁹¹.

De belangstelling voor de VSO is gering. Het fiscale voordeel weegt kennelijk niet zwaar en de overige eigenschappen van de VSO worden niet als voordeel ervaren⁸⁹². Zo kan participatie van werknemers op andere manieren en flexibeler georganiseerd worden, bijvoorbeeld door de werknemers van een NV of BVBA lid te laten worden van een VZW, die aandelen houdt in de betreffende NV of BVBA⁸⁹³.

De context waarin de VSO in het leven is geroepen is een andere dan die waarvoor de maatschappelijke onderneming is gedacht. De VSO geeft vorm aan een collectief belang van haar leden, terwijl de maatschappelijke onderneming meer

⁸⁸⁸ De eis van handelingsbekwaamheid is omstreden, zie Coates, blz. 43.

⁸⁸⁹ In 2000 bleek 86% van de VSO's CVBA te zijn, zie Coates, blz. 39. Vanwege de specifieke knelpunten bij de NV en de BVBA wordt in de literatuur momenteel bepleit om de VSO wettelijk te beperken tot de coöperatieve vennootschappen.

⁸⁹⁰ Evenals in de huidige Nederlandse N.V.- en B.V.-wetgeving is de inkoop van aandelen aan beperkingen onderhevig.

⁸⁹¹ Artikel 667 van de Vennootschappenwet. Wellicht kan de VSO deze sanctie voorkomen door zich tijdig om te zetten in een gewone vennootschap.

⁸⁹² Pijls (2007), blz. 608.

⁸⁹³ Zie Coates, blz. 46.

gericht is op het algemeen belang, dat het belang van de leden – als die er zijn – te boven gaat. De VSO kan dan ook niet gelden als een parallelle ontwikkeling. Omzetting van een VZW in een gewone NV of een gewone BVBA is niet mogelijk⁸⁹⁴. De VSO-modaliteit is daarom de enige mogelijkheid om de VZW zonder onderbreking van de rechtspersoonlijkheid het karakter van een vennootschap te geven. Het is vervolgens niet uitgesloten om de VSO om te zetten in een gewone vennootschap. Of deze route in de Belgische rechtspraak een rol speelt, is mij niet bekend.

Nijland heeft nog gewezen op de Belgische rechtsvorm ‘N.V. van publiekrecht’, een publiekrechtelijke rechtsvorm met een privaatrechtelijke structuur⁸⁹⁵. Deze rechtsvorm bestaat sinds 1991 en is in het leven geroepen om autonomie te verschaffen aan overheidsbedrijven die actief zijn in een industriële of commerciële sector⁸⁹⁶. Voorbeelden van N.V.’s van publiek recht zijn Brussels International Airport Company (BIAC), Belgacom, De Post, de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (N.M.B.S.) en de Vlaamse Radio- en Televisieomroep (VRT). Een N.V. van publiekrecht werkt ten behoeve van het openbaar nut op basis van een beheerscontract met de Belgische staat. Het gewone vennootschapsrecht is op de N.V. van publiekrecht van toepassing voor zover daarvan niet is afgeweken bij de wet van 21 maart 1991. Die wet ziet uitsluitend op de relatie van de rechtspersoon met de overheid. De vraagstukken die in Nederland spelen rond de invoering van de maatschappelijke onderneming, komen in de regeling van de N.V. van publiekrecht niet aan de orde.

5.2.1. Herkenbaarheid

De VSO is in het leven geroepen ten behoeve van de ‘sociale economie’, waarvoor geen sluitende definitie is gegeven. Sterker nog, de inhoud van de term sociale economie lijkt binnen de Belgische grenzen regionaal te verschillen. Een rechtspersoon die actief wil zijn ‘met sociaal oogmerk’ kan kiezen voor de rechtsvorm VSO, maar is daartoe niet verplicht. De wettelijke voorschriften voor de VSO kunnen in meerdere opzichten aanleiding zijn om niet voor deze rechtsvorm te kiezen: de mogelijkheden om winst uit te keren zijn gelimiteerd, de zeggenschap is gelimiteerd en er is de verplichting om bepaalde personen – personeelsleden – in de gelegenheid te stellen om deel te nemen. Al deze nadelen dienen op te wegen tegen de fiscale voordelen, die de VSO kan bieden.

Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat ook een onderneming die niet de rechtsvorm van een VSO heeft actief kan zijn in de sociale economie en met een sociaal oogmerk.

⁸⁹⁴ Coates, blz. 28 e.v.

⁸⁹⁵ Nijland, blz. 66.

⁸⁹⁶ Zie Cornelis c.s., blz. 76 e.v. en de Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

5.2.2. Horizontale verantwoording

De verantwoordingsstructuur van de VSO verschilt niet van die van iedere andere vennootschap in het Belgische recht. Een element van horizontale verantwoording kan onderkend worden in het feit dat personeelsleden de mogelijkheid tot participatie dienen te krijgen en aldus in hun hoedanigheid van aandeelhouder verantwoordingsgerechtigd kunnen zijn. Horizontale verantwoording is als zodanig geen issue in de wettelijke regeling van de VSO.

5.2.3. Kapitaaldeelname

De VSO heeft een in aandelen verdeeld kapitaal. Deelname in het kapitaal door aandeelhouders is een basiskenmerk van de rechtsvorm. De VSO kan derhalve privaat, risicodragend kapitaal aantrekken. Anders dan bij de maatschappelijke onderneming in Nederland, is er echter bij de VSO niet te behoeft om publieke en private geldstromen binnen de organisatie gescheiden te houden. Er is een beperking in de mogelijkheid om winst uit te keren. Die beperking is gerelateerd aan het gestorte kapitaal, niet aan de resultaten van bepaalde activiteiten of investeringen binnen de organisatie van de rechtspersoon. Uiteraard is winstuitkering wel gebonden aan het resultaat van de VSO als geheel, winstuitkering is niet mogelijk als de VSO geen winst maakt.

5.2.4. Overige aspecten

De VSO heeft in beginsel geen andere relatie met de overheid dan andere rechtsvormen. Er is geen bijzondere vorm van toezicht en er is geen actieve verantwoordingsplicht jegens de overheid. Er is ook geen sprake van overheidstoezicht dat door de keuze van de rechtsvorm VSO wordt vervangen voor andere vormen van toezicht.

In het kapitaal van de VSO kan worden deelgenomen door rechtspersonen en de VSO kan op haar beurt eveneens deelnemen in het kapitaal van andere vennootschappen.

5.2.5. Conclusie

De VSO heeft onvoldoende kenmerken gemeenschappelijk met de maatschappelijke onderneming om aanknopingspunten te bieden voor de ontwikkeling van een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming. De knelpunten die in de Nederlandse situatie aandacht vragen⁸⁹⁷ speelden bij de ontwikkeling van de VSO geen rol van betekenis.

⁸⁹⁷ Zie par. 5.1.

5.3 ITALIË: DE ONLUS

Verwant aan de Belgische VSO lijkt de Italiaanse *organizzazione non lucrativa di utilità sociale* (ONLUS)⁸⁹⁸, die bestaat sinds 1998⁸⁹⁹. De ONLUS is een predikaat, dat kan worden verleend aan personen- en kapitaalvennootschappen en andere rechtsvormen⁹⁰⁰. Het predikaat geeft recht op fiscale voordelen in de sfeer van zowel de inkomstenbelasting (giftenaftrek) als de omzetbelasting. Anders dan de VSO komt de ONLUS niet van rechtswege tot stand, het predikaat dient te worden toegekend door de overheid⁹⁰¹. Er is een parallel zichtbaar met de zogenaamde ‘ANBI’-regeling in Nederland. Een ANBI is een algemeen nut beogende instelling in de zin van artikel 24 lid 4 van de Successiewet. Sinds 1 januari 2008 heeft een organisatie deze status slechts indien zij als zodanig door de Belastingdienst bij beschikking is aangewezen. De ANBI-status geeft de instelling recht op een vrijstelling van schenkings- en successierecht⁹⁰², daarnaast zijn giften aan een ANBI voor de gever fiscaal aftrekbaar voor de inkomstenbelasting⁹⁰³. De achtergrond van de ONLUS ligt dicht bij de maatschappelijke onderneming dan de VSO. De ONLUS werd ontwikkeld om – al dan niet in ondernemingsverband⁹⁰⁴ – diensten te leveren die ook door de overheid worden geleverd, waaronder diensten op het gebied van gezondheidszorg en onderwijs, maar ook op het gebied van amateursport, cultuurbehoud, milieubescherming, mensenrechten en wetenschappelijk onderzoek van maatschappelijk belang⁹⁰⁵. De ONLUS is derhalve niet aan een bepaalde rechtsvorm gebonden en de ONLUS kan, maar hoeft niet een onderneming te drijven. Voor organisaties die hun activiteiten niet beperken tot de genoemde, toegestane gebieden, is er in bepaalde gevallen de mogelijkheid om de status van ‘ONLUS parzario’ (gedeeltelijke ONLUS) te verwerven. Deze mogelijkheid bestaat onder meer voor kerkelijke instellingen. Om als ONLUS gecertificeerd te worden, dient een organisatie aan een groot aantal voorwaarden te voldoen. Onder meer dient het volgende uit de statuten te blijken⁹⁰⁶:

- a. een doelstelling gericht op één van bovengenoemde of daarmee gerelateerde activiteiten;

⁸⁹⁸ Zie De Ru c.s., blz. 53 e.v.

⁸⁹⁹ Zie Gerver.

⁹⁰⁰ Het hebben van rechtspersoonlijkheid is geen voorwaarde.

⁹⁰¹ Er zijn evenwel categorale toekenningen (zoals de zogenaamde ‘cooperativa sociale’, de sociale coöperatie, die actief is op het gebied van zorg, onderwijs of werkgelegenheid voor kansarmen), evenals categorale uitsluitingen (zoals banken, vakbonden, werkgeversorganisaties, politieke partijen).

⁹⁰² Artikel 24 lid 4, Successiewet

⁹⁰³ Artikel 6.33 e.v., Wet op de inkomstenbelasting 2000.

⁹⁰⁴ Van Veen (2007), blz. 19.

⁹⁰⁵ Het maatschappelijk belang kan bij presidentieel decreet nader worden gedefinieerd. Ten aanzien van wetenschappelijk onderzoek is dit gebeurd op 14 juni 2003 (DPR 135).

⁹⁰⁶ Zie De Ru c.s., blz. 53.

- b. daarnaast een permanente gerichtheid op sociale solidariteit;
- c. winst mag slechts worden uitgekeerd aan een andere ONLUS of krachtens wettelijk voorschrift;
- d. de winst wordt uitsluitend gebruikt ten behoeve van het doel van de ONLUS;
- e. bij ontbinding of het verlies van de status van ONLUS dient het vermogen te worden overgedragen aan een andere ONLUS;
- f. er dient financiële verslaglegging plaats te vinden;
- g. leden moeten via stemrecht volledige controle over de ONLUS kunnen uitoefenen.

De ONLUS mag haar activiteiten ook buiten Italië ontplooiën⁹⁰⁷. Een interessante vraag is dan ook, of een stichting die in Italië als ONLUS is gecertificeerd, in Nederland als maatschappelijke onderneming actief kan zijn. Omgekeerd rijst de vraag of Nederlandse rechtspersonen in Italië het predikaat ONLUS kunnen verwerven. Beide vragen dienen waarschijnlijk bevestigend beantwoord te worden, in het licht van het vrije verkeer van personen, goederen en diensten in de Europese Gemeenschap.

De status van ONLUS biedt echter alleen voordelen aan lichamen die onderworpen zijn aan de Italiaanse belastingheffing.

Het overheidstoezicht op de ONLUS wordt uitgeoefend door het Agenzia per le ONLUS in Milaan⁹⁰⁸, dat ressorteert onder het ministerie van economie en financiën. De ONLUS heeft een hoge vlucht genomen, er zijn duizenden organisaties die zich als ONLUS presenteren. Het voeren van het verleende predikaat ONLUS is verplicht door vermelding van het woord ONLUS bij de naam van de organisatie.

5.3.1. Herkenbaarheid

Het predikaat ONLUS geeft aanzienlijke fiscale voordelen tegen voorwaarden die in de praktijk niet als knellend worden ervaren. Het predikaat ONLUS is in de praktijk begerenswaardig. In combinatie met het verplichte gebruik van de aanduiding 'ONLUS' heeft dat geleid tot een grote mate van herkenbaarheid van organisaties die werkzaam zijn op de gebieden waarvoor de ONLUS bedoeld is.

⁹⁰⁷ Zoals bijvoorbeeld Forlife ONLUS, die kindertehuizen in Oeganda in stand houdt.

⁹⁰⁸ www.agenziaperleonus.it, geraadpleegd op 18 juni 2008.

Het predikaat ONLUS toont overeenkomsten met de ANBI-status in de Nederlandse fiscale wetgeving. Doordat de ONLUS verplicht is zich in haar naam als zodanig te presenteren, is de ONLUS beter herkenbaar dan de ANBI⁹⁰⁹.

5.3.2. Horizontale verantwoording

Controle op de ONLUS wordt uitgeoefend door een orgaan van de nationale overheid. Verantwoording aan belanghebbenden vindt niet anders plaats dan in het kader van de aandeelhoudersvergadering, indien de ONLUS een kapitaalvenootschap is, of de ledenvergadering, indien de ONLUS een vereniging is.

5.3.3. Kapitaaldeelname

Hoewel het niet is uitgesloten dat een ONLUS een in aandelen verdeeld kapitaal heeft, is uitgifte van aandelen voor een ONLUS geen voor de hand liggende wijze van aantrekken van kapitaal. Uitkering van winst is slechts toegestaan aan partijen die zelf het predikaat ONLUS voeren⁹¹⁰.

Het doen van een gift aan een ONLUS gaat gepaard met een belastingteruggaaf, het nemen van aandelen in een ONLUS geeft geen rendement. Het nemen van aandelen in een ONLUS is derhalve minder aantrekkelijk dan het doen van een gift, omdat een gift een (eenmalig) financieel voordeel oplevert.

5.3.4. Overige aspecten

Het predikaat ONLUS heeft slechts fiscale betekenis. Het leidt er niet toe dat vormen van overheidstoezicht, waaraan de ONLUS anderszins is onderworpen, worden gewijzigd. Het toezicht op de ONLUS als zodanig is overzichtelijk geregeld. Er is één toezichthoudende instantie en de door die toezichthouder gehanteerde toetsingscriteria zijn in wetten en decreten omschreven. De ONLUS dient haar activiteiten te beperken tot het maatschappelijke doel op grond waarvan het predikaat is verkregen.

5.3.5. Conclusie

Slechts in één opzicht is een parallel te trekken tussen de ONLUS en de maatschappelijke onderneming en dat betreft de herkenbaarheid. Daarbij dient onmiddellijk te worden opgemerkt dat de herkenbaarheid van de ONLUS fiscaal

⁹⁰⁹ In Nederland is het voor een ANBI-instelling een zaak van welbegrepen eigenbelang om aan potentiële donateurs kenbaar te maken dat zij door de Belastingdienst is gerangschikt als algemeen nut beogende instelling. Voor de donateurs is dat een voorwaarde om hun donatie als aftrekbare gift op te nemen in hun aangifte inkomstenbelasting. Voor de fiscale aftrekbaarheid is dit een formeel criterium. Het komt voor dat belastingplichtigen menen aan een ANBI te doneren, terwijl achteraf blijkt dat de begunstigde instelling ten tijde van de gift niet als ANBI geregistreerd was. De gift is dan niet aftrekbaar, ook al zou aantoonbaar zijn de desbetreffende instelling op het moment van de gift voldeed aan alle materiële kenmerken om erkend te kunnen worden als ANBI. Rangschikking is niet mogelijk met teurgwerkende kracht.

⁹¹⁰ Binnen de sfeer van de ONLUS is het daarom mogelijk om holdingstructuren te creëren.

gedreven is: Italië kent bepaalde fiscale voordelen exclusief toe aan de ONLUS en iedere ONLUS heeft recht op die voordelen. Aspecten als bijvoorbeeld verantwoordings- en toezichtstructuren of kapitaaldeelname speelden bij de vormgeving van de ONLUS geen specifieke rol.

5.4 FRANKRIJK: DE ASSOCIATION RECONNU D'UTILITÉ PUBLIQUE EN DE FONDATION RECONNUE D'UTILITÉ PUBLIQUE

Frankrijk kent een centralistische bestuurscultuur, waarbij de overheid niet geneigd is om staatstaken – die ruim worden opgevat – over te laten aan anderen. Het door Balkenende⁹¹¹ als achterhaald beschouwde schema overheid-individu is in Frankrijk welhaast de basis voor de inrichting van de samenleving. Private organisaties die zich met publieke taken bezighouden bestaan wel, maar zijn onderworpen aan vergaand overheidstoezicht⁹¹². Balkenende wijst er op dat de Franse overheid de mogelijkheid heeft om de toegang tot het politieke proces voor maatschappelijke organisaties te minimaliseren⁹¹³.

Sinds 1901 kent de Franse wet het predikaat 'association reconnue d'utilité publique'. Dit predikaat kan worden toegekend aan verenigingen met rechtspersoonlijkheid (associations déclarées), die ten minste drie jaar bestaan en een doel nastreven van algemeen of publiek belang op het gebied van filantropie, welzijn, zorg, onderwijs, wetenschap, cultuur, milieu, monumentenzorg of internationale solidariteit. De achterban dient uit ten minste tweehonderd leden te bestaan, de statuten dienen te worden goedgekeurd en de inkomsten dienen een bepaald minimum te overstijgen⁹¹⁴. Evenals bij de Italiaanse ONLUS kan het predikaat slechts worden verkregen door toekenning van overheidswege. Naast de association (vereniging) bestaat in Frankrijk ook de fondation (stichting), waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen de fondation reconnue d'utilité publique en de fondation d'entreprise. Daarnaast bestaat ook nog de fondation abrité, dit is echter geen zelfstandige rechtspersoon, maar een afgescheiden vermogen⁹¹⁵ ten behoeve van een fondation reconnue d'utilité publique. Slechts een

⁹¹¹ Zie Balkenende (1992), blz. 40.

⁹¹² De Ru c.s., blz. 50, en Gerver.

⁹¹³ Balkenende (1992), blz. 244.

⁹¹⁴ Op 18 juni 2008 gold een bedrag van 45.734,71 euro per jaar (blijkens de overheidswebsite www.service-public.fr). Het ministerie van binnenlandse zaken publiceert een lijst van associations reconnues d'utilité publique. Per 18 april 2008 bedroeg het aantal erkenningen 1971 (www.interieur.gouv.fr). Anders dan Van Veen, die vermeldt dat zowel de association reconnue d'utilité publique als de association déclarée voor erkenning in aanmerking komen, begrijp ik dat een association déclarée door overheidserkenning een association reconnue d'utilité publique kan worden.

⁹¹⁵ Het functioneren van een fondation abrité is vergelijkbaar met dat van de vele steunfonds- en vriendenstichtingen in Nederland, die zich bezighouden met fondswerving ten behoeve van een moederstichting of een vereniging.

tiental fondations reconnues d'utilité publique heeft in zijn statuten de vorming van een fondation abrité voorzien.

Een fondation komt slechts tot stand door overheidserkenning.

Een fondation d'entreprise is ingevoerd om het mecenaat te bevorderen. Een fondation d'entreprise wordt opgericht voor een bepaalde tijd, mag geen erfstellingen en legaten aanvaarden en mag niet publiek fondsen werven. Een fondation d'entreprise lijkt daarmee slechts geschikt voor financiering van projecten in de algemeen nutsfeer.

Een fondation reconnue d'utilité publique dient te voldoen aan de volgende eisen:

- a. het bestuur wordt gevoerd door hetzij een directie (directoire) onder toezicht van een raad van toezicht (conseil de surveillance), hetzij een bestuur (conseil d'administration);
- b. de solvabiliteit van de fondation wordt beoordeeld, waarbij de oprichters ofwel een initieel kapitaal dienen te storten, dat ten minste tien jaar in stand dient te blijven, ofwel zich dienen te verbinden tot tien jaarlijkse stortingen, verzekerd door een bankgarantie. Indien de fondation evenwel is opgericht ten behoeve van één project, mag het kapitaal verteerd zijn wanneer het project is afgerond⁹¹⁶.

De Franse fondation kent geen belanghebbendenvertegenwoordiging. Daarentegen benoemt de overheid een deel van de bestuurders of toezichhouders. De fondation kan dan ook niet vergeleken worden met de maatschappelijke onderneming. Dat is niet verwonderlijk. De maatschappelijke ontwikkeling waaraan de maatschappelijke onderneming uitdrukking dient te geven, is in Frankrijk (nog) niet of nauwelijks te bespeuren.

De Franse overheid is zeer beducht voor vorming van vermogen in de dode hand. Associations, fondations en ook kerkgenootschappen mogen schenkingen, erfstellingen en legaten slechts aanvaarden met toestemming van de overheid. Een fondation mag geen stemrecht uitoefenen op door haar gehouden aandelen⁹¹⁷.

Een Franse rechtsfiguur die verwant is aan de Belgische VSO, is de Société Coopératives d'Intérêt Collectif (SCIC). Deze werd in 1991 ingevoerd, omdat gewone verenigingen onder het Franse fiscale recht niet systematisch fondsen mogen werven buiten de kring van hun leden. Het aantal SCIC's is zeer beperkt⁹¹⁸.

⁹¹⁶ Ontleend aan www.culture.gouv.fr, geraadpleegd op 18 juni 2008. De regeling werd in 2003 versoepeld, voordien was een minimumkapitaal van vijf miljoen Franse francs vereist. De behandelingstermijn van een aanvraag tot erkenning als fondation reconnu d'utilité publique is volgens de website van het ministerie teruggebracht tot ten hoogste zes maanden.

⁹¹⁷ Zie Van der Ploeg (1999), blz. 97.

⁹¹⁸ Zie Coates, blz. 55.

5.4.1. Herkenbaarheid

De zeer strikte regelgeving in Frankrijk is mede gericht op herkenbaarheid, maar dan uitsluitend herkenbaarheid voor de overheid zelf. We zijn in Nederland gewend aan een uiterst liberaal stichtingenrecht, de Franse praktijk laat het tegendeel zien. De overheid wil stevig greep houden op elke tendens in de samenleving die kan leiden tot vorming van vermogen ‘in de dode hand’. Een interessante vraag daarbij is of dat niet tot gevolg heeft dat er wordt uitgeweken naar andere rechtsvormen om overheidstoezicht te ontwijken. Illustratief in dit opzicht is de situatie in Duitsland. Ook in Duitsland bestaat een intensief toezicht op stichtingen. Dit toezicht wordt rechtstreeks door de overheid uitgeoefend. Enkel om dit overheidstoezicht te vermijden, wordt voor het ontwikkelen van maatschappelijke activiteiten vaak gekozen voor een andere rechtsvorm, bijvoorbeeld de eingetragene Verein (vereniging) of de GmbH (besloten kapitaalvennootschap)⁹¹⁹. Het is niet ondenkbaar dat ditzelfde zich ook in Frankrijk voordoet. Een rechtsvorm die op de maatschappelijke onderneming lijkt, is – evenmin als in Frankrijk – in Duitsland niet voorhanden of in ontwikkeling.

5.4.2. Horizontale verantwoording

Horizontale verantwoording heeft geen plaats in de Franse staatsinrichting, de verantwoordingslijnen lopen verticaal, via overheidsinstanties.

5.4.3. Kapitaaldeelname

Hetzelfde geldt voor kapitaaldeelname. Investeringsen, van welke aard dan ook, verlopen via commerciële kapitaalvennootschappen.

5.2.4. Overige aspecten

Het stringente overheidstoezicht zou het mogelijk moeten maken om sectorspecifiek toezicht te beperken, zodat sectoroverschrijdende activiteiten niet gepaard zouden behoeven te gaan met dubbel toezicht. Of dit in de praktijk het geval is, valt buiten het kader van deze studie. Wel kan geconstateerd worden dat dit in Frankrijk in ieder geval niet gepaard gaat met substitutie van overheidstoezicht door horizontaal toezicht.

5.2.5. Conclusie

De onderzochte Franse rechtsvormen vertonen geen parallellen met de ontwikkeling van de maatschappelijke onderneming in Nederland.

⁹¹⁹ Zie Van der Ploeg (1999), blz. 94, alwaar verdere verwijzingen.

5.5 ZWEDEN: AKTIEBOLAG MED SÄRSKLILD
VINSTUTDELNINGSBEGRÄNSNING.

in Zweden bestaat sinds 2005 een kapitaalvennootschap met een beperkte of geen winstuitkering⁹²⁰. In 2002 werd door een commissie van de Zweedse regering een onderzoek gestart, dat op 25 augustus 2005 resulteerde in een wetsvoorstel voor twee modellen van vennootschappen zonder of met beperkte dividenduitkering. Het ene model betrof vennootschappen zonder dividenduitkering (IVU), en het andere model betrof vennootschappen met een beperkte dividenduitkering (BVU)⁹²¹. De nieuwe vennootschapsvorm diende geschikt te zijn voor activiteiten op het gebied van onderwijs, zorg en hulpverlening, maar de toepassing behoefde daar niet toe beperkt te blijven. De commissie stelde uitdrukkelijk dat zij het niet tot haar opdracht rekende om uitspraak te doen over het verplicht stellen van de nieuwe vennootschapsvorm in bepaalde sectoren. Uit deze mededeling kunnen we afleiden dat dit laatste politiek gevoelig lag⁹²².

Doel van het onderzoek was het creëren van een nieuwe vennootschapsvorm, waarop enerzijds de regels van het gewone vennootschapsrecht zoveel mogelijk van toepassing zijn, maar waarvan anderzijds het vermogen wordt beschermd tegen wegvloeien naar de aandeelhouders. Daartoe werden regels gesteld om het uitkeren van dividend geheel of gedeeltelijk te verbieden en regels om te voorkomen dat dit verbod eenvoudig omzeild zou kunnen worden.

Om de bepalingen voor de nieuwe vennootschapsvorm op een eenvoudige en toegankelijke wijze in de Zweedse vennootschapswet te integreren, werd ervoor gekozen om, met uitzondering van enkele noodzakelijke wijzingen in twee bepalingen in het eerste hoofdstuk van de Zweedse vennootschapswet, de nieuwe bepalingen onder te brengen in een nieuw hoofdstuk 32. De gewone bepalingen van de Zweedse vennootschapswet zijn op de nieuwe vennootschapsvorm van toepassing voor zover daarvan in het nieuwe hoofdstuk niet is afgeweken.

Naar eigen zeggen mede tegen de achtergrond van regelgeving op Europees niveau, kwam de commissie tot de conclusie gekomen dat de nieuwe vennootschapsvorm een vorm van besloten vennootschap diende te zijn. De commissie was echter voorts van oordeel dat uitgifte van aandelen en ander waardepapier niet aan voorkeursrechten onderworpen diende te zijn, zoals bij gewone (besloten) vennootschappen. Hiermee wordt beoogd te bevorderen dat het aandelenbezit van vennootschappen die actief zijn in onderwijs of zorg, wordt gespreid.

⁹²⁰ Regeringsproposition 2004/05:178: Aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning, mij beschikbaar gesteld door Peter Melz, Juridicum, Stockholms universitet, 23 februari 2009.

⁹²¹ Uiteindelijk is het wettelijk onderscheid tussen beide rechtsvormen niet tot stand gekomen en is de vennootschap zonder dividenduitkering niet als afzonderlijke rechtsvorm ingevoerd.

⁹²² Telefonisch bevestigd door Gustaf Sjöberg, Juridicum, Stockholms universitet, 12 mei 2009.

Openbare handel in aandelen van de nieuwe vennootschapsvorm en beursnotering, wenste men echter te verbieden. Derhalve heeft men gekozen voor een vennootschap met aandelen op naam, maar zonder blokkeringsregeling.

De wet schrijft voor dat een vennootschap in haar statuten aangeeft dat zij een vennootschap met specifiek beperkte winstuitkering (hierna: SBB⁹²³) is en hoe een eventueel overschot bij liquidatie van de vennootschap verdeeld zal worden. Voor vennootschappen met beperkte dividend geeft de wet een maximum toegestaan dividend, te weten de rente op de laatste staatslening in het desbetreffende boekjaar vermeerderd met een procentpunt, berekend over het gestorte aandelenkapitaal. Voor zover niet de maximaal toelaatbare winst wordt uitgekeerd, mag uitkering alsnog plaatsvinden in de volgende vijf boekjaren. De statuten mogen een verdergaande beperking van het recht op dividend bevatten.

Het verbod op dividend staat er niet aan in de weg dat een aandeelhouder een vergoeding ontvangt voor verrichte werkzaamheden. Dit wordt niet beschouwd als dividend. Storting op aandelen kan zowel in contanten als in natura plaatsvinden en zowel bij de oprichting van de vennootschap als op een later moment.

Bij liquidatie van een SBB ontvangen de aandeelhouders slechts ten hoogste hun gestorte kapitaal terug en – indien van toepassing – voor zover mogelijk het bedrag aan dividend waarop zij krachtens de wet en de statuten nog recht hebben. Het daarna resterend liquidatiesaldo kan uitsluitend worden uitgekeerd aan een SBB of aan het Zweedse *Allmänna arvsfonden*⁹²⁴, het Zweedse overheidsfonds ter ondersteuning van de zorg voor kinderen, jongeren en gehandicapten. De bestemming van het liquidatiesaldo dient – met inachtneming van het vorenstaande – in de statuten te worden genoemd.

Een SBB kan slechts partij zijn bij een fusie of splitsing wanneer de verkrijgende rechtsperso(n)en eveneens SBB zijn. De fusie van een coöperatieve-entiteit met een vennootschap waarvan zij alle aandelen houdt – normaliter onder Zweeds recht mogelijk – is uitgesloten indien de desbetreffende vennootschap een SBB is⁹²⁵.

Bestaande bepalingen in de Zweedse vennootschapswet met betrekking tot de mogelijkheden voor een vennootschap om schenkingen te doen aan nuttige

⁹²³ Deze afkorting wordt door de Bolagsverket gehanteerd.

⁹²⁴ Letterlijk vertaald: Algemeen erfgoedfonds. Deze rijksinstelling werd in 1928 opgericht om nalatenschappen te beheren die bij gebreke aan wettelijke of testamentaire erfgenamen aan de staat vervallen.

⁹²⁵ 12 kap. 8§ (hoofdstuk 12 par. 8) van de *lagen (1987:667) om ekonomiska föreningar* (wet 1987:667 op de coöperatieve entiteiten).

doeleinden dienen naar mening van de commissie ook te gelden voor de nieuwe vennootschapsvorm.

Een SBB mag gedurende haar bestaan niet overgaan tot terugbetaling van aandelenkapitaal.

Indien een SBB deel uitmaakt van een concern, mag de wijze van concernfinanciering er nooit toe leiden dat de SBB daaraan een bijdrage levert die hoger is dan wat is toegestaan als maximaal toegestane dividenduitkering van de vennootschap tijdens het betreffende jaar. Dat kan betekenen dat een SBB in het geheel geen bijdrage mag leveren aan de concernfinanciering.

De wettelijke regeling heeft tot doel te waarborgen dat de middelen en het eventuele overschot van een SBB niet in hogere mate aan anderen dan de vennootschap ten goede komen dan wettelijk toegestaan.

De accountant van de vennootschap dient specifiek te controleren of de vennootschap de bepalingen over de beperking van de dividenduitkering niet heeft overtreden. Wanneer dat het geval blijkt te zijn, moet de accountant dat in het jaarverslag aangeven en onmiddellijk, zonder rekening te houden met gebruikelijke termijnen, een kopie naar de Bolagsverket⁹²⁶. Het is dan de taak van de Bolagsverket om hetzij de vennootschap een en ander te laten corrigeren dan wel aan de rechtbank een verzoek te doen tot gedwongen liquidatie. Ook de accountant, het bestuur van de vennootschap, een bestuurslid, aandeelhouders of de algemeen directeur van de vennootschap kunnen bij de rechtbank een verzoek doen tot gedwongen liquidatie. De rechtbank besluit tot liquidatie tenzij het ten onrechte uitgekeerde dividend hangende de procedure wordt gerestitueerd aan de vennootschap.

Een SBB kan niet worden omgezet in een gewone (naamloze of besloten) vennootschap. Daarentegen kunnen gewone vennootschappen door een besluit met een gekwalificeerde meerderheid van de algemene vergadering van aandeelhouders worden omgezet in een SBB.

De aanduidingen “med särskild vinstutdelningsbegränsning” is een verplicht onderdeel van de naam van de desbetreffende vennootschap en het gebruik van deze aanduiding door andere rechtspersonen met een andere vorm is verboden.

Er worden geen bijzondere eisen gesteld aan de vennootschapsstructuur van de SBB. De gewonen vennootschapswet is hier van toepassing.

De commissie heeft onderzocht of en hoe het gebruik van de door haar voorgestelde IVU en BVU zou kunnen worden gestimuleerd. Daartoe heeft de commis-

⁹²⁶ De Bolagsverket is een overheidsdienst, die het Zweedse handelsregister bijhoudt.

sie gesproken met vertegenwoordigers van brancheorganisaties in het onderwijs en de zorg, maar deze zouden naar verluid vooral gewaarschuwd hebben voor concurrentievervalsing, die het gevolg van stimulerende maatregelen zou kunnen zijn⁹²⁷. Het feit dat de IVU en de BVU als zodanig zouden worden aangeduid, kon naar mening van de commissie worden gezien als een garantie dat middelen die in de vennootschap worden gebracht ook in de vennootschap blijven en dit gegeven zou op zichzelf voor bepaalde investeerders aantrekkelijk moeten zijn.

De Zweedse wetgever heeft dus geen maatregelen genomen om het gebruik van de nieuwe vennootschapsvorm te stimuleren. De SBB heeft dan ook tot op heden geen grote opgang gemaakt. Bij de Bolagsverket zijn ultimo 2008 totaal elf van vennootschappen met beperkte dividenduitkering ingeschreven⁹²⁸. Het onderwijs en de gezondheidszorg zijn (nog) grotendeels in overheidshanden, maar commerciële zorg en commercieel georganiseerd onderwijs winnen terrein. De rechtsvorm lijkt in het leven te zijn geroepen om politieke redenen: binnen de (momenteel niet regerende) sociaaldemocratische partij wordt door sommigen bepleit dat particuliere onderwijs- en zorginstellingen verplicht dienen te worden de vorm van een vennootschap met beperkte dividenduitkering aan te nemen. Met andere woorden: de voorgestelde IVU en de BVU waren en de ingevoerde SBB is niet bedoeld om investeringen in onderwijs en zorg te stimuleren, eerder het tegendeel. Het politieke draagvlak is echter te klein om op korte termijn enige vorm van verplichtstelling van de SBB te verwachten⁹²⁹.

Om nog een andere reden valt te verwachten dat de SBB een muurbloempje in het Zweedse rechtspersonenrecht zal blijven. Het lijkt niet onwaarschijnlijk dat de instelling van de genoemde regeringscommissie in 2002 samenhang met de opkomst van de in 1999 in Zweden opgerichte onderneming Capio hälsa och sjukvård AB, die op commerciële basis ziekenhuizen in stand houdt. Inmiddels exploiteert Capio ziekenhuizen in heel Scandinavië, het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Frankrijk en Spanje. In de ziekenhuizen van Capio wordt efficiënt gewerkt en er zijn geen signalen dat dit ten koste gaat van de kwaliteit⁹³⁰. De ervaringen met Capio geven in ieder geval geen aanleiding om de SBB verplicht te stellen voor zorginstellingen.

⁹²⁷ Hetgeen mijns inziens duidt op onwil bij de brancheorganisaties ten aanzien van de nieuwe rechtsvorm en misschien ook wel bij de commissie zelf.

⁹²⁸ Medeling Bolagsverket te Sundsvall (mevrouw Karin Dernebo) op 29 januari 2009. Per 7 juni 2012 is het aantal inschrijvingen gestegen tot 34 en per 1 juli 2013 tot 59. Het lijkt derhalve dat de SBB toch aan een voorzichtige opmars is begonnen.

⁹²⁹ Met dank aan Gustaf Sjöberg, docent Juridicum, Stockholms universitet, 12 mei 2009.

⁹³⁰ Sijmons/Van den Ende, blz. 70.

5.5.1. Herkenbaarheid

De SBB heeft tot nu toe geen bijdrage geleverd aan herkenbaarheid van maatschappelijke ondernemingen. De rechtsvormen worden nauwelijks toegepast, maatschappelijke ondernemingen zijn ofwel overheidsdiensten ofwel generieke private rechtsvormen. De SBB kent geen voordelen, alleen maar beperkingen. De herkenbaarheid – anders gezegd: het imago van de rechtsvorm – zou dan op zichzelf een reden moeten zijn, die de rechtsvorm interessant maakt, maar dat blijkt niet het geval te zijn.

5.5.2. Horizontale verantwoording

Verantwoording aan belanghebbenden vindt plaats via de algemene vergadering van aandeelhouders. De rechtsvorm voorziet niet in een structuur om verantwoording af te leggen aan of overleg te voeren met andere belanghebbenden.

5.5.3. Kapitaaldeelname

De SBB is een kapitaalvennootschap, waarin geïnvesteerd kan worden door middel van het nemen van aandelen. Uitkering van winst is evenwel uitgesloten of beperkt. Bij gebreke aan (fiscale) voordelen ten opzichte van de generieke kapitaalvennootschapsvormen, is het niet verwonderlijk dat instellingen die risicodragend privaat kapitaal willen aantrekken, niet voor de SBB kiezen.

5.5.4. Overige aspecten

De relatie die de SBB met de overheid heeft, onderscheidt zich slechts van de relatie van andere rechtsvormen met de overheid, in het toezicht op de naleving van de beperkingen. Dit toezicht is in feite gedelegeerd aan de accountant van de vennootschap, die een meldingsplicht heeft in geval van overtreding van het dividendverbod.

De SBB kan deel uitmaken van een concern, zowel als moeder – als als dochtervennootschap. De SBB biedt geen alternatief voor sectorspecifiek toezicht. Dat is ook niet de doelstelling van de regeling.

5.5.5. Conclusie

De wettelijke regeling van de SBB biedt aanknopingspunten voor de maatschappelijke onderneming voor wat betreft kapitaaldeelname en het toezicht daarop. Herkenbaarheid speelt geen rol, aangezien de rechtsvorm voor geen enkele activiteit verplicht is gesteld en derhalve altijd alternatieven voorhanden zijn.

5.6 VERENIGD KONINKRIJK: DE CIC

Op 11 juni 2010 vond in Amsterdam de jaarvergadering plaats van de Nederlandse Juristen Vereniging rond het thema ‘maatschappelijk verantwoord ondernemen’. In de sliptstream van dit onderwerp werd ook de maatschappelijke onderneming behandeld aan de hand van een preadvies van de hand van J.M. de Jongh,

A.J.P. Schild en L. Timmerman.⁹³¹ Dit preadvies en de beraadslaging daarover in de genoemde jaarvergadering vormen een substantiële bijdrage aan het wetenschappelijk debat over de voorgestelde nieuwe rechtsvorm. De preadviseurs stellen voor om een publiekrechtelijke toezichthouder in het leven te roepen voor maatschappelijke ondernemingen.⁹³²

De invulling van dit voorstel wordt ontleend aan een Engels voorbeeld, de CIC Regulator. Op 1 juli 2005 is in het Engelse recht de Community Interest Company (CIC) is ingevoerd⁹³³. De CIC is een modaliteit van bestaande commerciële rechtsvormen (companies limited by guarantee, public or private companies limited by shares)⁹³⁴ en derhalve onderworpen aan de regelgeving van de gekozen rechtsvorm. De Regulator houdt toezicht op de CIC's, zowel bij de oprichting als gedurende het bestaan van de CIC.

Het toezicht bij de oprichting bestaat uit een Community Interest Test. De oprichting van een commerciële rechtspersoon vindt in het Verenigd Koninkrijk plaats door inschrijving in het Registrar of Companies⁹³⁵. Gewoonlijk kan de rechtspersoon worden opgericht op de dag dat de inschrijfformulieren en vereiste bijlagen (zoals statuten) worden ingediend bij de Registrar. Voor de CIC is dat niet mogelijk, want alvorens de CIC in te schrijven, dient de Registrar een beschikking te vragen van de Regulator⁹³⁶. De Regulator geeft deze beschikking na een Community Interest Test. De oprichters dienen daartoe informatie te geven over het doel van de CIC, de feitelijke werkzaamheden en over de doelgroep⁹³⁷. De doelgroep dient te kwalificeren als 'community'. Een community kan de gehele samenleving omvatten of een definieerbare groep mensen, waarvan de leden zich door een bepaalde eigenschap onderscheiden van andere leden van de samenleving, zodat een redelijk denkend mens hen als een onderscheiden groep in de samenleving zal beschouwen⁹³⁸. Deze formulering doet vermoeden dat de Regulator een grote discretionaire bevoegdheid heeft. Voorbeelden van een community zijn legio: de inwoners van Cardiff, ouderen, kleinschalige landbouwers in Latijns Amerika, het Leger des Heils, jonge werklozen, psychologiestudenten,

⁹³¹ J.M. de Jongh, A.J.P. Schild & L. Timmerman, *Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW? In Maatschappelijk verantwoord ondernemen*, Deventer: Kluwer 2010.

⁹³² De Jongh e.a. 2010 (zie noot 36), p. 226 e.v.

⁹³³ Op die datum werd van kracht The Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004.

⁹³⁴ Burgess, blz. 4.

⁹³⁵ Er zijn twee van Registrars of Companies: één voor Engeland, Wales en Schotland en één voor Noord-Ierland. Dit hangt samen met de eigen regelgeving die in Noord-Ierland van kracht is. De CIC werd in Noord-Ierland pas ingevoerd op 6 april 2007.

⁹³⁶ Burgess, blz. 32. Dit geldt zowel bij de oprichting van een CIC als nieuwe rechtspersoon als bij de omzetting van een bestaande company in een CIC.

⁹³⁷ Burgess, blz. 11.

⁹³⁸ "a reasonable person might consider that they constitute a section of the community" (Regulation 5, Community Interest Company (Amendment) Regulations 2009.

voetballers, fans van de Rolling Stones, liefhebbers van expressionistische kunst, Saab-rijders. Er zijn twee beperkingen: de CIC mag geen politieke campagnes voeren of ondersteunen en de werknemers van één onderneming kwalificeren niet als community⁹³⁹. Alle feitelijke werkzaamheden van de CIC dienen direct of indirect bij te dragen aan het doel van de CIC. De activiteiten van de CIC kunnen rechtstreeks op de gekozen community gericht zijn, maar de CIC kan ook ondernemingsactiviteiten – in de ruimste zin – ontplooien, waarvan de winst aan de community ten goede komt.

CIC's onderscheiden zich van charitatieve instellingen ('charities' of 'charitable companies') doordat zij meer vrijheid van handelen hebben, waartegenover zij bepaalde fiscale voordelen missen⁹⁴⁰. Het is een CIC evenwel toegestaan om haar winst uit te keren aan een charity. Door concernvorming kunnen derhalve de voordelen van beide rechtsvormen worden gecombineerd. Ook mag het liquidatiesaldo van een CIC aan een charity ten goede komen. Met toestemming van de Charity Commission kan een charitable company zichzelf omzetten in een CIC. Dat gaat echter gepaard met het verlies van de charitable status en de daaraan verbonden fiscale faciliteiten. Een CIC kan zichzelf omzetten in een charitable company, wat leidt tot verlies van de CIC-status en onderwerping aan het strenge toezicht van de Charity Commission⁹⁴¹.

De CIC ondervindt twee wettelijk beperkingen: de Asset Lock en de Dividend Cap.

De Asset Lock houdt in dat alle activa van de CIC dienen te worden ingezet voor het (community-gerelateerde) doel en dat zij het vermogen van de CIC slechts mogen verlaten hetzij tegen betaling van een marktconforme prijs, hetzij naar een andere CIC, een charity of een buitenlands equivalent, hetzij met toestemming van de Regulator, hetzij op een andere wijze ten behoeve van de community, en alles slechts voor zover de statuten van de CIC het toestaan. Voor zover mogelijke verkrijgers niet met name in de statuten zijn genoemd, dient de Regulator toestemming te geven voor vervreemding van activa⁹⁴². Deze restricties staan niet in de weg aan het normale handelsverkeer, waaraan de CIC mag deelnemen. De Dividend Cap wordt gevormd door drie begrenzingsen aan de mogelijkheid voor een CIC om dividend uit te keren. Ten eerste mag het dividend niet meer bedragen dan 35% van de uitkeerbare winst. Ten tweede mag het dividend per aandeel niet meer bedragen dan een percentage van het op dat aandeel gestorte kapitaal⁹⁴³. Ten derde mag niet benutte uitkeringsruimte slechts in de vijf volgende jaren alsnog worden gebruikt. De Dividend Cap geldt niet voor dividenduitke-

⁹³⁹ Burgess, blz. 12.

⁹⁴⁰ Burgess, blz. 23.

⁹⁴¹ Burgess, blz. 24.

⁹⁴² Burgess, blz. 14.

⁹⁴³ Het percentage bedraagt voor aandelen uitgegeven voor 6 april 2010: de basisrente van de Bank of England vermeerderd met vijf procentpunten, voor aandelen uitgegeven op of na 6 april 2010:

ringen aan andere CIC's en aan charitable companies. Het is toegestaan dat een CIC in haar statuten de mogelijkheid om dividend uit te keren verder beperkt.

5.6.1. Herkenbaarheid

Er zijn inmiddels 4.256 CIC's geregistreerd bij de Regulator⁹⁴⁴. De rechtsvorm lijkt in een behoefte te voorzien van mensen die zich willen inzetten voor de gemeenschap en dat op ondernemende wijze gestalte willen geven en van mensen die de resultaten van hun onderneming anders willen gebruiken dan voor persoonlijke vermogensgroei.

5.6.2. Horizontale verantwoording

De CIC onderscheidt zich niet van andere rechtsvormen door een vorm van horizontale verantwoording. De community waarop het doel van de CIC is gericht, heeft geen geformaliseerde zeggenschaps- of inspraakrechten in de rechtspersoon.

5.6.3. Kapitaaldeelname

De CIC kan een modaliteit zijn van één van de Engelse kapitaalvennootschapsvormen, de private limited company (Ltd) en de public limited company (plc). Een zodanige CIC heeft een in aandelen verdeeld kapitaal en kapitaaldeelname is niet aan andere beperkingen onderworpen dan bij iedere andere Ltd of plc. De rechten van aandeelhouders worden niet anders ingeperkt dan door de Asset Lock en de Dividend Cap. Aandeelhouders hebben in de CIC dezelfde zeggenschapsrechten als in de reguliere Ltd en plc.

5.6.4. Relatie met de overheid

De CIC staat onder een bijzondere vorm van overheidstoezicht, uitgeoefend door een speciaal daarvoor aangestelde functionaris, de Regulator. De Regulator wordt benoemd door de Secretary of State for Trade and Industry⁹⁴⁵. De werkzaamheden van de Regulator bestaan in de eerste plaats uit het uitvoeren van Community Interest Tests aan de hand van documentatie die bij de Registrar is ingediend. Een antecedentenonderzoek naar de oprichters, zoals het Nederlandse Ministerie van Justitie dat tot 1 juli 2011 uitvoerde alvorens een verklaring

20%. Bij de bepaling van het gestorte kapitaal wordt agio mee in aanmerking genomen. Zie Burgess, blz, 16.

⁹⁴⁴ Stand per 28 oktober 2010, de lijst van geregistreerde CIC's is in te zien via <http://www.cicregulator.gov.uk/coSearch/companyList.shtml>. Volgens mededeling van mrs. Helen Huish, medewerkster van de Regulator, muteert het aantal CIC's dagelijks. Op 12 november 2010 bedroeg het aantal geregistreerde CIC's 4308, een toename derhalve van ruim 50 CIC's in ongeveer twee weken.

⁹⁴⁵ Vergelijkbaar met de Nederlandse minister van economische zaken.

van geen bezwaar af te geven voor de oprichting van een N.V. of een B.V., is in het Verenigd Koninkrijk onbekend⁹⁴⁶.

De Regulator heeft niet alleen een toezichthoudende rol bij de oprichting van de CIC, maar ook tijdens het bestaan ervan.

Iedere CIC is verplicht om jaarlijks een rapportage aan de CIC Regulator uit te brengen. Deze rapportages vormen de basis onder het toezicht van de CIC Regulator, dat niet heel intensief is. De kantoororganisatie van de CIC Regulator is dan ook klein. De CIC Regulator heeft echter wel vergaande bevoegdheden, vergelijkbaar met de bevoegdheden van de Ondernemingskamer onder het enquêterecht in Nederland. Deze bevoegdheden mag de CIC Regulator echter slechts inzetten ter bescherming van het vermogen van de CIC of indien het 'community interest' karakter van de CIC wordt bedreigd.

5.6.5. Transparantie van het toezicht

Alle informatie uit de bij de Regulator ingediende documenten en formulieren worden op het internet gepubliceerd. De Regulator geeft geen individuele adviezen, maar is wel bereid tot informeel overleg per e-mail, brief of telefoon⁹⁴⁷.

5.6.6. Conclusie

De Britse CIC vertoont een opvallende parallel met de Zweedse SBB op het punt van de kapitaaldeelname en de begrensde mogelijkheid om winst uit te keren. Een overeenkomst tussen beide rechtsvormen is voorts dat de jaarrekening aan specifiek toezicht is onderworpen, bij de CIC rechtstreeks uitgeoefend door een overheidsdienst, bij de SBB in eerste instantie door een accountant, die een meldingsplicht heeft indien hij overtredingen constateert. Geen van beide rechtsvormen wordt verplicht gesteld, zodat herkenbaarheid geen rol speelt vanuit de optiek van de wetgever. In plaats daarvan blijkt in de praktijk voor de CIC de uitstraling, het imago, wel een succesfactor te zijn.

5.7 VERENIGDE STATEN VAN AMERIKA (1): DE L3C

In 2008 werd in de staat Vermont de Low-Profit Limited Liability Company (L3C) in de wetgeving geïntroduceerd. Inmiddels is het in zes staten mogelijk een L3C op te richten⁹⁴⁸. De invoering van de L3C in de wetgeving van een staat lijkt niet te

⁹⁴⁶ Op 6 juli 2010 is de Eerste Kamer akkoord gegaan met een wetsvoorstel (nummer 31948) tot afschaffing van de verklaring van geen bezwaar. In plaats het preventieve toezicht wordt een vorm van permanent toezicht ingevoerd, bestaande uit een databank met gegevens van bestuurders, commissarissen, aandeelhouders en hun betrekkingen van alle rechtspersonen.

⁹⁴⁷ Burgess, blz. 7.

⁹⁴⁸ Vermont, Michigan, Utah, Illinois, Wyoming en Louisiana, alsmede in twee autonome autochtone gebieden, de Crow Indian Nation en de Oglala Sioux Tribe (november 2010). Invoering volgde in 2011 in North Carolina en Maine en nadien nog in Rhode Island en North Dakota. In een aantal staten is wetgeving in voorbereiding (augustus 2012).

berusten op een breed politiek of maatschappelijk draagvlak, maar telkens op de lobbyistische talenten en energie van één senator in de desbetreffende staat. Doel van de L3C was het vergemakkelijken van risicodragende kapitaalverschaffing door maatschappelijke en charitatieve fondsen (foundations), de zogenaamde program-related investments (PRI's). PRI's zijn financieringen, waarvan de verstrekking past bij de doelstelling van het fonds. Een fonds mag maximaal 5% van zijn vermogen aanwenden voor de verstrekking van PRI's⁹⁴⁹. De lening dient een charitatief karakter te hebben, mag niet tot doel hebben om significant rendement te genereren en mag geen politieke doeleinden dienen. Of de lening aan deze voorwaarden voldoet, wordt getoetst door een federaal overheidsorgaan, de Internal Revenue Service (IRS). De toetsing door de IRS vormt een serieuze drempel om een PRI te verstrekken. Indien namelijk blijkt dat het risicoprofiel van een verstrekte PRI te groot is, kan de lening door de IRS worden aangemerkt als "jeopardizing investment". Wegens het aangaan van een jeopardizing investment kan de IRS zeer hoge boetes opleggen aan het fonds en aan haar bestuurders. Om oplegging van deze boetes te voorkomen, kan vooraf een ruling worden gevraagd aan de IRS. Deze rulings zijn kostbaar: de IRS berekent 10.000 dollar aan leges en daaroverheen komen nog zo'n 25.000 à 50.000 dollar aan adviseurkosten⁹⁵⁰, maar de dreiging van de hoge boetes is groot genoeg om als foundation deze kosten voor lief te nemen.

De geestelijke vader van de rechtsvorm is Robert M. (Bob) Lang, die als bestuurder van een foundation werd geconfronteerd met de hiervoor geschetste, ontmoedigende praktijk. De architect van de juridische vormgeving is de advocaat Marcus Owens uit Washington D.C, die eerder als medewerker van de IRS een prominente rol speelde bij de totstandkoming van de hiervoor bedoelde rulings⁹⁵¹. Bob Lang beoogde met de L3C de transactiekosten van PRI's te verminderen, doordat de keuze voor de rechtsvorm een garantie zou moeten bieden dat een aan de L3C verstrekte PRI zonder ruling met zekerheid de toetsing van de IRS kan doorstaan. In essentie zou de L3C niets anders zijn dan een LLC, waarvan de statuten voldoen aan alle eisen van de IRS, en Bob Lang hoopt(e) dat de L3C als zodanig zich zal ontwikkelen tot een keurmerk. Tot nu toe blijkt deze gedachte niet aan te slaan, noch bij de foundations, noch bij de federale overheid⁹⁵².

De rechtspersoonlijkheid van de L3C wordt in de gehele USA erkend en een L3C kan zich feitelijk in elke staat van de USA vestigen.

⁹⁴⁹ De eerste PRI's werden verstrekt in 1968 door de Ford Foundation ten behoeve van de economische ontwikkeling van achterblijvende regio's. Inmiddels kunnen PRI's ook gericht zijn op bijvoorbeeld onderwijs, milieu, sociale huisvesting en cultuur. Zie Doeringer, blz. 4.

⁹⁵⁰ Doeringer, blz. 7.

⁹⁵¹ Blijkens zijn curriculum vitae op de www.capdale.com/mowens/, geraadpleegd op 29 oktober 2010.

⁹⁵² Doeringer, blz. 9.

Bob Lang lijkt over het hoofd te zien dat niet alleen de IRS, maar ook de betrokken foundation eigen specifieke voorwaarden kan stellen alvorens een PRI te verstrekken. Zelfs als de IRS zich coöperatief zou opstellen ten aanzien van L3C's, is het nog maar de vraag of de condities iedere foundation conveniëren⁹⁵³.

5.7.1. Herkenbaarheid

In het voorjaar van 2010 waren er ruim 175 L3C's geregistreerd. Daarvan waren ruim 100 opgericht naar het recht van Vermont en 40 naar het recht van Michigan. In de praktijk blijkt de L3C voornamelijk gebruikt te worden door ondernemers, die een sociale uitstraling aan hun bedrijf willen geven, een 'ik-hoef-er-niet-rijk-van-te-worden'- imago⁹⁵⁴, een uiting van non-conformisme derhalve, passend bij de tijdgeest na de kredietcrisis. De L3C voorziet derhalve dankzij zijn herkenbaarheid in een behoefte, zij het een andere behoefte dan de initiatiefnemers op het oog hadden en – gezien de aantallen tot op heden opgerichte L3C's – de behoefte van een beperkte groep. Wanneer non-conformisme het "unique selling point" blijft, zal de L3C ofwel een marginaal bestaan blijven leiden, ofwel aan haar succes ten onder gaan.

5.7.2. Horizontale verantwoording

De externe verantwoording verloopt bij de L3C via de lijnen van het generieke vennootschapsrecht. Dit kan per staat verschillen.

5.7.3. Kapitaaldeelname

Een L3C heeft een in aandelen verdeeld kapitaal en aan de uitkering van dividend zijn geen andere grenzen gesteld dan bij andere kapitaalvennootschapsvormen.

5.7.4. Relatie met de overheid

De L3C is opgericht om bij de federale overheid een speciale status te verwerven. Tot op heden wordt de L3C door de overheid echter niet anders behandeld als andere rechtsvormen. In het bijzonder de IRS blijkt een L3C te beschouwen als een LLC met enkele specifieke statutaire bepalingen, die evenwel geen aanleiding geven tot een andere bejegening waar het gaat om IPR's⁹⁵⁵.

5.7.5. Transparantie van het toezicht

In tegenstelling tot de Engelse situatie, waar een toezichthouder voor de Community Interest Company in het leven is geroepen, is er niet of nauwelijks specifiek toezicht op de L3C. In de staat Illinois dienen L3C's zich te laten registreren bij het Charitable Trust Bureau. In Vermont vraagt de Attorney General (het openbaar ministerie) aan de aldaar geregistreerde L3C's om informatie over hun

⁹⁵³ Doeringer, blz. 14.

⁹⁵⁴ Zie Capriccioso c.s.

⁹⁵⁵ Doeringer, blz. 13.

activiteiten en financiën, maar de verstrekking van die informatie is vrijwillig⁹⁵⁶. De vrijblijvendheid waarmee de staten omgaan met L3C's doet vermoeden dat de ontwikkeling in de praktijk van de nieuwe rechtsvorm geen prioriteit heeft. Een welwillende benadering op federaal niveau mag dan niet verwacht worden.

5.7.6. Conclusie

De L3C is als rechtsvorm ontwikkeld omwille van de herkenbaarheid. Het is bedoeld als een rechtsvorm die een keurmerk van zichzelf is, zodat de aanzienlijke kosten van rulings kunnen worden vermeden. Tot op heden slaat de L3C als zodanig niet aan op de plaats waar dat zou moeten, namelijk de federale Amerikaanse overheid. Indien die federale erkenning er zou komen, is het nog maar de vraag of de condities van de L3C beantwoorden aan de wensen van de doelgroep, zodat de gewraakte rulings ook dan niet tot het verleden zullen behoren. Vermindering van transactiekosten zou ook bereikt kunnen worden door de regelgeving rond PRI's aan te passen, maar kennelijk ontbreekt daartoe de politieke bereidheid of zijn er belangen die zich daartegen verzetten.

5.8 VERENIGDE STATEN VAN AMERIKA (2): DE BENEFIT CORPORATION
Kamerbeek⁹⁵⁷ heeft gewezen op een andere rechtsvorm, die recent ontwikkeld is in de Verenigde Staten: de benefit corporation. Deze rechtsvorm is voortgekomen uit en het antwoord van diverse wetgevers op staatsniveau op certificerende activiteiten van particuliere organisaties, waarvan B Lab te Berwyn, een voorstad van Philadelphia, Pennsylvania, de belangrijkste is. Onder leiding van één van de betrokkenen van B Lab, de advocaat/theoloog William H. Clarke Jr. uit Philadelphia⁹⁵⁸, dus op particulier initiatief, is een model wettelijke regeling ontwikkeld en gepubliceerd⁹⁵⁹. Dit model is door de wetgever van diverse Amerikaanse staten als leidraad gebruikt. Belangrijkste kenmerken van de aldus ontstane rechtsvorm zijn:

1. Het doel van de vennootschap is gericht op het bewerkstelligen van een positieve impact op de samenleving en het milieu.
2. Het bestuur van de vennootschap dient rekening te houden met alle stakeholders, zowel die met een financieel belang als die met een andersoortig belang.
3. De vennootschap publiceert jaarlijks een transparante verantwoording van haar handelen in het licht van haar doelstelling.⁹⁶⁰

⁹⁵⁶ Doeringer, blz. 14.

⁹⁵⁷ Kamerbeek, blz. 300 e.v.

⁹⁵⁸ <http://www.drinkerbiddle.com/people/attorneys/clark-william-h>, geraadpleegd op 22 augustus 2012.

⁹⁵⁹ http://benefitcorp.net/storage/Model_Legislation.pdf, geraadpleegd op 14 augustus 2012 (model versie 26 januari 2012).

⁹⁶⁰ Zie Clark c.s., blz. 1, blz 16 e.v.

De vraag naar een flexibele rechtsvorm voor allerlei vormen van duurzaam en/of sociaal ondernemerschap, zou voortkomen uit een combinatie van maatschappelijke ontwikkelingen: de consumentenmarkt verlangt steeds meer duurzame producten en werkwijzen⁹⁶¹, investeerders willen dat ondernemingen handelen in overeenstemming met hun maatschappelijke verantwoordelijkheid⁹⁶², ondernemers willen duurzaam en maatschappelijk verantwoord handelen en willen dat ook zichtbaar maken⁹⁶³.

In 2007 startte B Lab met een certificeringssysteem voor ondernemingen die op het gebied van duurzaamheid aan bepaalde eisen voldoen. Daarbij stuitte men op het gegeven dat de vennootschapswetgeving van Amerikaanse staten veelal het belang van de aandeelhouders laat prevaleren boven de belangen van andere stakeholders. Een vennootschappelijk beleid dat streeft naar een evenwichtige benadering van de belangen van alle stakeholders zou in dat kader een vorm van onbehoorlijk bestuur kunnen opleveren. Het bestuur maakt immers een andere afweging dan haar wettelijk is voorgeschreven⁹⁶⁴. Voor zover bestaande rechtstelsels in de USA een bredere belangenafweging door het bestuur mogelijk maken, zijn bestuurders daartoe niet verplicht⁹⁶⁵.

De eerste staat die een wet ter regeling van de benefit corporation heeft aangenomen, was Maryland op 14 april 2010 (van kracht per 1 oktober 2010). Daarna volgden Vermont (van kracht per 1 juli 2011), Virginia (1 juli 2011), Hawaï (8 juli 2011), New Jersey (1 maart 2011), New York (10 februari 2012), South Carolina (14 juni 2012), Louisiana (1 augustus 2012), Illinois (1 januari 2013) en Massachusetts (1 januari 2013)⁹⁶⁶. In al deze gevallen werd de wettekst, in meer of mindere mate gemodificeerd, gebaseerd op het model van Clarke c.s.

Het model van Clarke c.s.

Het door Clarke c.s. ontwikkelde model bestaat uit twaalf artikelen, verdeeld over vier paragrafen (namelijk: ‘preliminary provisions’, ‘corporate purposes’, ‘accountability’ en ‘transparency’) en is bedoeld als *lex specialis* ten opzichte van het generieke vennootschapsrecht van de desbetreffende staat.

Een benefit corporation wordt opgericht als een kapitaalvennootschap die voldoet aan de wettelijke eisen voor elke kapitaalvennootschap en die bovendien

⁹⁶¹ Clark c.s., blz. 2.

⁹⁶² Clark c.s., blz. 3 e.v.

⁹⁶³ Clark c.s., blz. 5.

⁹⁶⁴ Clark c.s., blz. 6.

⁹⁶⁵ Clark c.s., blz. 10.

⁹⁶⁶ Zie Murray. Slechts drie van de genoemde staten – Vermont, Illinois, Louisiana – hebben ook de L3C ingevoerd. Evenals voor de L3C geldt dat de rechtspersoonlijkheid van een benefit corporation in de gehele USA erkend wordt en dat een benefit corporation zich in elke staat feitelijk kan vestigen. Later in 2013 is een wettelijke regeling van kracht geworden in Pennsylvania, Washington D.C. en Arkansas.

voldoet aan de specifieke eisen voor een benefit corporation⁹⁶⁷. Een bestaande vennootschap kan benefit corporation worden door haar statuten te wijzigen. Het besluit daartoe dient te worden genomen met een twee/derde meerderheid van alle aandelen⁹⁶⁸. Op dezelfde wijze kan een benefit corporation besluiten om haar status op te geven en als generieke vennootschap voort te bestaan⁹⁶⁹. Besluiten die tot effect hebben dat een vennootschap de status van benefit corporations verkrijgt of verliest ('*fundamental transactions*'), bijvoorbeeld fusies en splitsingen, dienen met eenzelfde meerderheid te worden genomen.

De wettelijke eisen van de benefit corporation hebben betrekking op het doel van de vennootschap, de bestuurlijke inrichting en de interne en externe verantwoording.

Het doel van de benefit corporation dient gericht te zijn op het algemeen belang ('*creating general public benefit*'), in aanvulling op de overige eisen die de wet van de desbetreffende staat aan het doel van de vennootschap stelt⁹⁷⁰. Het is toegestaan om één of meer specifieke belangen in het doel op te nemen, mits daarmee geen afbreuk wordt gedaan aan de gerichtheid op het algemeen belang⁹⁷¹. Uitdrukkelijk wordt bepaald dat het in het doel omschreven algemeen belang het grootste belang ('*best interests*') van de vennootschap is, zodat handelen in het algemeen belang ten opzichte van de vennootschap niet kan kwalificeren als onbehoorlijk bestuur.

Het bestuur ('*board*') van de benefit corporation dient bij alle handelen en nalaten ten minste in aanmerking te nemen wat daarvan de effecten zullen zijn voor de aandeelhouders, de werknemers en de cliënten van de benefit corporation (waarbij de cliënten worden gezien als vertegenwoordigers van het algemeen belang), de samenleving en het milieu (lokaal en globaal) en de lange- en kortetermijn effecten voor de benefit corporation zelf⁹⁷². Daarbij mag aan bepaalde belangen prioriteit worden gegeven, mits de statuten dat uitdrukkelijk bepalen en mits geen afbreuk wordt gedaan aan het algemeen belang⁹⁷³. Bestuurders zijn expliciet niet aansprakelijk voor financiële schade wegens het niet bereiken van het doel van de benefit corporation⁹⁷⁴ en zij kunnen niet persoonlijk aansprakelijk worden gesteld door een persoon die pretendeert het algemeen belang te vertegenwoor-

⁹⁶⁷ § 103 van de modelwet.

⁹⁶⁸ Dat wil zeggen een zodanige meerderheid van stemmen dat deze twee/derde van het aandelenkapitaal vertegenwoordigt, § 104 juncto § 102 van de modelwet.

⁹⁶⁹ § 105 van de modelwet.

⁹⁷⁰ § 201 sub a van de modelwet.

⁹⁷¹ § 201 sub b van de modelwet. De toegestane specifieke belangen worden gedefinieerd in § 102 (met name laagbetaalden, economische ontwikkeling, milieu, gezondheidszorg, kunst, wetenschap, fondsenwerving, de opsomming is niet limitatief).

⁹⁷² § 301 sub a lid 1.

⁹⁷³ § 301 sub a lid 3. Niet elke genoemde staat heeft deze mogelijkheid van prioritering in zijn wetgeving overgenomen, zie Clark c.s., noot 72.

⁹⁷⁴ § 301 sub c van de modelwet.

digen⁹⁷⁵. Deze aansprakelijkheidsbeperking is de uitwerking van de wens om – ten eerste – bestuurders te vrijwaren voor persoonlijke financiële claims die nauwelijks te kwantificeren zijn en om – ten tweede – de focus bij eventuele procedures te richten op het nastreven van het door de benefit corporation gekozen algemeen belang.⁹⁷⁶

Eén lid van het bestuur dient te worden aangewezen als benefit director, zij het dat het model de ruimte laat voor een alternatieve regeling, waarbij de bevoegdheden van de benefit director toekomen aan een andere door de aandeelhouders aangewezen persoon⁹⁷⁷. De benefit director heeft specifiek tot taak om een opinie af te geven omtrent het handelen van de vennootschap, haar bestuurders en haar functionarissen, met betrekking tot het algemeen belang, met – indien aan de orde – een beschrijving in welke opzichten de vennootschap, de bestuurders en/of functionarissen daarin zijn tekortgeschoten⁹⁷⁸. De opinie van de benefit director is een verplicht onderdeel van de jaarlijkse rapportage, waarover hierna meer. De modelwet van Clarke c.s. schrijft niet voor dat de benefit director een managing dan wel een non managing director zou dienen te zijn, maar gezien het toezichthoudende karakter van zijn specifieke taak ligt het voor de hand dat de benefit director een non managing director zal zijn⁹⁷⁹.

Naast de benefit director kan het bestuur een benefit officer benoemen, die de jaarlijkse rapportage voorbereidt. De benefit officer kan daarnaast controlebevoegdheden toegekend krijgen bij de statuten of bij bestuursbesluit⁹⁸⁰.

Individueen kunnen in beginsel niet tegen de vennootschap of haar bestuurders een vordering instellen uit hoofde van onbehoorlijk bestuur of doeloverschrijding, bestaande uit het niet nastreven van het algemeen belang of het niet voldoen aan de wettelijke eisen van de benefit corporation. De benefit corporation is bovendien niet aansprakelijk voor financiële schade indien zij er niet in slaagt om *public benefit* te creëren⁹⁸¹. De nastreving van het algemeen belang door de benefit corporation en de naleving van de specifieke wettelijke voorschriften kunnen slechts aan een rechterlijk oordeel worden onderworpen via een benefit

⁹⁷⁵ §301 sub d van de modelwet.

⁹⁷⁶ Clark c.s., blz. 20.

⁹⁷⁷ §302 van de modelwet.

⁹⁷⁸ §302 sub c van de modelwet.

⁹⁷⁹ Het ligt voor daarom meer voor de hand dat in een two tier board stelsel de taken van de benefit director zullen berusten bij een commissaris dan bij een directeur. In Nederland is een op het eerste gezicht een parallelle tendens te signaleren in het Wetsvoorstel cliëntenrechten zorg (wetsvoorstel 32402), waarvan artikel 40 lid 2 bepaalt dat de statuten van de zorgaanbieder één of meer bestuurders dienen aan te wijzen die in het bijzonder belast zijn met de zorg voor de kwaliteit van de zorg, zoals in de artikelen 5 tot en met 12 van het wetsvoorstel omschreven. Deze bestuurders hebben echter een operationele verantwoordelijkheid, terwijl de benefit director een signalerende functie heeft.

⁹⁸⁰ §304 van de modelwet.

⁹⁸¹ §305 sub a van de modelwet.

enforcement proceeding. Een beperkte groep belanghebbenden is bevoegd een benefit enforcement proceeding te voeren, namelijk: de benefit corporation zelf, een bestuurder, een aandeelhouder, houders van ten minste 5% van de aandelen of certificaten in een rechtspersoon waarvan de benefit corporation een dochtervennootschap is en eventueel de personen die de statuten van de benefit corporation aanwijzen⁹⁸². Deze beperkte groep vertoont een opvallende gelijkenis met de stakeholders bij een Nederlandse vennootschap, die een enqueteprocedure kunnen starten.⁹⁸³

Jaarlijks dient de benefit corporation een annual benefit report uitbrengen⁹⁸⁴. Het annual benefit report dient te beschrijven hoe de vennootschap het algemeen belang heeft nagestreefd en wat zij daarin heeft bereikt, wat haar daarbij heeft gehinderd en de third-party standard die zij voor de rapportage heeft gebruikt. De third-party standard is een erkend, door een onafhankelijke partij ontwikkeld, format voor de rapportage⁹⁸⁵. De modelwet bevat een gedetailleerde definitie waaraan de third-party standard dient te voldoen⁹⁸⁶, maar de wetgever heeft in een aantal staten gekozen voor een eenvoudiger definitie⁹⁸⁷. Het annual benefit report dient aan iedere aandeelhouder te worden gezonden binnen 120 dagen na afloop van het boekjaar. Indien de vennootschap een website heeft, dient het annual benefit report daarop te worden gepubliceerd (met uitzondering van de beloningsgegevens van de bestuurders en gegevens over de vermogenspositie van de vennootschap). Indien de vennootschap geen website heeft, dient een kopie van het meest recente annual benefit report kosteloos verstrekt te worden aan ieder die daarom vraagt⁹⁸⁸. Tenslotte dient een kopie van het annual benefit report te worden gezonden naar (het Amerikaanse equivalent van) het handelsregister⁹⁸⁹. Deze toezending dient louter ter registratie van het annual benefit report en gaat niet gepaard met enige vorm van actief overheidstoezicht op de inhoud.

⁹⁸² §305 sub b van de modelwet.

⁹⁸³ Zie par. 4.8.

⁹⁸⁴ §401 van de modelwet.

⁹⁸⁵ Zie Clarke c.s., blz 24, waar enkele van de meer dan 100 organisaties worden genoemd, die één of meer standards hebben ontwikkeld, die al dan niet tegen betaling beschikbaar zijn voor gebruik door benefit corporations.

⁹⁸⁶ Zie §102 van de modelwet.

⁹⁸⁷ Zie Murray.

⁹⁸⁸ Het niet ontvangen van een kopie, ondanks een verzoek daartoe, kan slechts in rechte aan de orde komen in een benefit enforcement proceeding, een vordering die zoals hiervoor bleek niet door iedere belanghebbende kan worden ingesteld.

⁹⁸⁹ De modelwet gebruikt hier de term 'department' zonder deze te definiëren. Het ligt voor de hand dat het hier de (overheids)instantie betreft, die in de desbetreffende staat het register van rechtspersonen bijhoudt.

5.8.1. Herkenbaarheid

De herkenbaarheid in het maatschappelijk verkeer speelt als zodanig geen rol in de ontwikkeling van de benefit corporation. De rechtsvorm is tot nu toe, voor zover bekend, met betrekking tot geen enkele activiteit in één of meer staten van de Verenigde Staten verplicht gesteld.

5.8.2. Horizontale verantwoording

De benefit corporation kent een vorm van horizontale verantwoording door de openbaarmaking van een annual benefit report. Iedere stakeholder – al dan niet zelf benoemd – kan daar kennis van nemen. Tegelijkertijd heeft niet iedere stakeholder middelen om het handelen van de benefit corporation te beïnvloeden. Een benefit enforcement proceeding kan slechts door een beperkte groep betrokkenen worden ingesteld.

5.8.3. Kapitaaldeelname

Benefit corporations hebben dezelfde toegang tot de kapitaalmarkt als andere vennootschappen. Uitkering van winst is niet onderworpen aan formele beperkingen. De beperking van dividend zal voort kunnen vloeien uit de belangenafweging die het bestuur maakt ten aanzien van alle stakeholders. Clark c.s. verwachten dat benefit corporations aantrekkelijk zijn om in te investeren vanwege het karakter van de investering, de transparante organisatie en de duidelijke verantwoording en verslaggeving⁹⁹⁰.

5.8.4. Relatie met de overheid

De benefit corporation heeft geen andere relatie met de overheid dan andere vennootschappen. Anders dan de Engelse CIC is de benefit corporation niet onderworpen aan specifiek overheidstoezicht. Het annual benefit report wordt door de overheid geregistreerd, maar deze registratie gaat niet gepaard met inhoudelijk toezicht.

5.8.5. Conclusie

De benefit corporation is een flexibele rechtsvorm, die in de Amerikaanse verhoudingen een tegenwicht biedt tegen het primaat van het aandeelhoudersbelang, zoals dat aan het einde van de 20e eeuw dominant is geworden in het Anglo-Amerikaanse vennootschapsrecht. Het bestuur dient niet alleen de belangen van de aandeelhouders, maar ook die van de andere stakeholders van de vennootschap in aanmerking te nemen bij haar beslissingen. Anders dan in Nederland, is deze insteek van de bestuurstaak uitdrukkelijk verbonden aan het dienen van een te formuleren maatschappelijk belang. Daarmee bevat de benefit corporation interessante aspecten voor de vormgeving van de maatschappelijke

⁹⁹⁰ Clark c.s., blz. 28.

onderneming, zoals de wijze van publieke verantwoording, de mogelijkheden tot kapitaaldeelname en de mogelijkheden tot winstuitkering. Uitkering van winst wordt impliciet begrensd door de belangenafweging die het bestuur dient te maken en door het te dienen maatschappelijk belang. Een expliciete wettelijke winstbegrenzing is in de USA tot nu toe kennelijk niet nodig gevonden, anders dan in een aantal rechtsvormen in de Europese context. De benefit corporation sluit in dit opzicht aan bij de recente wijziging van het Nederlandse B.V.-recht, waarin een aantal formele regels van kapitaalbescherming zijn vervallen ten gunste van een algemene verantwoordelijkheid van het bestuur om onderkapitalisatie – leidend tot insolventie – te voorkomen.

5.9 RONDBLIK

De ontwikkelingen die in Nederland hebben geleid tot de behoefte om een wetsvoorstel voor een rechtsvorm ‘maatschappelijke onderneming’ te presenteren, blijken geen gemeengoed. In geen van de onderzochte landen is een tendens gesignaleerd tot wetgeving om te bevorderen dat overheidstoezicht wordt vervangen door toezicht van belanghebbenden. De activiteiten die aan maatschappelijke ondernemingen worden toegedacht, worden verricht door overheidsdiensten of door marktpartijen. Particuliere initiatieven ten behoeve van maatschappelijke belangen zijn veelal door de overheid aan zich getrokken. In de cultuur van veel landen op het Europese vasteland is particulier initiatief gericht op belangenbehartiging bij de overheid, in plaats van op het zelf ontwikkelen van maatschappelijke ondernemingen. Buitenlandse ontwikkelingen zijn ten opzichte van de Nederlandse situatie van een andere orde (de VSO in België, de L3C in de USA), niet aan de orde (Frankrijk) of hebben slechts betrekking op onderdelen (de ONLUS in Italië voor wat betreft herkenbaarheid, de SBB in Zweden en de CIC in het Verenigd Koninkrijk voor wat betreft het aantrekken van privaat kapitaal). Slechts de benefit corporation in de USA kent meerdere parallellen: een – zij het beperkte – vorm van openbare (horizontale) verantwoording, uitdrukkelijke interne controle op het in acht nemen van het maatschappelijk belang, een mogelijkheid om investeerders aan te trekken.

Rijst de vraag wat we van de buitenlandse voorbeelden kunnen leren ten behoeve van de maatschappelijke onderneming in de Nederlandse situatie.

Voor wat betreft het aspect herkenbaarheid kunnen we vaststellen dat dit in de praktijk aan de orde is bij de ONLUS. Daar heeft het ook een nuttige signaalfunctie: giften aan een ONLUS bieden fiscale voordelen, zoals in Nederland de ANBI-status. Maar voor wie een beslissing dient te nemen over het ondergaan van een medische behandeling of het volgen van een opleiding is de juridische status van de betrokken instelling waarschijnlijk geen factor van betekenis.

Ook voor de L3C speelt herkenbaarheid een grote rol, maar daar betreft het uitsluitend de uitstraling, het imago van de rechtsvorm, waarbij het – gezien de geringe verspreiding van L3C's – nog maar de vraag is of deze uitstraling

aanslaat bij het grote publiek. Voor de initiators van de L3C is de herkenbaarheid eveneens een factor van belang, daar zij hopen dat de herkenbaarheid van de rechtsvorm leidt tot facilitering van de rechtspersoon door de federale overheid, hetgeen vervolgens de aantrekkelijkheid voor investeerders zou dienen te bevorderen.

Horizontale verantwoording vindt in geen van de onderzochte rechtsvormen plaats buiten het kader van het bestaande rechtspersonenrecht, zoals dat vergelijkbaar is met het Nederlandse Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek: via leden- of aandeelhoudersvergaderingen⁹⁹¹. De uitzondering is de Amerikaanse benefit corporation, die daarnaast een gereguleerde en gespecificeerde rapportage dient te publiceren. Een orgaan voor de belanghebbendenvertegenwoordiging, zoals in wetsvoorstel 32003 opgenomen, is een novum te noemen. Dat doet de vraag rijzen of de belanghebbendenvertegenwoordiging een zinvol orgaan zou zijn geweest. Bij de voorgestelde vereniging M.O. rees bovendien de vraag hoe de belanghebbendenvertegenwoordiging zich zou verhouden tot de ledenvergadering. Daarnaast waren en zijn er bezwaren, die ook voor de stichting M.O. opgeld doen⁹⁹².

De vraag rijst of een publiekrechtelijke toezichthouder, zoals de Engelse CIC Regulator, geen alternatief zou kunnen zijn voor de belanghebbendenvertegenwoordiging. Op het eerste gezicht lijkt dit het vergelijken van appels met peren, omdat de belanghebbendenvertegenwoordiging van een geheel andere orde lijkt en heel andere bevoegdheden heeft dan een publiekrechtelijk orgaan. Bij nadere beschouwing is hier echter wel degelijk sprake van twee alternatieven, zeker als we het door Balkenende gesignaleerde verschil in rechtscultuur⁹⁹³ in aanmerking nemen. Tegelijkertijd laat de Amerikaanse benefit corporation zien dat de noodzaak van een (actief) publiekrechtelijke toezichthouder niet overal wordt gevoeld, intern toezicht en openbaarmaking van rapportages, met de mogelijkheid voor een meer of minder wijde kring van belanghebbenden om een klokkenluidersrol op zich te nemen, dient zich aan als alternatief.

De belanghebbendenvertegenwoordiging is bedoeld als alternatief voor overheidstoezicht. De achterliggende gedachte is dat de overheid kan terugtreden wanneer er meer toezicht vanuit de samenleving zelf plaatsvindt. De belanghebbendenvertegenwoordiging is het kader waarin dat toezicht vanuit de samenleving zou kunnen worden georganiseerd. De belanghebbendenvertegenwoordiging is derhalve bedoeld als compensatie voor de afname van democratische legitimatie, die kennelijk wordt ervaren indien overheidstoezicht wordt ver-

⁹⁹¹ Buitenlandse equivalenten van ondernemingsraden en cliëntenraden laat ik buiten beschouwing. De bestaande Nederlandse medezeggenschapsregelgeving heeft niet of nauwelijks een rol gespeeld in de vormgeving van het wetsvoorstel.

⁹⁹² Zie par. 3.8.10.

⁹⁹³ Zie Balkenende (1992), blz. 247 e.v.

vangen door 'horizontaal' toezicht.⁹⁹⁴ Dit is wellicht een achterliggende verklaring voor het grote belang dat de initiatiefnemers van het wetsvoorstel hechten aan een belanghebbendenvertegenwoordiging, ondanks de kritische geluiden hierover⁹⁹⁵ en ondanks het matige tot zeer matige functioneren van veel inspraakorganen in de zorg, het onderwijs en de sociale woningbouw.⁹⁹⁶

Het is de vraag of er werkelijk sprake is van een afname van democratische legitimatie, aangezien de overheid uiteindelijk altijd – misschien latent, maar toch – een vorm van toezicht blijft uitoefenen. Waar bestuur en/of toezicht, in welke vorm dan ook, op enig moment falen, wordt immers van de overheid verwacht dat zij ingrijpt met de middelen waarover zij beschikt. Binnen het kader van de rechtstaat is het niet denkbaar dat het maatschappelijk middenveld over middelen zou beschikken, die niet door de overheid gemobiliseerd kunnen worden. Inschakeling van dat maatschappelijk middenveld dient te geschieden uit overwegingen van doelmatigheid – de samenleving is niet 'maakbaar' –, niet omdat maatschappelijke organisaties rechten daarop zouden kunnen doen gelden. Met andere woorden: de soevereiniteit van de staat wordt niet met het maatschappelijk middenveld gedeeld.

Deelname in het kapitaal van de rechtspersoon is geregeld in de Belgische VSO en in de Zweedse SBB, de Engelse CIC en de Amerikaanse benefit corporation. In al deze gevallen behelst de rechtsvorm een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal, niet een gemodificeerde vereniging of stichting.

Het vorenstaande leidt tot de slotsom dat er geen buitenlandse equivalenten zijn van een maatschappelijke onderneming als modaliteit van een vereniging of stichting, maar dat er wel voorbeelden zijn, zoals in de Verenigde Staten van Amerika, het Verenigd Koninkrijk en Zweden, die aantonen dat de maatschappelijke onderneming als modaliteit van de N.V. of B.V. meer voor de hand ligt. Het Engelse voorbeeld blijkt in kwantitatief opzicht succesvol te zijn en derhalve te voorzien in een maatschappelijke behoefte. Het Amerikaanse voorbeeld is recent aan een opmars begonnen⁹⁹⁷ en blijkt derhalve ook in een behoefte te voorzien. Deze voorbeelden worden gekenmerkt door een grote verwantschap met de reguliere kapitaalvennootschapsvormen en een grote flexibiliteit.

⁹⁹⁴ Kamerstukken II 2008/09, 32 003, nr. 3, waar de minister spreekt van een 'nieuwe balans van bevoegdheden'.

⁹⁹⁵ Zie Helder (2007) en zie ook noot 32.

⁹⁹⁶ Ik besef dat deze stelling generaliserend is en dat de praktijk ook voorbeeldige uitzonderingen kent. Kraakman c.s. wijzen erop dat medezeggenschap nergens ter wereld wordt vormgegeven zonder dat daartoe een wettelijke plicht bestaat, hetgeen erop zou wijzen dat vanuit economisch perspectief de kosten (inclusief de zogenaamde maatschappelijke kosten) hoger zijn dan de opbrengsten. Zie Kraakman c.s.

⁹⁹⁷ Het exacte aantal benefit corporations is niet bekend, omdat deze informatie niet in alle Amerikaanse staten eenvoudig toegankelijk is. Er zijn er inmiddels meer dan honderd actief en dat aantal groeit met ten minste één per week (mededeling C.R. Everett, Pepperdine University, Malibu, Californië, per e-mail d.d. 7 november 2012).

Elementen uit het voorgaande, die van belang zijn bij de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming in de Nederlandse context, elementen die derhalve in hoofdstuk 7 aan de orde dienen te komen zijn:

- De mogelijkheid om winst uit te keren. In de hiervoor behandelde buitenlandse voorbeelden die gericht zijn op een vorm van ondernemerschap, blijkt uitkering van winst – in meer of mindere mate geclausuleerd – mogelijk te zijn.
- Maatschappelijk ondernemerschap blijkt steeds gepaard te gaan met een vorm van publieke verantwoording.
- Er zijn tot nu toe geen buitenlandse voorbeelden aan getroffen waarin de vertegenwoordiging van belanghebbenden is geïnstitutionaliseerd in de vorm van een generiek orgaan van de rechtspersoon.

Het is frappant dat deze elementen, die voortkomen uit buitenlandse ontwikkelingen, geheel of nagenoeg geheel overeenkomen met de elementen die in hoofdstuk 4 naar voren kwamen op basis van governance codes.



VI. Twee voorbeelden: TESO versus RSV

De voorgestelde rechtsvorm M.O.(W.) was ontwikkeld met het oog op de zorg, het onderwijs en de sociale woningbouw, maar niet wordt uitgesloten dat de rechtsvorm ook in andere sectoren toepasbaar zal zijn. Daarbij is gedacht aan culturele instellingen en de publieke omroep. Recente ontwikkelingen in de economie doen bijvoorbeeld de vraag rijzen of banken niet als maatschappelijke onderneming vormgegeven kunnen worden⁹⁹⁸.

In 2007 bracht Balkenende in zijn functie van minister-president een werkbezoek aan het eiland Texel. Bij die gelegenheid typeerde hij de veerdienst van het eiland als een mooi voorbeeld van een maatschappelijke onderneming. Een opvallende uitspraak, want de Koninklijke 'N.V. Texels Eigen Stoomboot Onderneming' (TESO) is niet actief in de zorgsector⁹⁹⁹, het onderwijs of de sociale woningbouw. De directie van TESO volgt de ontwikkelingen rond de keuzemogelijkheden voor een rechtsvorm voor een maatschappelijke onderneming met belangstelling¹⁰⁰⁰.

TESO is opgericht in 1907 door bewoners van het eiland Texel uit ontevredenheid over de toenmalige oeververbinding, die werd uitgevoerd door een commerciële rederij uit Alkmaar. Niet alleen de premier beschouwt TESO als een maatschappelijke onderneming, ook TESO zelf kwalificeert zich als zodanig. Voor TESO staan voorop: continuïteit, kwaliteit, veiligheid en betaalbaarheid

⁹⁹⁸ Deze gedachte wordt onder meer gevoed door de recente nationalisatie van SNS Bank N.V. en haar moedermaatschappij SNS Reaal N.V. Deze nationalisatie hield in dat bij besluit van de Minister van Financiën de dato 1 februari 2013 (FM/2013/213M) alle door beide genoemde vennootschappen uitgegeven aandelen en achtergestelde obligaties werden onteigend ten gunste van de Staat der Nederlanden en dat de verplichtingen van genoemde vennootschappen uit hoofde van vijf grote leningen werden ondergebracht in een daartoe opgerichte Stichting Afhandeling Onderhandse Schulden SNS REAAL. De bevoegdheid tot deze nationalisatie ontleende de minister aan de artikelen 1, 2 en 6 van deel 6 van de Wet financieel toezicht (Wft), op grond van een ernstige en onmiddellijke bedreiging van de stabiliteit van het financiële stelsel. Deel 6 is aan de Wft toegevoegd als onderdeel van de Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen (Stb. 2012, 241), ook bekend als de Interventiewet. Indien het maatschappelijk belang een dergelijk ingrijpen door de overheid in een financiële onderneming rechtvaardigt of zelfs vereist, ligt de vraag voor de hand of een zodanige onderneming ook niet op het maatschappelijk belang gericht dient te zijn.

⁹⁹⁹ Een raakvlak met de zorg is er wel: ongeveer honderd keer per jaar maakt de veerboot een nachtelijke overtocht voor uitsluitend een ambulance. Over het algemeen is deze wijze van ziekenvervoer goedkoper, sneller en comfortabeler dan de traumahelikopter.

¹⁰⁰⁰ Mededeling C.H.S. de Waal, algemeen directeur TESO, 6 juni 2009.

van de oeververbinding. Er is geen winstoogmerk. Exploitatieoverschotten worden geïnvesteerd in verbetering van de dienstverlening, zo mogelijk worden de tarieven verlaagd¹⁰⁰¹. Het statutaire doel luidt: *Het doel van de vennootschap is het exploiteren van een bootdienst tussen Texel en Den Helder en, in het algemeen, het verbeteren van de verbindingen van Texel met de vaste wal. De vennootschap kan deelnemen in andere vennootschappen of ondernemingen en directievoeren over vennootschappen of ondernemingen met een soortgelijk of aanverwant doel*¹⁰⁰².

De beschreven historische ontwikkeling in 1907 toont aan dat het werkterrein van een maatschappelijke onderneming en van een klassieke onderneming uitwisselbaar kunnen zijn. De activiteiten van een commerciële exploitant werden integraal voortgezet met een maatschappelijk belang als oogmerk. De oprichting van TESO hield verband met specifieke omstandigheden, die zich op iedere tijd en plaats hadden kunnen voordoen: onvrede over tarieven en over de kwaliteit van de dienstverlening in combinatie met wrevel over het feit dat de winst naar Alkmaar vloeide en niet op het eiland bleef¹⁰⁰³. Zij vloeide niet voort uit bredere maatschappelijke ontwikkelingen in die periode, maar uit ad hoc argumenten en emoties. De oeververbindingen van de andere Nederlandse Waddeneilanden werden destijds eveneens door commerciële rederijen geëxploiteerd en worden dat nog steeds¹⁰⁰⁴. Hieruit blijkt dat het niet zinvol is om sectoren waarin maatschappelijke ondernemingen actief zijn af te bakenen of af te schermen ten opzichte van het werkterrein van klassieke ondernemingen. Bovendien blijkt hier dat een maatschappelijke onderneming kan opereren in een marktomgeving, TESO begon met een concurrerende bootdienst naast de bestaande verbinding. De concurrentie eindigde na ruim twee jaar, toen TESO de Texelse activa van de Alkmaarse rederij kocht en de laatste derhalve haar activiteiten op Texel staakte¹⁰⁰⁵. In de concurrentiestrijd speelden naast zakelijke factoren tot op zekere hoogte ook sentiment en propaganda een rol, maar het is onwaarschijnlijk dat TESO op grond van sentimenten overleefd zou hebben wanneer de prijs/kwaliteit verhouding van haar activiteiten niet concurrerend waren geweest.

TESO is thans¹⁰⁰⁶ een naamloze vennootschap, waarop het structuurregime van toepassing is. De aandelen luiden op naam. Het aandelenbezit per aandeelhouder is in de statuten gemaximeerd. Bij overschrijding van dit maximum kunnen de aan het aandeel verbonden rechten niet worden uitgeoefend, tenzij de raad

¹⁰⁰¹ Per 1 januari 2010 werd het tarief voor voetgangerstarief nog 16,6% verlaagd van 3 euro naar 2,50 per retour.

¹⁰⁰² Artikel 2, statuten TESO.

¹⁰⁰³ Boot, blz. 28.

¹⁰⁰⁴ Ten aanzien van Terschelling is zelfs sprake van twee concurrerende veerdiensten, uitgeoefend door respectievelijk B.V. Rederij G. Doeksen en Zonen, een dochteronderneming van Koninklijke Doeksen B.V. te Rotterdam, en door de in 2006 opgericht EVT B.V.

¹⁰⁰⁵ Boot, blz. 46-47.

¹⁰⁰⁶ De laatste statutenwijziging dateert van 11 mei 2005 en omvatte aanpassingen met het oog op de Code Tabaksblat.

van commissarissen aan de desbetreffende aandeelhouder dispensatie verleent. Wie – anders dan door overdracht, want dat is niet mogelijk – meer dan het toegestane aandelen heeft verkregen, wordt geconfronteerd met een opschorting van het recht op dividend voor zijn surplus aan aandelen. Deze opschorting vervalt indien de aandeelhouder aan de vennootschap verzoekt om een gegadigde voor zijn surplus aan te wijzen en de vennootschap daaraan niet binnen drie maanden voldoet¹⁰⁰⁷. Ongeachte het aantal gehouden aandelen, heeft iedere aandeelhouder één stem¹⁰⁰⁸. Deze statutaire bepalingen zijn onderdeel van een beleid dat er op gericht is te voorkomen dat een controlerend belang over de vennootschap in handen komt van één partij.

Het aandelenkapitaal is verdeeld in aandelen A en aandelen B. De aandelen B hebben een preferent karakter¹⁰⁰⁹: op de aandelen B wordt een primair dividend van ten hoogste 5% van de nominale waarde uitgekeerd. Vervolgens wordt ten hoogste 40% van de resterende winst uitgekeerd aan de houders van aandelen A, met dien verstande dat zij nooit meer ontvangen dan 6% van de nominale waarde van hun aandelen. De dan nog resterende winst dient te worden gebruikt om de tarieven te verlagen of het vervoer te verbeteren¹⁰¹⁰. Dividend wordt niet uitbetaald, althans niet in contanten. Wel krijgen de aandeelhouders jaarlijks een aantal gratis overtochten aangeboden. Aldus wordt enerzijds spreiding van het aandelenbezit bevorderd, anderzijds wordt ontmoedigd dat aandelen in handen komen van personen die geen rechtstreeks belang hebben bij de door TESO onderhouden oeververbinding. Anderzijds wil dat niet zeggen dat ieder die belanghebbende is, in staat gesteld wordt om een aandeel te verwerven. De handel in en mitsdien de verkrijgbaarheid van aandelen TESO is zeer beperkt. De algemene vergadering van aandeelhouders wordt weliswaar gedomineerd door belanghebbenden, maar het staat niet vast dat de samenstelling van de algemene vergadering representatief is voor de belanghebbenden als destijds door de wetgever in het wetsvoorstel bedoeld¹⁰¹¹.

De vennootschap wordt bestuurd door een directie van ten hoogste drie leden onder toezicht van een raad van commissarissen van vijf leden. Met inachtneming van vorenstaande wordt het aantal leden van de directie vastgesteld door de raad van commissarissen. Directeuren worden benoemd en ontslagen door de raad van commissarissen. De algemene vergadering wordt van een voorgenomen

¹⁰⁰⁷ Artikel 8, statuten TESO.

¹⁰⁰⁸ Artikel 26 lid 2, statuten TESO.

¹⁰⁰⁹ Artikel 5 lid 2, statuten TESO, bepaalt dat de aandelen B op voorstel van de raad van commissarissen door de algemene vergadering kunnen worden ingetrokken. De aandelen B worden gehouden door Stichting Aandelenbezit Teso Bootland, waarvan het bestuur een personele unie vormt met de raad van commissarissen van TESO.

¹⁰¹⁰ Artikel 24, statuten TESO.

¹⁰¹¹ TESO heeft ongeveer 3.000 aandeelhouders, terwijl Texel jaarlijks door zo'n 800.000 toeristen wordt bezocht. Het aantal aandeelhouders belooft derhalve minder dan een halve procent van het aantal gebruikers van de veerdienst.

benoeming van een directeur in kennis gesteld. De algemene vergadering wordt gehoord over voorgenomen ontslag van een directeur¹⁰¹².

De commissarissen worden benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders op voordracht van de raad van commissarissen. De raad van commissarissen stelt daartoe een profielschets op. Eén commissaris wordt voorgedragen op aanbeveling van de ondernemingsraad. Indien de raad van commissarissen bezwaar heeft tegen een aanbeveling, dient er overleg plaats te vinden tussen de raad van commissarissen en de ondernemingsraad. Indien dit overleg niet tot overeenstemming leidt, kan de raad van commissarissen aan de Ondernemingskamer het verzoek doen om het bezwaar gegrond te verklaren. Wordt het bezwaar gegrond verklaard, dan kan de ondernemingsraad een nieuwe aanbeveling doen. De algemene vergadering kan een voordracht door de raad van commissarissen slechts afwijzen met een volstreekte meerderheid van stemmen die ten minste een/derde van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigd¹⁰¹³. De zittingsduur van commissarissen is – ingegeven door de Code Tabaksblat – beperkt tot vier perioden van vier jaar¹⁰¹⁴. De beloning van de commissarissen mag niet afhankelijk zijn van het resultaat van de onderneming¹⁰¹⁵.

M.O.(W).

TESO beschouwt zichzelf als maatschappelijke onderneming. Hoewel de naamloze vennootschap als rechtsvorm goed hanteerbaar is in de praktijk, is de directie bereid om na te denken over een rechtsvorm en eventueel een voorstel aan de algemene vergadering van aandeelhouders tot omzetting van de rechtsvorm in overweging te nemen¹⁰¹⁶. Voor de zinvolle ontwikkeling van een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming is het een relevante vraag of TESO de rechtsvorm M.O. of M.O.W. had kunnen aannemen en zo ja, of er zwaarwegende redenen voor TESO zouden zijn geweest om tot omzettingen in een M.O. of M.O.W. te besluiten.

Maatschappelijk belang

TESO onderhoudt de veerdienst tussen Texel en Den Helder. Daarmee is een maatschappelijk belang gediend. De veerdienst vult een hiaat in het Nederlandse wegennet ten behoeve van de bewoners van de gemeente Texel en ten behoeve van enige honderdduizenden toeristen per jaar. Hiermee is de bestaanszekerheid

¹⁰¹² Artikel 17, statuten TESO.

¹⁰¹³ Artikel 12, statuten TESO.

¹⁰¹⁴ Artikel 14, statuten TESO.

¹⁰¹⁵ Artikel 16 lid 3, statuten TESO.

¹⁰¹⁶ In 1993 hebben directie en raad van commissarissen van TESO voorgesteld om de naamloze vennootschap om te zetten in een coöperatie. De in de algemene vergadering van aandeelhouders vereiste 90% van de stemmen werd op enkele stemmen na niet gehaald.

der bevolking en spreiding der welvaart gemoed¹⁰¹⁷ en ook de bewoonbaarheid van het land¹⁰¹⁸. Het zou derhalve in strijd met een grondwettelijke taak zijn, indien de Nederlandse regering werkeloos zou aanzien dat een veerdienst naar een (bewoond) Waddeneiland werd gestaakt. Het maatschappelijk belang is daarmee gegeven. Op de voet van artikel 2:18 BW kan TESO omgezet worden in een stichting of vereniging, die de modaliteit maatschappelijke onderneming kan aannemen. Het voorbeeld van TESO laat echter zien dat een maatschappelijke onderneming prima kan functioneren in de rechtsvorm van een kapitaalvennootschap. De meerwaarde van een andere rechtsvorm zal nog aangetoond dienen te worden.

Vereniging of stichting

In het geval van TESO is denkbaar dat gekozen zou zijn voor de verenigingsvorm, waarbij onmiddellijk de vraag rijst voor wie het lidmaatschap van de vereniging opengesteld zou worden. In welk opzicht onderscheiden de leden zich van de belanghebbenden in de belanghebbendenvertegenwoordiging? Een lid kan tevens belanghebbende zijn en het is daarom onjuist om leden uit te sluiten van een stem in de belanghebbendenvertegenwoordiging. De kans is reëel dat de Ondernemingskamer zal oordelen¹⁰¹⁹ dat de belanghebbendenvertegenwoordiging daarmee onvoldoende representatief zal zijn voor de bij de veerdienst betrokken belanghebbenden¹⁰²⁰. Aan het lidmaatschap van de vereniging mogen stringenter eisen worden gesteld dan het zijn van belanghebbende. De vraag rijst hoe in de praktijk de positie van de ledenvergadering zich zal verhouden tot de positie van de belanghebbendenvertegenwoordiging. Het naast elkaar bestaan van beide gremia is voor de governance van de maatschappelijke onderneming een complicerende factor, waarvan de toegevoegde waarde lastig is te omschrijven. Misschien moeten we onder ogen zien dat die toegevoegde waarde er in de huidige maatschappelijke verhoudingen niet is.

M.O. of M.O.W.

De keuze tussen M.O. en M.O.W. ligt open. TESO heeft niet te maken met publieke middelen, die van privaat geld onderscheiden dienen te blijven¹⁰²¹. Uitgifte van winstbewijzen zal derhalve niet noodzakelijk gepaard gaan met boekhoudkundige complicaties. Het is echter de vraag of de uitgifte van winstbewijzen opportuun is en TESO zou kunnen overwegen dat het uitgangspunt dat er geen winst wordt uitgekeerd dient te prevaleren en dat derhalve de W. van de M.O.W. een verkeerd signaal afgeeft. Bij omzetting van een N.V. in een andere rechtsvorm,

¹⁰¹⁷ Artikel 20 lid 1 van de Grondwet.

¹⁰¹⁸ Artikel 21 van de Grondwet.

¹⁰¹⁹ Artikel 307h lid 5, Wetsvoorstel.

¹⁰²⁰ Artikel 307h lid 1, Wetsvoorstel.

¹⁰²¹ Zoals artikel 307l, Wetsvoorstel, vereist.

niet zijnde een kapitaalvennootschap, dient de procedure van artikel 2:100, Burgerlijk Wetboek, te worden doorlopen, ter bescherming van crediteuren¹⁰²². Deze procedure houdt in dat het voornemen tot kapitaalvermindering gedeponeerd dient te worden bij het handelsregister en gepubliceerd in een landelijk dagblad. Gedurende twee maanden na de publicatiedatum zijn crediteuren in de gelegenheid om bij de rechtbank in verzet te komen tegen de voorgenomen kapitaalvermindering. Dat verzet kan door de rechtbank gehonoreerd worden met de verplichting aan de vennootschap een waarborg te stellen¹⁰²³. Het wetsvoorstel voorzag niet in een vergelijkbare regeling voor de intrekking van winstbewijzen, daarom kunnen winstbewijzen niet met aandelen gelijkgesteld worden. Derhalve zou ook in geval van omzetting in een M.O.W. de procedure van artikel 2:100 gevolgd dienen te worden.

Bovendien kan iedere aandeelhouder die niet met de omzetting heeft ingestemd schadeloosstelling van de rechtspersoon verlangen¹⁰²⁴. De handel in aandelen TESO is uiterst beperkt en de koersvorming wordt door emoties sterk opgedreven¹⁰²⁵. Ondanks dat het besluit tot omzetting genomen zou dienen te worden met 90% van de uitgebrachte stemmen¹⁰²⁶ – die derhalve niet voor schadeloosstelling in aanmerking komen – kan dit leiden tot claims die tezamen een aanzienlijk bedrag vormen.

De omzetting van een N.V. in een M.O.W. gaat derhalve gepaard met dezelfde uitdagingen als de omzetting in een M.O.

Raad van toezicht

De raad van commissarissen van TESO voldoet in veel opzichten reeds aan de kenmerken van de raad van toezicht van een maatschappelijke onderneming. Een reglement en een profielschets zijn aanwezig. Wat dient te veranderen is de

¹⁰²² Zie ook Snijder-Kuipers, blz. 32.

¹⁰²³ Artikel 2:100, lid 4, Burgerlijk Wetboek.

¹⁰²⁴ Zie Snijder-Kuipers, blz. 33, blijkens de parlementaire behandeling betreft dit niet alleen de tegenstemmers, maar ook de afwezigen en de aandeelhouders die zich van stemming hebben onthouden.

¹⁰²⁵ Juist het karakter van maatschappelijke onderneming maakt dat het bezit van aandelen TESO een sterke emotionele waarde vertegenwoordigt voor eilandbewoners en voor anderen die zich sterk bij Texel betrokken voelen. Die emotionele waarde vertaalt zich in een koopprijs die niet in verhouding staat tot de intrinsieke waarde van het aandeel en al helemaal tot de rendementswaarde. Onder omstandigheden lijkt het dus waar te zijn dat mensen bereid zijn om af te zien van rendement indien er een maatschappelijk belang aan hun investering is verbonden, waarbij zij zich betrokken voelen. Een andere benadering is wellicht vruchtbaarder: bij investeringsbeslissingen spelen emoties een rol, waardoor andere overwegingen dan rendementsverwachtingen in financiële zin doorslaggevend kunnen zijn. Die emoties behoeven niet noodzakelijk gebaseerd te zijn op een maatschappelijk belang, het kan ook gaan om statussymbolen, maar statussymbolen hebben nog steeds een maatschappelijk aspect, aangezien status bestaat bij de gratie van een samenleving die die status toekent.

¹⁰²⁶ Artikel 2:18, lid 2 sub a, Burgerlijk Wetboek.

wijze van benoeming: niet meer door de algemene vergadering, maar door de raad zelf¹⁰²⁷. Bindende voordracht van een minderheid van de commissarissen zou zijn toegestaan door de algemene vergadering van winstbewijshouders en door de belanghebbendenvertegenwoordiging. Het wetsvoorstel noemde hier niet de algemene ledenvergadering, hoewel daar misschien wel behoefte aan zou kunnen zijn, afhankelijk van de aspecten waarin de ledenvergadering zich van de andere organen onderscheidt.

Belanghebbendenvertegenwoordiging

TESO zou een belanghebbendenvertegenwoordiging dienen in te stellen. De statuten dienen aan te wijzen wie de belanghebbenden zijn of welke categorieën van belanghebbenden er zijn of wie hun vertegenwoordigers zijn¹⁰²⁸. De lijst met potentiële belanghebbenden is lang en zeer divers, want de veerdienst is van belang van bewoners, ondernemers, toeristen, maar als de kring wijder getrokken wordt ook voor bijvoorbeeld wetenschappers van diverse disciplines, natuurbeschermers, aanbieders van aansluitend vervoer. De belangen van deze groepen lopen niet altijd parallel aan elkaar, niet aan het maatschappelijk belang, niet aan het eigen belang van TESO. TESO heeft een ondernemingsraad, derhalve dienen de statuten ook de relatie tussen de belanghebbendenvertegenwoordiging en de ondernemingsraad te regelen¹⁰²⁹, waarbij het wetsvoorstel toelaat dat de ondernemingsraad onderdeel wordt van de belanghebbendenvertegenwoordiging.

Samenvatting en beschouwing

TESO is een naamloze vennootschap, die activiteiten verricht met een maatschappelijk belang, namelijk de oeververbinding van het eiland Texel. Zij verricht die activiteiten gericht op dat maatschappelijk belang en in dialoog met belanghebbenden. De aandeelhouders nemen onder die belanghebbenden een bijzondere plaats in, maar hun aandeelhoudersbelang is niet van doorslaggevende invloed op het beleid. TESO manifesteert zich derhalve als een maatschappelijke onderneming. Het voorbeeld van TESO laat zien dat een maatschappelijke onderneming goed kan functioneren in de rechtsvorm van een kapitaalvennootschap.

TESO verricht haar activiteiten parallel aan klassieke ondernemingen, die identieke activiteiten verrichten ten behoeve van andere Waddeneilanden. Deze situatie is duurzaam. Daaruit blijkt dat het niet wenselijk is om het werkterrein voor maatschappelijke ondernemingen te beperken tot specifieke sectoren, zoals zorg, onderwijs en sociale huisvesting, een maatschappelijke onderneming kan ook als veerdienst actief zijn en wellicht zijn er meer onverwachte voorbeelden,

¹⁰²⁷ Artikel 307c lid 5, Wetsvoorstel.

¹⁰²⁸ Artikel 2:307h lid 3, Wetsvoorstel.

¹⁰²⁹ Artikel 2:3076 lid 6, Wetsvoorstel.

nu of in de toekomst, van maatschappelijke ondernemingen. Tegelijk blijkt hier dat het evenmin wenselijk of nodig is om de toegang tot bepaalde sectoren aan maatschappelijke ondernemingen voor te behouden. De veerdiensten naar de andere Nederlandse Waddeneilanden worden onderhouden door klassieke ondernemingen, die daartoe een openbaar dienstcontract (ODC) hebben gesloten met de Staat der Nederlanden en de gemeenten op de betrokken eilanden¹⁰³⁰.

TESO wordt niet gefinancierd met publieke middelen. De landelijke, regionale en lokale overheden zijn geen van allen aandeelhouder. De overheid houdt dan ook geen toezicht op en heeft ook geen formele invloed op het door TESO te voeren beleid. Uiteraard is TESO wel onderworpen aan het publiekrechtelijke toezicht dat wordt uitgeoefend op de naleving van bijvoorbeeld veiligheidsvoorschriften. De relatie tussen een maatschappelijke onderneming en de overheid kan kennelijk geheel worden geregeld op contractuele basis. Dat laatste toont nogmaals aan dat een maatschappelijke onderneming kan opereren in een markt. De overheid kan immers de beoogde contracten ook aangaan met een partij die op commerciële basis de gevraagde prestaties gaat leveren.

De rechtsvorm van TESO maakt haar niet herkenbaar als maatschappelijke onderneming. De volledige naam van de vennootschap met daarin de woorden 'Texels Eigen' kunnen duiden in de richting van een maatschappelijke onderneming, maar dat is onvoldoende om als maatschappelijke onderneming herkenbaar te zijn. Dat laatste blijkt mede uit de oprichting van de 'Eigen Veerdienst Terschelling', die sinds 2008 een tweede oeververbinding tussen Harlingen en Terschelling onderhoudt. Hoewel de naam kan suggereren dat Eigen Veerdienst Terschelling een maatschappelijke onderneming wil zijn, is het een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (EVT B.V.), waarvan voor zover bekend alle geplaatste aandelen tot nu toe in handen zijn van de drie initiatiefnemers, die ieder daarnaast een eigen onderneming uitoefenen op het gebied van scheepvaart of fietsenverhuur. EVT B.V. is te karakteriseren als een commerciële joint venture. De handelsnaam van de vennootschap lijkt een voorbeeld van het door Lambooy gesignaleerde 'greenwashing'. De manifestatie van dit laatste draagt bij aan de behoefte aan een herkenbare rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming.

¹⁰³⁰ Zie de Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag 25 juli 2011, LJN BR2899. Het ODC houdt enerzijds de verplichting in om het gehele jaar een veerdienst te onderhouden en anderzijds het recht om met voorrang gebruik te maken van de aanwezige walinfrastructuur. Gebruik van de walinfrastructuur door andere gebruikers is daardoor niet of slechts in beperkte mate mogelijk. Dat laatste ondervindt blijkens de hiervoor genoemde uitspraak de 'Eigen Veerdienst Terschelling'.

Het andere voorbeeld: een maatschappelijke onderneming 'avant la lettre' tegen wil en dank. De recente geschiedenis kent voor wat betreft overheidsinvloed ook een voorbeeld van het tegendeel: een onderneming, tot stand gekomen met het oog op een maatschappelijk belang, die zich niet in de markt wist staande te houden.

Op 4 maart 1966 werd Rijn-Schelde Machinefabrieken en Scheepswerven N.V. te Rotterdam opgericht als holding voor onder meer:

- Rotterdamse Droogdok Maatschappij N.V. te Rotterdam,
- N.V. Machinefabriek en Scheepswerf van P. Smit jr te Rotterdam,
- Koninklijke Maatschappij De Schelde N.V. te Vlissingen en
- N.V. Motorenfabriek Thomassen te De Steeg.

In 1968 werd zij ook de moedermaatschappij van N.V. Machinefabriek Breda v/h Backer & Rueb te Breda en van N.V. Dok en Werf Maatschappij Wilton-Feijenoord te Schiedam.

In 1971 werd de naam gewijzigd in Rijn-Schelde-Verolme Machinefabrieken en Scheepswerven N.V. (RSV) in verband met een aandelenfusie met Verolme Verenigde Scheepswerven N.V. te Heusden¹⁰³¹, een holdingvennootschap van diverse binnenlandse en buitenlandse werkmaatschappijen, die tot dan toe werd beheerst door één directeur-grotaandeelhouder, de heer Cornelis Verolme.

Het hoofdkantoor van RSV werd gevestigd te Den Haag, hetgeen het belang van de relatie met rijksoverheid accentueert. Voor een klassieke onderneming met een maritieme oriëntatie zou Amsterdam of Rotterdam meer voor hand hebben gelegen als vestigingsplaats.

In 1983 vroeg RSV surseance van betaling aan. Dit werd de aanleiding voor de eerste parlementaire enquête sinds 1946, aangezien RSV in de loop der jaren forse overheidssteun had ontvangen. De Staat der Nederlanden was in 1983 voor 42% aandeelhouder¹⁰³² van RSV en daarnaast schuldeiser voor 900 miljoen gulden. De aandelen waren door de Staat verkregen als voorwaarde van achterenvolgende steunverleningen.

Uit het onderzoek door de parlementaire enquêtecommissie (onder leiding van C.P. van Dijk) kwam naar voren dat de fusie in 1971 door de toenmalige Minister van Economische Zaken was afgedwongen, ondanks dat een daartoe ingestelde onderzoekscommissie rapporteerde geen reële mogelijkheden voor een fusie te zien, aangezien Verolme er niet voor voelde en Rijn-Schelde geen reële mogelijkheden bood voor integratie¹⁰³³. Rijn-Schelde was zelf slechts enkele jaren eerder

¹⁰³¹ De rechtsvorm B.V. bestond indertijd niet in het Nederlandse recht, dit verklaart waarom alle genoemde vennootschappen de rechtsvorm N.V. hadden.

¹⁰³² Harren & Van den Bos, blz. 246

¹⁰³³ Harren & Van den Bos, blz. 36-37.

ontstaan uit een fusie, waarvan de integratie bepaald nog niet was voltooid. Desondanks meende het kabinet dat een fusie met Rijn-Schelde een alternatief was voor verdere steunverlening aan Verolme¹⁰³⁴.

Het resultaat was een concern dat niet tot sanering van eigen organisatie kwam¹⁰³⁵ en een reeks ongelukkige investeringsbeslissingen nam – mede onder invloed van politieke en ambtelijke druk¹⁰³⁶ – en daardoor financieel volledig van de overheid afhankelijk werd¹⁰³⁷. De directeur-generaal van Economische Zaken was als waarnemer namens de regering betrokken bij RSV. In die hoedanigheid had hij de bevoegdheid om bepaalde besluiten van de raad van commissarissen te schorsen en aan de minister voor te leggen, die daarover een veto kon uitspreken¹⁰³⁸. Veel beslissingen werden bij RSV echter genomen op het niveau van de werkmaatschappijen, zodat de raad van bestuur daar weinig of geen invloed op had, de raad van commissarissen nog minder en de regeringswaarnemer al helemaal niet. Bovendien kon de regeringswaarnemer geen initiatieven nemen, zodat hij in een spagaat verkeerde van enerzijds een (te) grote betrokkenheid maar toch niet ‘op de stoel van de ondernemer gaan zitten’ en anderzijds – in relatie tot die betrokkenheid, waarop men vroeg of laat een keer wordt afgerekend – toch (te) weinig invloed op het ondernemingsbeleid. De overheid had zichzelf in een onmogelijke positie gemanoeuvreerd. Steunverlening aan een individueel bedrijf bleek een inefficiënte en zelfs ineffectieve manier om een algemeen belang na te streven.

Vanuit het perspectief van de overheid kan RSV beschouwd worden als een maatschappelijke onderneming *avant la lettre*. De creatie van RSV, door middel van de fusie tussen Rijn-Schelde en Verolme in 1971, werd door de overheid afgedwongen en het was de overheid die de onderneming in stand hield¹⁰³⁹, met een maatschappelijk doel: het behoud van werkgelegenheid en de bijbehorende

¹⁰³⁴ Harren & Van de Bos, blz. 51. Verolme had op dat moment een behoorlijke orderportefeuille, maar gebrek aan liquiditeit. Kort na de fusie bleek dat Rijn-Schelde aanzienlijke verliezen camoufleerde door deze af te boeken op stille reserves. Tijdens de verhoren door de parlementaire commissie bleek dat dit reeds eerder bekend was bij de directeur-generaal van het Ministerie van Economische Zaken en dat deze de minister daarover had geïnformeerd blijkens een notitie waarop de minister aantekeningen had gemaakt. Deze herinnerde zich dat niet tijdens de verhoren in 1984 en betwijfelde ook of het relevant was (Harren & Van den Bos, blz. 47).

¹⁰³⁵ Zie Harren & Van den Bos, blz. 71 en blz. 157.

¹⁰³⁶ Zie o.a. Harren & Van de Bos, blz. 165.

¹⁰³⁷ Zie Harren & Van den Bos, blz. 207.

¹⁰³⁸ Harren & Van den Bos, blz. 227-228.

¹⁰³⁹ Volgens mededeling van CFO – later CEO – J. van Rijn heeft RSV nooit vennootschapsbelasting betaald (zie Harren & Van den Bos, blz. 254). Als er al belastbare winst is gemaakt, kon die kennelijk worden verrekend met compensabele verliezen. De winsten die er werden gemaakt waren naar verluid voor 90% afkomstig van de Verolmebedrijven (Zie Harren en Van den Bos, blz. 94).

expertise in de Nederlandse scheepsbouw, alsmede het voorkomen van sociale onrust. Het tot stand brengen van de fusie werd mede ingegeven door het argument dat een door het algemeen belang ingegeven doelstelling niet in handen van één directeur-grootaandeelhouder, zoals de heer Verolme, kon worden gelaten, een gedachte analoog aan de huidige inzichten omtrent de maatschappelijke onderneming¹⁰⁴⁰.

De surseance in 1983 had tot doel het RSV-concern te ontvlechten. Dit leidde tot het faillissement van enkele werkmaatschappijen, maar de verreweg meeste ondernemingen uit het concern gingen een succesvolle nieuwe bestaansfase in, zelfstandig of onder een andere moedermaatschappij. De gevreesde totale teloorgang van de scheepsbouw in Nederland bleef uit¹⁰⁴¹. Aangepast aan de nieuwe omstandigheden op de wereldmarkt, bleek de Nederlandse scheepsbouw onder marktconforme voorwaarden een nieuwe positie te kunnen innemen op diezelfde wereldmarkt.

De aandeelhouders hebben als zodanig nauwelijks invloed gehad op het beleid van RSV¹⁰⁴², waaruit de conclusie getrokken kan worden dat een andere rechtsvorm – bijvoorbeeld de M.O.W. uit het Wetsvoorstel – niet tot een ander verloop van de geschiedenis geleid zou hebben. Het adagium ‘wie betaalt, die bepaalt’ – in het geval van RSV was dat de rijksoverheid – laat zich gelden onafhankelijk van de rechtsvorm.

Conclusie

Hiervoor zijn twee voorbeelden behandeld van ondernemingen die werden opgericht met het oog op een algemeen belang. In het geval van TESO door particulier initiatief, bij RSV door de overheid gestuurd. TESO is tot op de dag van vandaag succesvol door marktconform te opereren, dat wil zeggen dat de veerdienst Den Helder-Texel weliswaar wordt onderhouden zonder winst oogmerk, maar in het besef (1^e) dat zolang de exploitatie zelf voldoende financiële resultaten oplevert, niet op andere wijze in de financiering behoeft te worden voorzien en (2^e) dat zij haar bestaansrecht verliest wanneer een concurrent hetzelfde niveau van dienstverlening voor een lagere prijs zou kunnen aanbieden. Een gezonde lange termijn visie blijkt op korte termijn profijt op te leveren.

Bij RSV daarentegen werd een en andermaal als onvermijdelijk aangenomen en geaccepteerd dat grote orders zwaar verliesgevend zouden zijn, maar dat er

¹⁰⁴⁰ Zie paragraaf 3.7.4.

¹⁰⁴¹ Harren & Van den Bos, blz. 246.

¹⁰⁴² RSV was een structuurvennootschap, waarbij naar de destijds geldende wettelijke regeling de raad van commissarissen zowel de bestuurders als de commissarissen (door coöptatie) benoemde. De zeggenschap van de algemene vergadering van aandeelhouders was zeer beperkt.

desondanks doorslaggevende overwegingen waren om die orders te aanvaarden, waarbij overheidssubsidie de enige mogelijkheid was om de verliezen te financieren. Aldus geschiedde. Met de kennis van nu kunnen we vaststellen dat politieke overwegingen hebben aangezet tot kostbare en weinig effectieve keuzes. In het geval van RSV werd de waan van de dag niet beheerst door aandeelhouders die slechts oog hadden voor korte termijn winst (shareholder value). Integendeel, onder politieke invloed werden keuzes gemaakt die een op winstmaximalisatie gerichte aandeelhouder nooit zou hebben goedgekeurd. Voor de korte termijn werden grote verliezen geaccepteerd, met weliswaar enige kans maar zonder het reële perspectief, dat die verliezen zouden worden gecompenseerd door rendement op langere termijn. Het ontbreken van marktprikkels voor de onderneming leidde tot het niet ontvangen van marktinformatie voor de ondernemingsleiding¹⁰⁴³. Marktprijzen komen mede tot stand onder invloed van kosten en efficiency van het productieproces. Het ontbreken van marktprikkels kan er derhalve toe leiden dat een onderneming niet efficiënt werkt en ook het zicht of efficiency verliest.

Bedreigend voor het maatschappelijk belang is dan ook niet zozeer het winststreven van aandeelhouders op zichzelf, als wel een waan van de dag die het beleid al te zeer focust op één aspect. Het is die waan van de dag, die shareholder value heeft beschouwd als de enige bestaansreden voor ondernemingen¹⁰⁴⁴. Het is een overreactie vanuit diezelfde waan van de dag om winstuitkering en/of winststreven te verbieden. We zien hier twee kanten van dezelfde medaille, want als het aandeelhoudersbelang allesoverheersend wordt in een winstuitkerende organisatie, is er inderdaad een reden om de mogelijkheid tot winstuitkering aan banden te leggen. Wanneer daarentegen het aandeelhoudersbelang niet losgemaakt wordt van het maatschappelijk belang, is een verbod op winstuitkering disproportioneel en ondoelmatig.

Het actuele belang van deze conclusie manifesteert zich in het feit dat de Staat der Nederlanden thans enig aandeelhouder is van twee 'systeembanken', namelijk ABN AMRO en SNS Bank. Deze banken opereren in een marktomgeving en zij dienen daarom onderworpen te blijven aan marktprikkels. De bemoeienis van de overheid dient derhalve de marktwerking niet te frustreren. Het is daarentegen nuttig wanneer de wetgever randvoorwaarden schept die een eenzijdige focus op shareholder value voorkomen.

¹⁰⁴³ Zie Sijmons (2006), verwijzend naar F. Hayek (London School of Economics / Chicago).

¹⁰⁴⁴ Zie Herrigel, blz. 8, dominantie van shareholder value is meer tijdgebonden (eind 20e eeuw) dan cultuurgebonden (Angelsaksisch).



VII. Bouwstenen voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming

7.1 INLEIDING

De rechtsvorm maatschappelijke onderneming is in een wetsvoorstel gepresenteerd. Achtergrond van dit wetsvoorstel was de intentie om het maatschappelijk middenveld te faciliteren om zichzelf te organiseren. Het wetsvoorstel beoogde knelpunten op te lossen. Wanneer wij de door verschillende partijen genoemde knelpunten inventariseren¹⁰⁴⁵, betreft het:

- De herkenbaarheid als maatschappelijke onderneming ten opzichte van publieke instellingen enerzijds en commerciële ondernemingen anderzijds. In het verlengde daarvan rijst de vraag of en, zo ja, in welk opzicht de taak van het bestuur van een maatschappelijke onderneming zich fundamenteel onderscheidt van de taak van het bestuur van andere rechtspersonen.
- De positie en invloed van belanghebbenden en wie daartoe worden gerekend.
- De mogelijkheid c.q. de beperking om winst uit te keren aan investeerders.
- De relatie van de maatschappelijke onderneming tot de Staat.
- Doel en de inrichting van het toezicht op de maatschappelijke onderneming.
- Het toezicht op en de regelgeving in relatie tot maatschappelijke ondernemingen die sectoroverschrijdend actief zijn of sectoroverschrijdende samenwerkingsverbanden aangaan.

In het voorgaande is het onderwerp van het wetsvoorstel – de maatschappelijke onderneming – geanalyseerd vanuit meerdere invalshoeken. De anatomie van de rechtspersoon is ontleed, de inhoud van governance codes is onderzocht, buitenlandse ontwikkelingen zijn gesignaleerd.

De bevindingen van de voorgaande hoofdstukken kunnen we als volgt recapituleren.

¹⁰⁴⁵ Zie par. 2.8. en 2.11

In hoofdstuk 2 is de maatschappelijke discussie rond het wetsvoorstel 32003 gereconstrueerd. Deze maatschappelijke discussie kreeg vorm in de literatuur en in een consultatieronde op basis van een voorontwerp. Het wetsvoorstel wordt bekritiseerd en daarmee eindigt de discussie, omdat het wetsvoorstel zonder motivering wordt ingetrokken. De wetgever heeft daarmee het debat afgekapt, niet afgerond.

In hoofdstuk 3 bleek dat de anatomie van de maatschappelijke onderneming in principe dezelfde elementen kent als klassieke onderneming. Kenmerkend voor de maatschappelijke onderneming zijn evenwel de gerichtheid van de doelstelling op een maatschappelijk belang en de aanwezigheid van een toezichthoudend orgaan. De principaal agent theorie stelt daarbij in staat om het kardinale knelpunt te benoemen, namelijk dat het maatschappelijk belang de (onpersoonlijke) principaal is en iedere actor een agent.

De medezeggenschap is in Nederland hoog ontwikkeld en de behoefte aan een aanvullende regeling ten behoeve van de maatschappelijke onderneming is niet gebleken. Een vermogensklem voor het geval de maatschappelijke onderneming zich omzet in een andere rechtsvorm is wenselijk, analoog aan de wettelijke regeling voor de omzetting van een stichting.

In hoofdstuk 4 bleek dat er een grote mate van overeenstemming bestaat tussen de inhoud van de diverse governance codes. Er is met andere woorden een grote mate van consensus in de opvattingen over noodzakelijk, wenselijk en toelaatbaar gedrag van bestuurder (en toezichthouders) van ondernemingen en instellingen. Ontsporingen berusten zelden op incompetentie en meestal op perverteringpatronen in het gedrag van bestuurders. Transparantie en publieke verantwoording zijn de aangewezen middelen om die pervertering tegen te gaan. De dialoog met belanghebbenden is van belang, maar dient niet geïnstitutionaliseerd te worden. Tenslotte is uitkering van winst aan investeerders niet a fortiori in strijd met het wezen van de maatschappelijke onderneming.

De in hoofdstuk 5 onderzochte buitenlandse rechtsvormen ten behoeve van maatschappelijk ondernemerschap bleken – in weerwil van het beeld dat daarover soms in Nederland bestaat – geen van allen te berusten op zuivere parallelle ontwikkelingen ten opzichte van de maatschappelijke onderneming. Uitkering van winst bleek bij een aantal buitenlandse voorbeelden mogelijk te zijn. Maatschappelijk ondernemerschap blijkt altijd gepaard te gaan met een vorm van publieke verantwoording. Tenslotte bleek de dialoog met belanghebbenden in geen van de gevonden voorbeelden vormgegeven te worden door een daar speciaal voor bedoeld orgaan van de rechtspersoon. De bevindingen van hoofdstuk 5 lopen opvallend synchroon aan die van hoofdstuk 4.

In hoofdstuk 6 wordt een succesvol voorbeeld van een maatschappelijke onderneming besproken, namelijk N.V. Texels Eigen Stoomboot Onderneming (TESO). TESO neemt met een maatschappelijk doel deel aan het economisch verkeer en laat daarbij zien dat een rendabele en marktconforme exploitatie niet

ten koste hoeft te gaan van het maatschappelijk belang. Daarnaast wordt een historisch voorbeeld besproken – Rijn-Schelde-Verolme Machinefabrieken en Scheepswerven N.V. (RSV) – waarin de focus op het maatschappelijk belang gepaard bleek te gaan met het frustreren van marktprikkels, waardoor het ondernemingsconcept niet levensvatbaar bleek te zijn.

In dit hoofdstuk worden de knelpunten achtereenvolgens behandeld op basis van de inzichten die de voorgaande hoofdstukken hebben opgeleverd. Daarbij wordt aan de hand van het toetsingskader gekeken of het wetsvoorstel effectief zou zijn geweest ten aanzien van het betreffende knelpunt. De beoordeling vindt plaats vanuit het knelpunt. Daarbij is het niet zinvol om alle criteria uit de toetsingskaders uitputtend te behandelen. Daarnaast wordt aan de hand van conclusies uit de voorgaande hoofdstukken beoordeeld of en in hoeverre het desbetreffende knelpunt op gelost dient te worden. Tenslotte zullen de verkregen inzichten worden gebruikt om de contouren te schetsen van een rechtsvorm, die op basis van de bevindingen ten aanzien van de knelpunten, kan voorzien in een maatschappelijke behoefte.

7.2 HERKENBAARHEID

De herkenbaarheid als maatschappelijke onderneming kan benaderd worden vanuit twee perspectieven: dat van de overheid en dat van de maatschappelijke onderneming zelf.

7.2.1. Herkenbaarheid vanuit het perspectief van de maatschappelijke onderneming. Wijffels c.s. menen dat er zowel bij afnemers van diensten als bij toeleveranciers behoefte is aan herkenbaarheid van maatschappelijke ondernemingen. Niet wordt duidelijk welk belang van afnemers of leveranciers daarmee gebaat zou zijn. De minister stelde¹⁰⁴⁶ dat de herkenbaarheid van de rechtsvorm M.O. aanduidt dat de rechtspersoon een raad van toezicht heeft, alsmede een belanghebbendenvertegenwoordiging, dat winstuitkeringen aan beperkingen onderworpen zijn en dat toepassing van het enquêterecht mogelijk is¹⁰⁴⁷. De Raad van State stelt daarentegen vast dat de diversiteit aan potentiële maatschappelijke ondernemingen te groot is om herkenbaarheid te kunnen ontleen aan de rechtsvorm. Herkenbaarheid als maatschappelijke onderneming heeft twee aspecten. Het onderscheidende kenmerk¹⁰⁴⁸ dient constitutief te zijn (zonder dit kenmerk geen maatschappelijke onderneming) en imperatief (met dit kenmerk is het niet mogelijk om iets anders te zijn dan een maatschappelijke onderneming). Het is onder het huidige recht mogelijk dat een organisatie voldoet aan de door de minister genoemde combinatie van kenmerken: er is een raad van toezicht, er is

¹⁰⁴⁶ Zie paragraaf 2.12.

¹⁰⁴⁷ RvS/NR, blz. 10.

¹⁰⁴⁸ Dit kan ook een specifieke combinatie van kenmerken zijn.

een belanghebbendenvertegenwoordiging, winstuitkeringen zijn aan beperkingen onderworpen¹⁰⁴⁹ en toepassing van het enquêterecht is mogelijk, zonder dat deze rechtspersoon zichzelf als maatschappelijke onderneming wil profileren. Andersom is heel wel denkbaar dat een organisatie die één van deze kenmerken mist, zichzelf beschouwt als maatschappelijke onderneming en ook als zodanig door haar omgeving wordt geaccepteerd en bejegend. De door de minister beoogde herkenbaarheid is niet hetzelfde als een specifieke rechtsvorm. Deze herkenbaarheid behoeft derhalve niet noodzakelijk uit de rechtsvorm te blijken. Daarom is niet duidelijk hoe de ordening van de samenleving ermee wordt gediend. In zoverre was het wetsvoorstel derhalve ondoelmatig.

De onderneming zelf kan een publicitair belang hebben bij het imago van de maatschappelijke onderneming. Dit publicitaire belang kan gekarakteriseerd worden als een commercieel belang, want de hoedanigheid van maatschappelijke onderneming kan in sterke mate bijdragen aan een uitstraling die door consumenten en investeerders als positief wordt ervaren¹⁰⁵⁰. De continuïteit van de maatschappelijke onderneming is daarmee gebaat. Tegelijkertijd leidt het genoemde commerciële belang tot de in hoofdstuk 6 aangewezen ‘greenwashing’, het verschijnsel dat organisaties zich als maatschappelijke onderneming proberen te profileren, terwijl ondertussen het aandeelhoudersbelang prevaleert boven iedere gerichtheid op een maatschappelijk belang. Dat neemt niet weg dat een integere maatschappelijke onderneming een gerechtvaardigd belang heeft om in het maatschappelijk verkeer als zodanig herkend te worden. De rechtsvorm biedt oriëntatie aan de markt waarin de maatschappelijke onderneming acteert. Het bestaansrecht van een maatschappelijke onderneming berust op de voorziening in een behoefte aan een product of dienst in een marktomgeving. De economische theorie gaat er van uit dat niemand – op de langere termijn – bereid is om meer te betalen voor een product van een maatschappelijke onderneming, indien een identiek product voor een lagere prijs geleverd kan worden door een klassieke onderneming. Indien voor een product van een maatschappelijke onderneming meer wordt betaald, dan heeft dat product een meerwaarde voor de afnemer. Die meerwaarde kan gelegen zijn in het product zelf of in de herkomst, zoals bijvoorbeeld dat het niet vervaardigd is met inzet van kinderarbeid. De waarde van een product wordt derhalve niet uitsluitend bepaald door de gebruikseigenschappen. Behalve uit het genoemde voorbeeld van kinderarbeid, blijkt dit ook uit het bestaan van merknamen. Bij allerlei producten (auto’s, kle-

¹⁰⁴⁹ Dit kan door de onderneming te financieren via winstdelende (achtergestelde) leningen.

¹⁰⁵⁰ Zie de aan Harvard ontwikkelde theorie, zoals onder meer beschreven door Kaplan. Op basis van deze theorie blijkt dat een onderneming om succesvol te zijn achtereenvolgens (1e) scherp dient te zijn op kosten en efficiency, (2e) een product of dienst dient te bieden die aansluit bij de wensen van haar cliënten, (3e) leverancier van eerste voorkeur dient te zijn voor haar cliënten en (4e) status dient te verlenen aan haar cliënten. Voor elke volgende stap wordt het imago van de organisatie belangrijker. De verdere uitwerking hiervan valt buiten het kader van deze studie.

ding, geluidsapparatuur, wasmiddelen, enzovoort) blijkt de consument bereid om meer te betalen voor een 'goed' merk. Een merk heeft een imago, een uitstraling. Zo is het voorstelbaar dat ook de rechtsvorm 'M.O.' in het maatschappelijk leven als een merknaam zou kunnen gaan functioneren. De tijdgeest zal mede bepalen of het imago van die merknaam positief of negatief is. De geschiedenis kent periodes waarin ondernemerschap positief wordt gewaardeerd en het persoonlijk maken van winst wordt gezien als creatie van welvaart voor velen, er zijn daartegenover periodes waarin juist wordt benadrukt dat hoge persoonlijke inkomens middelen onttrekken aan de gemeenschap. De tijdgeest kan meebrengen dat de aanduiding M.O. gaat dienen als uiting van non-conformisme. Uitingen van non-conformisme gaan per definitie aan hun succes ten onder, zij evolueren dan immers tot een nieuwe norm. In andere perioden kan de aanduiding M.O. juist een uiting zijn van de tijdgeest. Of dat laatste het geval is, is pas achteraf te beoordelen, want wie trouwt met de tijdgeest, wordt jong weduwe¹⁰⁵¹. Een aparte rechtsvorm of modaliteit voor de maatschappelijke onderneming kan een bepaald imago ontwikkelen, dat mede onder invloed van de tijdgeest als positief of negatief wordt ervaren. Men kan zich voorstellen dat er in een bepaalde maatschappelijke context behoefte kan zijn aan een rechtsvorm die uiting geeft aan de gerichtheid op een maatschappelijk belang. Het betrekkelijke succes van de Engelse CIC¹⁰⁵² toont dit aan.

Deze behoefte, vanuit de praktijk van maatschappelijke ondernemingen, is voldoende aanleiding voor rechtspersonenrechtelijke wetgeving. Ten eerste wordt daarmee recht gedaan aan de maatschappelijke betekenis van maatschappelijke ondernemingen. Daarnaast wordt met de ontwikkeling van een eigen modaliteit in het rechtspersonenrecht een randvoorwaarde vervuld die het vergemakkelijkt om sectorspecifieke regelgeving te vereenvoudigen¹⁰⁵³.

Maar de praktijk laat zien, dat ondernemingen zich aanpassen aan veranderingen in hun omgeving. Ondernemingen verschillen daarin niet van andere organisaties en ook maatschappelijke ondernemingen onderscheiden zich daarin niet. Ondernemingen die falen op dit punt, gaan ten onder. Ook een maatschappelijke onderneming houdt geen stand, wanneer zij niet een resultaat oplevert dat wordt gewenst door iemand die bereid en in staat is daarvoor te betalen. In het licht van het vorenstaande betekent dit dat een maatschappelijke onderneming niet opgesloten dient te worden in haar herkenbaarheid. In de loop van

¹⁰⁵¹ Vaak geciteerde uitspraak, onder meer door H. Mudde in een referaat op een symposium te Amersfoort op 9 februari 2007 en door A. Bodar in de Volkskrant van 24 februari 2011. De uitspraak wordt toegeschreven aan H. Berkhof.

¹⁰⁵² Zie par. 5.6.

¹⁰⁵³ Ik deel derhalve vooralsnog niet de verwachting van Houwen, dat een afzonderlijke rechtsvorm de uitbouw van sectorspecifieke regels juist zal bevorderen, Zie Houwen (2011), blz. 27.

de tijd kan een maatschappelijke onderneming belanden in een context, waarin het maatschappelijk belang er juist mee gediend is dat dit niet wordt geëtaleerd, bijvoorbeeld omdat dit als arrogant zou worden ervaren. Daarmee is gezegd dat de maatschappelijke onderneming de vrijheid dient te hebben om wel of niet van een herkenbare rechtsvorm of modaliteit gebruik te maken en dat zij de vrijheid dient te houden om van rechtsvorm te veranderen.

7.2.2. Herkenbaarheid vanuit het perspectief van de overheid.

Herkenbaarheid kan van belang zijn voor de overheid zelf, wanneer zij aan maatschappelijke ondernemingen exclusief bepaalde faciliteiten zou willen toekennen, zoals belastingvrijstellingen of tegemoetkomingen. Een afzonderlijke rechtsvorm of een modaliteit is daarvoor echter niet noodzakelijk. Ondernemingen kunnen individueel worden getoetst en gecertificeerd, zoals dat reeds gebeurt met algemeen nut beogende instellingen (ANBI's)¹⁰⁵⁴. Een gecentraliseerde afdeling van de belastingdienst toetst of een rechtspersoon als ANBI kan worden toegelaten. Toelating houdt in dat de rechtspersoon op een lijst wordt geplaatst. Die lijst is openbaar en door raadpleging kan een ieder nagaan of een rechtspersoon de ANBI-status heeft. Dit is van belang voor ieder die een gift wil doen, aangezien de ANBI-status een criterium is voor de fiscale aftrekbaarheid. Met betrekking tot ANBI's is er niet de behoefte om een speciale rechtsvorm of modaliteit in het leven te roepen. Een vereniging of stichting kan ook aan alle statutaire eisen voldoen om voor de ANBI-status te kwalificeren, zonder als ANBI te zijn aangemerkt. Hetzij omdat de rechtspersoon niet voldoet aan één of meer andere criteria voor de ANBI-status, hetzij omdat de rechtspersoon de ANBI-status om haar moverende redenen niet aanvraagt. Een rechtspersoon heeft derhalve de keuze of zij aan de criteria voor de ANBI-status wil voldoen en, indien zij daaraan voldoet, heeft zij de keuze of zij van de faciliteiten van die status daadwerkelijk gebruik wil maken. De ANBI-status is niet expliciet voorbehouden aan een bepaalde rechtsvorm.

We kunnen concluderen dat herkenbaarheid van maatschappelijke ondernemingen voor de overheid geen argument is voor een afzonderlijke rechtsvorm of modaliteit. Daarvoor zijn doelmatiger middelen beschikbaar.

7.3 BESTUUR

Iedere rechtspersoon dient te worden bestuurd. De bestuurstaak omvat alles wat nodig is om de rechtspersoon te laten deelnemen aan het rechtsverkeer, zoals het beschikken over het vermogen van de rechtspersoon en het bepalen van de activiteiten¹⁰⁵⁵. Het besturen is zowel het recht als de plicht van het bestuursorgaan¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵⁴ Zie ook par. 3.12.2.

¹⁰⁵⁵ Zie par. 3.6.

¹⁰⁵⁶ Artikel 2:9 Burgerlijk Wetboek, zie ook Glasz/Beckman, blz. 54

De Code ‘Tabaksblat’ rekt tot het besturen in ieder geval de verantwoordelijkheid voor het realiseren van de doelstellingen van de rechtspersoon, de strategie, het beleid en de resultaten, naleving van wetten en regels (compliance), risicobeheersing en de financiering van de rechtspersoon¹⁰⁵⁷.

De bestuurstaak is bij een maatschappelijke onderneming geen andere dan bij iedere andere rechtspersoon. Het bestuur is verantwoordelijk voor het realiseren van de doelstellingen van de maatschappelijke onderneming. Het bestuur bepaalt daartoe de strategie en het beleid. De positieve resultaten van de maatschappelijke onderneming gelden als wapenfeiten van het bestuur. Negatieve resultaten dient het bestuur te verantwoorden, evenals overtredingen van wetten en regels of het zich realiseren van kennelijke risico’s. Het bestuur dient te zorgen voor een realistische begroting van inkomsten en uitgaven. Het bestuur is verantwoordelijk voor de financiering van begrotingstekorten en van investeringen. Wat bij de maatschappelijke onderneming in ieder geval dient te ontbreken is de dominantie van het streven naar ‘shareholder value’ in de vorm van een zo hoog mogelijke kortetermijnwinst voor investeerders. Het bepalen van de doelstelling – en daarmee de keuze om de onderneming een maatschappelijke onderneming te doen zijn – is geen bestuurstaak¹⁰⁵⁸, de doelstelling is uiteraard wel het richtsnoer voor het bestuurlijk handelen. Wanneer we daarbij bedenken dat ook bij een klassieke onderneming de kapitaalverschaffers (aandeelhouders) slechts worden beschouwd als één categorie van stakeholders, naast andere, dan blijkt het verschil tussen een maatschappelijke onderneming en een klassieke onderneming minder fundamenteel te zijn dan op het eerste oog wordt gedacht. Vanuit deze optiek is de maatschappelijke onderneming niets anders dan een poging om op vermogensrendement – net als op arbeidsinkomen – een equivalent van de ‘Balkenendenorm’ te introduceren¹⁰⁵⁹. Zoals publieke middelen niet onbegrensd bij wijze van arbeidsinkomen mogen toevloeien aan privé personen, zo dienen diezelfde publieke middelen niet ongelimiteerd in de vorm van vermogensrendement aan private investeerders toe te komen, zo is de gedachte. Wat hier gezegd is over publieke middelen geldt op dezelfde wijze voor vermogen verkregen door giften: deze zijn gegeven ten behoeve van een ‘goed’ doel, dat er enige mate van arbeid noodzakelijk is om de giften aan hun doel te laten beantwoorden kan rekenen op begrip van de donateurs, maar wanneer individuen ten

¹⁰⁵⁷ CGC, II.1, zie hoofdstuk 4.

¹⁰⁵⁸ Daarom zijn notarissen terughoudend in het verlenen van medewerking aan de wijziging van de doelstelling van een stichting, met name wanneer een bestuur het enige orgaan van die stichting is en ondanks de eventuele omstandigheid dat de statuten zonder voorbehoud aan dat bestuur de bevoegdheid tot statutenwijziging hebben toegekend.

¹⁰⁵⁹ De Balkenendenorm houdt in dat functionarissen die uit publieke middelen hun salaris ontvangen, niet meer zouden mogen verdienen dan de minister-president. Het begrip werd geïntroduceerd op 14 april 2005 door Jan Marijnissen, destijds fractievoorzitter in de Tweede Kamer voor de Socialistische Partij.

laste van geschonken middelen topinkomens verwerven, leidt dat tot publieke weerstand¹⁰⁶⁰.

Uit het voorgaande is de conclusie te trekken, dat de maatschappelijke onderneming zich niet onderscheidt op het punt van de inhoud van de bestuurstaak, zij het dat het richtsnoer voor de uitoefening van de bestuurstaak afwijkt van die bij de klassieke onderneming. Daarbij kan vermoed worden dat het bestuur van een maatschappelijke onderneming meer dan het bestuur van de meeste klassieke ondernemingen heeft te opereren in een complexe omgeving, waarin met veel stakeholders rekening gehouden dient te worden. Dit is een gradueel, niet een principieel verschil.

7.4 BELANGHEBBENDEN

Een noviteit in het wetsvoorstel was de invoering van een orgaan, genaamd belanghebbendenvertegenwoordiging. Dit orgaan zou recht hebben op informatie, zou advies mogen over in ieder geval alle bestuursbesluiten die aan goedkeuring van de raad van toezicht zouden zijn onderworpen en dit orgaan zou bij de Ondernemingskamer het verzoek tot het instellen van een enquête kunnen doen. De belanghebbendenvertegenwoordiging zou geen afbreuk mogen doen aan de bestaande posities van cliënten-, ondernemings- en andere medezeggenschapsraden. De maatschappelijke onderneming zou zelf in haar statuten dienen aan te geven wie zij als belanghebbenden met recht op een plaats in de belanghebbendenvertegenwoordiging zou beschouwen, met dien verstande dat een vermeende belanghebbende die de toegang werd geweigerd, de Ondernemingskamer alsnog om toelating zou kunnen verzoeken. Het bestaan en functioneren van deze belanghebbendenvertegenwoordiging zou dienen te leiden tot een verminderde behoefte aan extern toezicht op de maatschappelijke onderneming, waaronder met name het zogenaamde horizontale toezicht, uitgeoefend van overheidswege. Een belangrijk aspect in deze ontwikkeling is de democratische legitimatie van het toezicht. Voor het toezicht dat vanwege de overheid wordt uitgeoefend, is een minister of een wethouder¹⁰⁶¹ aan te wijzen als uiteindelijk verantwoordelijke. Deze minister c.q. wethouder kan ter verantwoording worden geroepen door een democratisch gekozen orgaan, te weten het parlement of de gemeenteraad. Wanneer deze lijn van toezicht en verantwoording wordt gereduceerd ten gunste van één of meer andere vormen van controle, rijst de vraag of en op welke wijze de democratische legitimatie van die alternatieve vorm(en) van toezicht is vormgegeven. Het blijkt dan dat dit alternatief werkt met uitsluitend belanghebbenden,

¹⁰⁶⁰ Zie de parlementaire behandeling van de Wet normering topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (nummer 32600), in het bijzonder de motie Heijnen, (32600, nummer 37), aangenomen door de Tweede Kamer op 1 december 2011. De wet is van kracht geworden op 1 januari 2013 (Stb. 2012, 583).

¹⁰⁶¹ Ik beperk mij tot het nationale en het lokale bestuursniveau, maar voor andere bestuurlijke niveaus geldt hetzelfde.

die in beginsel door de maatschappelijke onderneming zelf als zodanig worden erkend.

De belanghebbendenvertegenwoordiging is mede bedoeld als alternatief vooroverheidstoezicht¹⁰⁶². De achterliggende gedachte is dat de overheid kan terugtreden wanneer er meer toezicht vanuit de samenleving zelf plaatsvindt. De belanghebbendenvertegenwoordiging is het kader waarin dat toezicht vanuit de samenleving zou kunnen worden georganiseerd. De belanghebbendenvertegenwoordiging is derhalve bedoeld als compensatie voor de afname van democratische legitimatie, die wordt kennelijk wordt ervaren indien overheidstoezicht wordt vervangen door ‘horizontaal’ toezicht¹⁰⁶³. Dit is wellicht een achterliggende verklaring voor het grote belang dat de initiatiefnemers van het wetsvoorstel hechten aan een belanghebbendenvertegenwoordiging, ondanks de kritische geluiden hierover¹⁰⁶⁴, ondanks de uitgesponnen bestaande medezeggenschapsregelingen voor ondernemingen, onderwijs- en zorginstellingen en ondanks het matige tot zeer matige functioneren van veel inspraakorganen in de zorg, het onderwijs en de sociale woningbouw¹⁰⁶⁵.

Waar in het huidige Nederlandse staatsrecht kiesrecht niet verbonden is aan een direct belang¹⁰⁶⁶, voorzag het wetsvoorstel in een substitutie van democratisch gelegitimeerd toezicht door een toezicht van belanghebbenden. Hieruit volgt dat de democratische legitimatie wordt gereduceerd voor wat betreft het toezicht op bepaalde organisaties die een maatschappelijk belang dienen na te streven, wat mijns inziens een ontwikkeling is van een zodanig principieel gewicht dat een expliciete verantwoording gerechtvaardigd zou zijn geweest.

Anderzijds is het de vraag of hier werkelijk sprake is van afname van democratische legitimatie. Dit dient gerelativeerd te worden, aangezien de overheid uiteindelijk altijd – misschien latent, maar toch – een vorm van toezicht blijft uitoefenen. Waar bestuur en/of toezicht, in welke vorm dan ook, falen, wordt immers op enig moment van de overheid verwacht dat zij ingrijpt¹⁰⁶⁷ met de mid-

¹⁰⁶² Zie par. 2.8 en par. 3.8.9.

¹⁰⁶³ Zie MvT, blz. 21, waar de minister spreekt van een ‘nieuwe balans van bevoegdheden’.

¹⁰⁶⁴ Zie Helder (2007) en zie ook noot 31.

¹⁰⁶⁵ Ik besef dat deze stelling generaliserend is en dat de praktijk ook voorbeeldige uitzonderingen kent. Kraakman c.s. wijzen er op dat medezeggenschap nergens ter wereld wordt vormgegeven zonder dat daartoe een wettelijke plicht bestaat, hetgeen er op zou wijzen dat vanuit economisch perspectief de kosten (inclusief de zogenaamde maatschappelijke kosten) hoger zijn dan de opbrengsten. Hier kan tegenin worden gebracht dat de maatschappelijke kosten nooit in een investeringsbeslissing worden verdisconteerd indien daar geen dwingende reden voor is.

¹⁰⁶⁶ Artikel 54 van de Grondwet kent kiesrecht voor de Tweede Kamer in beginsel toe aan alle Nederlanders van 18 jaar en ouder. Artikel 129 bevat een analoge bepaling voor vertegenwoordigende lichamen op provinciaal en gemeentelijk niveau.

¹⁰⁶⁷ Ook Balkenende onderkent dit, zie Balkenende (2002), blz. 101.

delen waarover alleen zij beschikt. Daarnaast zal de overheid willen ingrijpen op momenten dat een maatschappelijke onderneming andere keuzes wil maken dan de overheid in overeenstemming acht met haar eigen doelstellingen¹⁰⁶⁸. De overheid zal ten minste een kaderstellende functie uitoefenen ten aanzien van elke maatschappelijke onderneming, ofwel de overheid wordt door de samenleving verantwoordelijk gehouden voor de instandhouding van een stelsel op veel maatschappelijke terreinen¹⁰⁶⁹.

Binnen het kader van de rechtstaat is het niet denkbaar dat het maatschappelijk middenveld over middelen zou beschikken, die niet door de overheid gemobiliseerd kunnen worden. Wel kan het zo zijn dat het maatschappelijk middenveld beschikt over bijzondere expertise, maar de overheid kan die expertise voor het eigen beleid mobiliseren¹⁰⁷⁰. Inschakeling van dat maatschappelijk middenveld dient te geschieden uit overwegingen van doelmatigheid – de samenleving is niet ‘maakbaar’-, niet omdat maatschappelijke organisaties rechten daarop zouden kunnen doen gelden. Met andere woorden: de soevereiniteit van de staat wordt niet met het maatschappelijk middenveld gedeeld. Dit neemt niet weg dat de overheid zichzelf op afstand zet waar het – soms grote – maatschappelijke belangen betreft. Maar de minister blijft uiteindelijk verantwoordelijk¹⁰⁷¹ en wordt op die verantwoordelijkheid aangesproken¹⁰⁷².

Het wetsvoorstel voor de maatschappelijke onderneming kwam voort uit een bepaalde maatschappijvisie met de daarbij horende visie op de taak en positie van de overheid in de samenleving. Deze maatschappijvisie grijpt terug op het idee van de ‘soevereiniteit in eigen kring’, zoals Abraham Kuyper dat ontwikkelde aan het einde van de 19^e eeuw¹⁰⁷³. De basiswaarden van de Nederlandse rechtstaat brengen mee, aldus Balkenende, dat de overheid de vrijheid en de verantwoordelijkheid van mensen waarborgt, beschermt en respecteert. De overheid geeft dan ook ruimte aan maatschappelijk initiatief voor groepen mensen, die keuzes maken naar eigen voorkeuren en wensen, ook op gebieden die als sociale grondrechten in de Grondwet tot voorwerp van zorg van de overheid zijn

¹⁰⁶⁸ Een voorbeeld biedt het verzet van de minister van VWS tegen het voornemen van Woningstichting De Veste om afstand te doen van haar status als toegelaten instelling onder het regime van de Woningwet, ondanks dat dit voornemen werd ingegeven door de gemotiveerde wens van De Veste om haar maatschappelijke taak beter te kunnen vervullen. Zie de uitspraak van de Raad van State van 27 oktober 2010, nummer 2010002155/1/H3 en Rechtbank Zwolle-Lelystad 22 januari 2010, nummer 08/2196.

¹⁰⁶⁹ Zie ook Van Bijsterveld, blz. 15.

¹⁰⁷⁰ A l was het maar omdat het maatschappelijk middenveld nooit homogeen is. Zie Ritzen, blz. 50.

¹⁰⁷¹ Ritzen, blz. 138.

¹⁰⁷² Van Bijsterveld, blz. 16.

¹⁰⁷³ Zie A. Kuyper (1880), *Soevereiniteit in eigen kring*. (Uitgave van de eerste rectorale rede, gehouden bij de opening van de Vrije Universiteit te Amsterdam op 20 oktober 1880).

aangewezen¹⁰⁷⁴. Immers, het probleemoplossend vermogen van de overheid zelf is ontoereikend¹⁰⁷⁵, de samenleving is niet maakbaar. Balkenende wenst rekening te houden met de mondigheid van burgers/consumenten, met hun diversiteit aan wensen en hun behoefte aan zeggenschap over zaken die hen direct raken¹⁰⁷⁶. Dat is de vrijheid van de mensen. Maar vrijheid leidt tot eenzijdigheid wanneer de mensen hun verantwoordelijkheid vergeten. De ontwikkeling van sociale cohesie kan slechts komen uit de samenleving zelf, die daarvoor van de overheid de ruimte dient te krijgen. Dienstverlening die uitsluitend is gebaseerd op marktwerking of op overheidssturing zal uiteindelijk leiden tot verschraling van het aanbod¹⁰⁷⁷. Dat kan volgens Balkenende voorkomen worden door goed functionerende verbanden in het maatschappelijk middenveld, waarlangs de mensen zelf kunnen waken voor het behoud van deskundigheid en diversiteit¹⁰⁷⁸. Het is de vraag of Balkenende hier zelf niet uitgaat van een grote mate van maakbaarheid van de samenleving. In dit verband dient gewezen te worden op een alom gesignaleerd probleem van verenigingen, namelijk de geringe betrokkenheid van de leden en de lage opkomst op ledenvergaderingen, terwijl leden er toch zelf voor gekozen hebben om lid te worden van een vereniging. Men is echter uitsluitend geïnteresseerd in iets dat de vereniging heeft te bieden en laat het beleid en het management over aan het verenigingsbestuur. Er is geen reden om aan te nemen dat de betrokkenheid bij maatschappelijke ondernemingen groter zal zijn. Het tegengaan van de door Balkenende gevreesde verschraling van het aanbod kan waarschijnlijk effectiever worden bereikt door de aanbieders verantwoordelijkheid te geven en ruimte voor diversificatie te bieden, dan door het creëren van belanghebbendenvertegenwoordigingen.

Daarbij is het nog maar de vraag of de diversiteit aan wensen werkelijk zo groot is als mensen zelf geloven. Bij alle ‘eigen keuzes’ die mensen maken, zijn wel degelijk een aantal grondpatronen te herkennen en te voorspellen. Dit verklaart waarom marktwerking niet zonder meer tot diversificatie van het aanbod leidt. Bovendien staat tegenover verschraling van aanbod de ontwikkeling van aanbod dat zijn eigen vraag creëert. Op het oog lijkt dat te leiden tot toename van keuzevrijheid, maar in de praktijk betekent dit het ontstaan van hypes rond producten met een korte levenscyclus. Zolang de consument dergelijke hypeproducten zelf betaalt, kunnen we inderdaad ruimte geven aan vrijheid en eigen verantwoordelijkheid. Wat voor producten geldt, geldt evenzeer voor bepaalde vormen van

¹⁰⁷⁴ Zie Balkenende (2002), blz. 57.

¹⁰⁷⁵ Balkenende (2002), blz. 100.

¹⁰⁷⁶ Balkenende (2002), blz. 102.

¹⁰⁷⁷ Ook Van Bijsterveld constateert dat de overheidsregulering naar uniformiteit neigt, terwijl de burger juist diversiteit vraagt. Zie Van Bijsterveld, blz. 15.

¹⁰⁷⁸ Balkenende (200), blz. 104.

dienstverlening¹⁰⁷⁹. Wanneer echter publieke middelen aangewend gaan worden voor gecreëerd aanbod, dan is corrigerend optreden gewenst. Degene die het meest tot correctie gemotiveerd zal zijn, is de betalende overheid. Die betalende overheid zal het meest geprikkeld worden tot ingrijpen, wanneer de publieke opinie daartoe oproept. De publieke opinie wordt gevoed door de media, waarmee is gegeven dat ook de media een verantwoordelijkheid hebben.

De gevoeligheid voor hypes is op zichzelf reeds een reden om terughoudend te zijn met het institutionaliseren van een orgaan voor een diffuse groep belanghebbenden, zeker als niet duidelijk wordt volgens welke criteria deze belanghebbenden het acteren van de maatschappelijke onderneming zullen beoordelen of wanneer deze criteria niet consistent worden toegepast.

Zoals we zagen, is de problematiek van de belanghebbendenvertegenwoordiging dertig jaar geleden reeds behandeld door Van Wersch¹⁰⁸⁰. Van Wersch hield zich 'avant la lettre' met de belanghebbendenvertegenwoordiging bezig door te bepleiten dat zowel vertegenwoordigers van het personeel als van de gebruikers van de instelling in het (algemeen) bestuur vertegenwoordigd zouden zijn, waarbij het algemeen bestuur een toezichhoudende rol vervulde ten opzichte van het dagelijks bestuur.

Van Wersch formuleerde voorwaarden waaraan belanghebbenden of hun vertegenwoordigers dienen te voldoen om een volwaardig te kunnen participeren. De voorwaarden zijn ten aanzien van de belanghebbendenvertegenwoordiging nog steeds actueel¹⁰⁸¹, ik parafraseer (nogmaals):

1. De belanghebbenden dienen voldoende lichamelijke en geestelijke conditie te hebben.
2. De relatie tussen belanghebbende en maatschappelijke onderneming dient enigszins duurzaam te zijn.
3. De belanghebbenden dienen als groep georganiseerd te zijn¹⁰⁸².
4. De belanghebbenden dienen belangstelling te hebben.

Deze voorwaarden zijn in de praktijk evenzovele knelpunten en brengen in de praktijk gemakkelijk mee dat de belanghebbendenvertegenwoordiging een elitair karakter krijgt van geïnteresseerde gezonde personen met voldoende organisatievermogen.

¹⁰⁷⁹ Ik noem het voorbeeld van de uitzending van het televisieprogramma 'Radar' op 1 maart 2010, dat leidde tot een kortstondige excessieve vraag naar notariële bijstand voor het opmaken van een zogenaamd tweetrapstestament.

¹⁰⁸⁰ Zie par. 3.8.10.

¹⁰⁸¹ Zie Van Wersch, blz. 200.

¹⁰⁸² Of ten minste als groep gelokaliseerd en bereikt kunnen worden.

Uit het vorenstaande dringt zich de conclusie op dat op alle niveaus behoefte is aan een doordachte, breed gedragen, gedeelde en gehandhaafde beroepsethiek. Telkens weer blijkt dat het acteren van de beroepsbeoefenaar de cruciale factor is. De bestuurder, de professional, de toezichthouder, de journalist: diens deskundigheid, maar ook diens attitude is bepalend voor de kwaliteit van hetgeen in de samenleving – en daarmee ook in de maatschappelijke onderneming – tot stand wordt gebracht¹⁰⁸³.

Onderdeel van die ethiek zal voor wat betreft de maatschappelijke onderneming dienen te zijn dat er proactief – dus voordat er uitdrukkelijk om gevraagd wordt – een publieke verantwoording plaatsvindt door zowel het bestuur als de toezichthouder¹⁰⁸⁴. Deze verantwoording dient betrekking te hebben op de gestelde doelen van de maatschappelijke onderneming en op het handelen van de maatschappelijke onderneming, inclusief genomen besluiten. Er dient gestreefd te worden naar volledige transparantie, waarbij de Wet openbaarheid van bestuur door de maatschappelijke onderneming analoog kan worden toegepast. Wanneer er werkelijk in het maatschappelijk belang wordt gehandeld, kan dat ook aan de maatschappij als zodanig worden verantwoord. Ontsporingen in maatschappelijke ondernemingen betreft in het gros van de gevallen het handelen van bestuurders, die persoonlijke doelstellingen laten prevaleren boven het maatschappelijk belang en de doelstelling van de maatschappelijke onderneming¹⁰⁸⁵. In geval van een publieke verantwoording is dat niet mogelijk zonder de integriteit van die verantwoording geweld aan te doen. Dat laat zich uiteindelijk gemakkelijk traceren¹⁰⁸⁶. Een gebrek aan transparante informatievoorziening is overigens een symptoom dat het bestuur de organisatie niet onder controle heeft¹⁰⁸⁷ en dat is voor een raad van commissarissen/raad van toezicht een valide aanleiding om niet te volstaan met het bij het bestuur aandringen op nadere informatie, maar om eigenstandig op onderzoek te gaan¹⁰⁸⁸.

In dit verband zij er op gewezen, dat ook de governancecodes in hoge mate zijn aan te merken als gedragscodes en dat ook deze codes voorzien in het openbaar maken van jaarverslagen.

¹⁰⁸³ Zie noot 857, verwijzend naar Six.

¹⁰⁸⁴ Zie ook Camps, blz. 22-23, alwaar een verwijzing naar E. Schuurman (1991), *Ethiek van het ondernemen*, in *Beweging* jaargang 1991, nummer 3.

¹⁰⁸⁵ Zie Camps, a.w., hetgeen aansluit bij de bevindingen van Six, zie noot 58.

¹⁰⁸⁶ Six, blz. 20.

¹⁰⁸⁷ Zie Meuleman, blz. 198.

¹⁰⁸⁸ Hier wordt opgemerkt dat gebrek aan transparantie ook kan worden bewerkstelligd door een overdosis aan gegevens. Waar overzicht over informatie niet te krijgen is, zal die informatie ook niet tot inzicht leiden.

Canton c.s. wijzen op buitenlandse voorbeelden, waarin het functioneren van belangenvertegenwoordigers niet positief wordt beoordeeld. Gebrek aan professionaliteit, politieke inkleuring van de eigen taakopvatting en gebrek aan effectiviteit blijken in alle gevonden voorbeelden in meer of mindere mate zich te manifesteren¹⁰⁸⁹. Invoering van de belanghebbendenvertegenwoordiging staat dan ook haaks op de professionaliseringslag, die in Nederland gaande is op het gebied van bestuur en toezicht van maatschappelijke ondernemingen in vrijwel alle sectoren.

Een laatste aspect dat genoemd dient te worden, is dat de leden van de belanghebbendenvertegenwoordiging niet noodzakelijk een maatschappelijk belang vertegenwoordigen. De instelling van een belanghebbendenvertegenwoordiging kan dan ook leiden tot invloeden die afbreuk doen aan het maatschappelijk belang dat door de maatschappelijke onderneming dient te worden gediend.

Samenvattend:

De instelling van een belanghebbendenvertegenwoordiging is ondoelmatig om een evenwichtige dialoog met alle stakeholders tot stand te brengen en te onderhouden, is daarnaast ondoelmatig en kan zelfs verstorend zijn ten opzichte van het na te streven maatschappelijk belang. De belanghebbendenvertegenwoordiging is bovendien geen middel om de overheid van controletaken te ontlasten. Controletaken worden overzichtelijker, wanneer zij kunnen leunen op een breed gedragen verantwoordingsethiek. Ethiek is kwetsbaar, daarom dient de negatieve impact van onethisch gedrag niet te worden onderschat. Dit alles pleit ervoor om de dialoog met belanghebbenden niet te institutionaliseren, maar in een governance code voor te schrijven dat het bestuur van de maatschappelijke onderneming voortdurend en dynamisch met belanghebbenden in dialoog blijft.

7.5 TOEZICHT

Een toezichthoudend orgaan (raad van toezicht of raad van commissarissen) is een essentieel orgaan van de maatschappelijke onderneming, zoals die steeds is voorgesteld. Wanneer een rechtspersoon beoogt een maatschappelijk belang te dienen, is een vorm van intern toezicht – naast het eventuele externe (overheids) toezicht – noodzakelijk als waarborg tegen oneigenlijk gebruik van de rechtspersoon door bestuurders en aandeelhouders. Daarom wordt veel nadruk gelegd op de onafhankelijkheid van de leden van het toezichthoudend orgaan ten opzichte van het bestuur, de stakeholders en elkaar. Het ligt dan ook op het eerste gezicht voor de hand om de benoeming van commissarissen te regelen conform de gegroeide praktijk bij stichtingen en zoals voorgeschreven door de meeste governance codes, namelijk op basis van coöptatie. Toch dienen we hier te onderkennen dat het recht tot benoeming geen afhankelijkheidsrelatie creëert, nadat

¹⁰⁸⁹ Canton c.s., blz. 63 en Annex II, blz. 67.

de benoeming eenmaal tot stand is gekomen. De bevoegdheid tot benoeming behoeft niet de bevoegdheid tot schorsen en/of ontslaan te impliceren. Dit laatste blijkt onder meer uit de huidige regeling voor de structuurvennootschap, waarbij de algemene vergadering van aandeelhouders de commissarissen wel benoemt¹⁰⁹⁰, maar een commissaris niet individueel kan ontslaan. De algemene vergadering van aandeelhouders kan slechts de gehele raad van commissarissen ontslaan door het vertrouwen op te zeggen. Dit besluit heeft bovendien niet tot gevolg dat de algemene vergadering van aandeelhouders een nieuwe raad van commissarissen kan benoemen, opvolgende commissarissen worden in die situatie benoemd door de Ondernemingskamer¹⁰⁹¹.

Het is voorstelbaar dat aan eventuele aandeelhouders/winstbewijshouders van een maatschappelijke onderneming een vergelijkbare bevoegdheid tot benoeming van commissarissen wordt toegekend, dan wel dat vergelijkbare gevolgen worden verbonden aan opzegging van het vertrouwen in het toezichthoudend orgaan door de aandeelhouders/winstbewijshouders. Een bevoegdheid van een dergelijk gewicht kan gerechtvaardigd worden door de omvang van en het belang van de gedane investeringen. Het adagium 'wie betaalt, die bepaalt' doet zich ook gelden ten aanzien van maatschappelijke ondernemingen. De rechtsvorm dient de zeggenschap van kapitaalverschaffers daarom te incorporeren en te kanaliseren, niet te negeren.

Bij hun taakuitoefening richten de commissarissen zich naar het belang van rechtspersoon en de met haar verbonden onderneming¹⁰⁹². Het toezicht door de raad van commissarissen richt zich op de hoofdlijnen van het beleid en op het belang van de rechtspersoon. Daaruit volgt dat de commissarissen oog dienen te hebben voor de lange termijn en dat zij zich onafhankelijk van het bestuur en van de stakeholders dienen op te stellen. Dat brengt mee dat de raad van commissarissen de continuïteit van de rechtspersoon dient te bewaken. Bij een maatschappelijke onderneming is dit principieel niet anders dan bij elke andere onderneming, met dien verstande dat de gerichtheid op het maatschappelijk belang meebrengt dat de zorg voor continuïteit zich in de eerste plaats dient te richten op dat maatschappelijk belang en niet op de rechtspersoon als zodanig. Dit vloeit logisch voort uit het gegeven dat de maatschappelijke onderneming op een maatschappelijk belang gericht dient te zijn. Denkbaar is een situatie waarin het doel van de rechtspersoon voor haar nog steeds realistisch en bereikbaar is, maar dat het maatschappelijk belang meebrengt dat zij desondanks haar activiteiten overdraagt. Hier manifesteert zich een verschil tussen de maatschappelijke onderneming en een klassieke onderneming. De maatschappelijke onderneming

¹⁰⁹⁰ Artikel 2:158, lid 4, Burgerlijk Wetboek.

¹⁰⁹¹ Zie artikel 2:161a, lid 3, Burgerlijk Wetboek.

¹⁰⁹² Zie artikel 2:140 lid 2 en 2:250 lid 2, Burgerlijk Wetboek. De ondernemer (de vennootschap) wordt in deze omschrijving onderscheiden van de onderneming. De vennootschap en haar onderneming kunnen in de praktijk volledig samenvallen, maar noodzakelijk is dat niet.

zal zich in dit opzicht eerder dienen te gedragen als een stichting dan als een kapitaalvennootschap. Dit kan spanningen opleveren wanneer de maatschappelijke onderneming winstdelende investeerders heeft. Het impliceert mijns inziens dat de bevoegdheid om te besluiten tot fusie, splitsing of ontbinding van de maatschappelijke onderneming niet exclusief dient toe te komen aan eventuele aandeelhouders of winstbewijshouders. Het is consistent om hetzelfde te bepalen ten aanzien van besluiten tot omzetting van de maatschappelijke onderneming in een andere rechtsvorm.

Van recente datum is de Wet bestuur en toezicht¹⁰⁹³, omvattend een aantal aanpassingen van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Onder andere worden regels gegeven voor het geval bestuur en toezicht in een vennootschap in één orgaan zijn verenigd, het zogenaamde model van de one tier board. Hierbij is geen sprake van een afzonderlijk orgaan als raad van commissarissen, maar wordt binnen het ene bestuursorgaan onderscheiden tussen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. De Tweede Kamer heeft op dit wetsvoorstel enkele amendementen aangenomen¹⁰⁹⁴, die illustratief zijn voor de ontwikkeling van de maatschappelijke opvattingen van corporate governance op dit moment. Zo wordt bepaald dat de rechtsverhouding tussen een bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap en die vennootschap niet kan worden gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst. De achtergrond van deze bepaling is dat men deze bestuurders een argument wil ontnemen om een hoge ontslagvergoeding te verlangen. Het monistisch model wordt wel beschouwd als logisch uitvloeisel van het proces van professionalisering van het toezicht, dat gaande is¹⁰⁹⁵. De complexiteit van instellingen en de hoge eisen die aan het toezicht worden gesteld zouden met zich meebrengen dat het toezicht ‘dichter op’ het bestuur dient te zitten. Mijns inziens geldt het tegendeel: waar de huidige ontwikkelingen reeds meebrengen dat het toezicht dichterbij het bestuur komt te zitten, is het dualistisch model meer dan het monistische stelsel geëigend om te voorkomen dat deze ontwikkeling doorschiet. Toezichthouders dienen zich niet met de bestuurders te identificeren. Toezichthouders dienen niet zodanig aan bestuursbesluiten gecommitteerd te zijn, dat zij niet meer vrij zijn om in te grijpen als achteraf blijkt dat een besluit van het bestuur dient te worden heroverwogen of gecorrigeerd.

De vraag is opgeworpen hoe dit laatste zich verhoudt tot de adviserende rol, die toezichthouders eveneens ten opzichte van het bestuur innemen. Enerzijds dienen toezichthouders voldoende afstand te bewaren tot het bestuur, zodat zij

¹⁰⁹³ Wetsvoorstel 31763, houdende aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, aangenomen door de Eerste Kamer op 31 mei 2011 en op 14 juni 2011 afgekondigd in het Staatsblad (2011, 275). Op 2 september 2011 presenteerde de minister reeds een reparatiewet ter verduidelijking van de artikel 297a en 297b, Boek 2, Burgerlijk Wetboek (Kamerstukken II, 2010/11, 32873 nummer 2). De wet is van kracht geworden per 1 januari 2013.

¹⁰⁹⁴ Tweede Kamerstukken 31763, nummers 10 tot en met 20.

¹⁰⁹⁵ Zie Klink (2009), blz. 12 e.v. Zie ook par. 3.7.5.

onafhankelijk en kritisch het handelen van het bestuur kunnen volgen, anderzijds zou advisering van het bestuur meebrengen dat men zich aan besluiten van het bestuur committeert. Dit is geen reëel dilemma. Van toezichthouders wordt verlangd dat zij zich een oordeel vormen over het object van het toezicht. Een weloverwogen advies kan slechts gebaseerd zijn op de informatie die ook nodig is om tot een oordeel te komen. Tussen een oordeel en een advies bestaat een verschil in status, maar inhoudelijk kunnen zij uitwisselbaar zijn¹⁰⁹⁶.

Het hier gesignaleerde dilemma is van psychologische aard. Ook het bestuur zelf dient immers bij machte te zijn om de eigen genomen besluiten te heroverwegen, waarbij weliswaar onderkend dient te worden dat er een dunne scheidslijn is tussen het handelen op basis van voortschrijdend inzicht en het varen van een zigzagkoers. Juist in de fase van evaluatie van eerder genomen besluiten en bijstelling van beleid op basis van nieuwe informatie, zullen oordeel en advies in elkaar overvloeien. Het hanteren van een juiste balans tussen enerzijds commitment, betrokkenheid, en anderzijds voldoende distantie is vorm te geven in richtlijnen, maar zal ten diepste altijd een kwestie van ‘aanvoelen’ blijven, waarbij persoonlijkheid en ervaring van de toezichthouder cruciaal zijn¹⁰⁹⁷. Dat niet iedere individuele commissaris onder alle omstandigheden de juiste balans zal vinden is onvermijdelijk, de samenstelling van en de onderlinge verhoudingen in het toezichthoudend orgaan dienen evenwel zodanig te zijn dat de commissarissen elkaar kunnen corrigeren¹⁰⁹⁸. Het toezicht dat commissarissen op elkaar houden, is van dezelfde importantie als het toezicht dat de commissarissen collectief op het bestuur uitoefenen. Dit onderling toezicht dient mede te bewaken dat de maatschappelijke onderneming acteert en blijft acteren in het maatschappelijk belang. Binnen het denkkader van de principaal agent theorie is uiteindelijk elke functionaris van de rechtspersoon agent ten opzichte van het maatschappelijk belang als principaal¹⁰⁹⁹. Naast transparantie is het onderling toezicht een element dat kan bevorderen dat de maatschappelijke onderneming daadwerkelijk gericht is en blijft op het maatschappelijk belang.

Ten opzichte van de klassieke onderneming, dient de invloed van de aandeelhouders op het bestuur bij de maatschappelijke onderneming geringer te zijn, althans dient hun belang minder zwaarwegend te zijn. De gerichtheid op een maatschappelijk belang brengt dat mee. Aandeelhouders hebben in beginsel de

¹⁰⁹⁶ Zie ook par. 3.7.

¹⁰⁹⁷ Zie ook Goodijk, blz. 30.

¹⁰⁹⁸ Dit onderling corrigerend vermogen kan op gespannen voet komen te staan met een strikte portefeuillevreiding binnen een orgaan, waarbij de commissarissen blindelings op elkaars inzicht vertrouwen. Ondanks dat een evenwichtig samengestelde raad een spreiding van expertises zal kennen, dient van iedere commissaris verlangd te worden dat hij zich een oordeel kan vormen over alle aspecten van het gevoerde beleid. Daartoe dient aan iedere commissaris de gelegenheid te worden geboden om zich breed te doen informeren.

¹⁰⁹⁹ Zie par. 3.2.1.

vrijheid om zich te richten naar hun eigen belang. Dit dient bij een maatschappelijke onderneming intrinsiek anders te zijn. In beginsel is een inrichting van de maatschappelijke onderneming denkbaar, waarbij de behartiging van het maatschappelijk belang wordt toevertrouwd aan aandeelhouders¹¹⁰⁰. De grote vraag is dan evenwel wie er toezicht op houdt dat de aandeelhouder inderdaad het maatschappelijk belang vooropstelt en welke sancties die toezichthouder ten dienste staan om naleving van het maatschappelijk belang door de aandeelhouder af te dwingen. Uit oogpunt van doelmatigheid verdient het de voorkeur om daartoe gebruik te maken van bestaande structuren. Dat kan door die rol toe te kennen aan de raad van commissarissen c.q. de raad van toezicht. De maatschappelijke onderneming wordt daardoor minder aantrekkelijk voor investeerders die geen rekening wensen te houden met het maatschappelijk belang.

De inrichting van de rechtspersoon kan ook op andere manieren bevorderen dat de maatschappelijke onderneming minder aantrekkelijk is en blijft voor investeerders die geen rekening wensen te houden met het maatschappelijk belang, bijvoorbeeld door begrenzing van de mogelijkheid tot winstuitkering.

De verminderde invloed van de aandeelhouders dient ten goede te komen aan de toezichthouders. In zoverre is er een parallel aan te wijzen tussen de maatschappelijke onderneming en de structuurvennootschap. Dat is niet verwonderlijk, want het structuurregime is gebaseerd op de gedachte dat bij een onderneming van zekere omvang de belangen van andere stakeholders ten opzichte van de aandeelhouders zwaarder gaan wegen, zij het dat de belangen van de aandeelhouders nog steeds in zekere mate mogen domineren. Bij de maatschappelijke onderneming geldt dat de belangen van investeerders niet dominant mogen zijn, de invloed van eventuele aandeelhouders dient niet te domineren over het maatschappelijk belang. Maar de parallel is te belangrijk om te negeren, het structuurregime toont aan dat het verschil tussen de maatschappelijke onderneming en de klassieke onderneming gradueel is.

Bij de Engelse CIC is geen verplicht intern toezichthoudend orgaan, maar hierbij passen twee kanttekeningen. Ten eerste geldt ook voor de CIC het in het Angelsaksische recht gangbare systeem van de one tier board. Het interne toezicht wordt derhalve niet zichtbaar door de aanwezigheid van een afzonderlijk toezichthoudend orgaan. Ten tweede is er in het Verenigd Koninkrijk een speciale overheidsinstantie met een toezichthoudende rol voor de CIC in het leven geroepen. Het creëren van een afzonderlijk overheidsorgaan voor het toezicht op maatschappelijke ondernemingen is een kostbare oplossing, die bovendien altijd het risico in zich draagt te leiden tot een onevenredige toename van bureaucratiesering. De instelling van een soortgelijke overheidsdienst in Nederland bepleit ik dan ook niet. In de Amerikaanse benefit corporation is het interne toezicht

¹¹⁰⁰ In termen van de principaal-agent theorie is de aandeelhouder hier de agent van het maatschappelijk belang. Het voorbeeld laat zien dat de principaal-agent theorie ontoereikend is als leidend principe voor de governance van de maatschappelijke onderneming.

expliciet gemaakt door de voorgeschreven benoeming van een benefit director (of een statutair alternatief).

Samenvattend dient, mede in het licht van het toetsingskader, een wettelijke regeling voor de maatschappelijke onderneming op grond van het vorenstaande aan de volgende randvoorwaarden te beantwoorden:

1. Het toezichthoudend orgaan van een maatschappelijke onderneming kan door coöptatie in stand worden gehouden, maar:
2. Benoeming van (de) leden van het toezichthoudend orgaan door aandeelhouders/winstbewijshouders behoeft niet in strijd met het maatschappelijk belang te zijn.
3. Het toezichthoudend orgaan dient zich te richten naar het maatschappelijk belang, dat door de maatschappelijke onderneming wordt gediend. Dit is zowel de plicht als de bevoegdheid van het toezichthoudend orgaan.
4. De bevoegdheid om te besluiten tot statutenwijziging, fusie, splitsing of ontbinding van de maatschappelijke onderneming dient niet uitsluitend toe te komen aan eventuele aandeelhouders/winstbewijshouders.
5. Met inachtneming van de gerichtheid op het maatschappelijk belang, heeft het toezichthoudend orgaan van de maatschappelijke onderneming dezelfde positie als de raad van commissarissen in een klassieke onderneming.
6. Ten opzichte van een klassieke onderneming ligt bij de maatschappelijke onderneming het machtsverwicht verder van de investeerders en dichterbij de raad van commissarissen/raad van toezicht. Dit is een gradueel verschil, want ook de klassieke onderneming zal omwille haar continuïteit het maatschappelijk belang niet volledig kunnen negeren.

7.6 RELATIE TOT DE OVERHEID: PUBLIEK OF PRIVAAT

7.6.1. Inleiding

De NTMO heeft gesignaleerd dat de relatie tussen maatschappelijke onderneming en overheid niet is uitgekristalliseerd. Niet steeds is duidelijk welke positie de overheid inneemt ten opzichte van de individuele maatschappelijke onderneming of ten opzichte van een branche of sector, waardoor het optimaal functioneren van veel maatschappelijke ondernemingen wordt gehinderd. De NTMO specificeert dit slechts door aan te geven dat de overheid enerzijds speelveld heeft teruggegeven aan het maatschappelijk middenveld (na een tegengestelde ontwikkeling in de jaren '60 en '70 van de 20^e eeuw), anderzijds nog steeds last heeft van een 'regelreflex'¹¹⁰¹.

¹¹⁰¹ NTMO (2008), paragraaf 2.

Zoals we zagen in hoofdstuk 2, bepleitte Balkenende meer ruimte voor maatschappelijke organisaties om regelgevend op te treden. Dit pleidooi kwam voort uit enerzijds de behoefte om gebleken overbelasting van de overheid tegen te gaan, anderzijds uit een maatschappijvisie, waarbij de rol van de overheid beperkt is. De samenleving bestaat uit netwerken en heeft derhalve niet één middelpunt. De overheid moet dan ook niet doen alsof zij het middelpunt van die samenleving kan zijn¹¹⁰², aldus Balkenende, die daarmee voortbouwt op de idee van soevereiniteit in eigen kring van een eeuw geleden. Dat was in 1992. Het denken heeft zich sindsdien in zoverre ontwikkeld, dat – voor zover mij bekend – door niemand aan individuele maatschappelijke ondernemingen regelgevende bevoegdheid wordt toegedacht.

De ontwikkeling van de relatie tussen de overheid en de non-profit sector is beschreven door Burgers/Dekker. Na een periode waarin de intensiteit van de overheidsbemoeienis met de zorg, het onderwijs en andere sectoren in vele opzichten toenam, gepaard gaand met een verregaande centralisatie, kwam in de jaren '80 van de twintigste eeuw een kentering. De grenzen van de verzorgingsstaat waren bereikt en de overheid begon terug te treden¹¹⁰³. Het terugtreden van de overheid kende twee aspecten, namelijk het aspect van de aansturing en het aspect van de financiering. De effecten van het terugtreden van de overheid waren dan ook tweeledig. Ten eerste ontstond er meer ruimte voor de eigen verantwoordelijkheid voor professionals, een ruimte die tegelijkertijd onder invloed van claimgevoeligheid aan inperking onderhevig is. Belangrijker nog was het andere aspect: er kwam gelegenheid om met commercieel oogmerk – en de daarbij passende wijze van acteren – actief te worden op terreinen die eerder vrijwel uitsluitend door de overheid werden gefinancierd. De privatisering deed zijn intrede. Inmiddels komen er vanuit het politieke klimaat signalen dat deze ontwikkeling niet onbegrensd dient te blijven¹¹⁰⁴.

Mouwen heeft er op gewezen dat de privatisering langs twee lijnen verloopt. Enerzijds zijn er volgens Mouwen de organisaties die op goederen en/of diensten gericht zijn, zoals de nutsbedrijven, de postdiensten en het openbaar vervoer. Hier lijkt een ontwikkeling gaande in de richting van volledige marktgerichtheid¹¹⁰⁵, waarbij financiering door de overheid niet aan de orde is. Hierbij dient opgemerkt te worden dat de infrastructuur – zoals kabel- en leidingnetten en de spoorwegen – in overheidshanden zijn gebleven. Hetzelfde geldt echter voor het

¹¹⁰² Balkenende (1992), blz. 274 e.v.

¹¹⁰³ Het onderzoek van Van Wersch (zie par. 7.4) sloot dan ook aan bij de maatschappelijke ontwikkelingen van destijds.

¹¹⁰⁴ Zie bijvoorbeeld het rapport 'Verbinding verbroken?' van de Parlementaire Onderzoekscommissie Privatisering/Verzelfstandiging Overheidsdiensten, aangeboden aan de Voorzitter van de Eerste Kamer op 30 oktober 2012, waarin (blz. 91) onder meer wordt gepleit voor een grondige marktverkenning alvorens een besluit tot privatisering te nemen.

¹¹⁰⁵ Mouwen (2009), blz. 10 e.v.

Nederlandse wegennet en onder meer de veerhavens van de Waddeneilanden. Anderzijds onderscheidt Mouwen de meer mensgerichte organisaties, zoals de zorg, het onderwijs, culturele instellingen. De marktgerichtheid zou hier beperkt dienen te blijven. De volkshuisvesting wordt door Mouwen ook in deze reeks geschaard, mijns inziens ten onrechte, want huisvesting is – analoog aan nutsbedrijven etcetera – gericht op goederen. Niet wordt duidelijk hoe het onderscheid tussen mensgericht en gericht op goederen/diensten functioneel kan zijn als criterium voor de vraag of en in hoeverre marktgerichte aanbidding wenselijk of mogelijk is.

Het is niet exclusief aan de overheid voorbehouden om te bepalen wat wel en niet tot het algemeen belang behoort¹¹⁰⁶, het is dan ook te beperkt om maatschappelijke ondernemingen slechts toe te laten op terreinen die hun basis vinden in de sociale grondrechten in de Grondwet¹¹⁰⁷. De overheid kan aangelegenheden tot het algemeen belang rekenen, maar anderen kunnen dat ook. Het is daarom niet wenselijk dat de overheid limitatief zou vaststellen in welke sectoren maatschappelijke ondernemingen op enig moment actief kunnen zijn. Het omgekeerde is wel voorstelbaar. De overheid hoeft niet te tolereren dat er maatschappelijke ondernemingen in het leven worden geroepen op basis van een opvatting over het algemeen belang die haaks staat op de opvattingen van de overheid zelf. Dan komt de openbare orde in het geding. Het is daarom denkbaar dat de overheid bepaalde sectoren van het maatschappelijk belang uitsluit, zodat organisaties die in die sectoren actief zijn, geen maatschappelijke ondernemingen kunnen zijn. Handhaving van een zodanige uitsluiting kan plaatsvinden op basis van artikel 2:20 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek: op verzoek van het openbaar ministerie kan de desbetreffende rechtspersoon door de rechtbank worden ontbonden. De rechtbank kan een termijn stellen waarbinnen de rechtspersoon haar doel kan aanpassen.

7.6.2. De altruïstische benadering

Marktgerichtheid staat niet in de weg aan het zijn van maatschappelijke onderneming. Marktgerichtheid heeft betrekking op de wijze waarop de onderneming acteert in het maatschappelijk verkeer. De maatschappelijke onderneming wordt niet in de eerste plaats gekenmerkt door een bepaalde wijze van ondernemen als wel door de – achterliggende – doelstelling waarop de onderneming is gericht. Aan de verlichting in mijn huis is niet te vast te stellen of de elektriciteit al dan niet wordt betrokken van een maatschappelijke onderneming. Tijdens een overtocht van Den Helder naar Texel merkt de passagier niet dat de veerdienst een maatschappelijke onderneming is. Een symptoom van dat laatste is wel de dienstregeling van de veerdienst, waarbij de bezettingsgraad van sommige

¹¹⁰⁶ Zie par. 3.5.2.

¹¹⁰⁷ Zie par. 2.12.

afvaarten slechts enkele procenten is¹¹⁰⁸. Hier is een sprake van een streven naar kwaliteit van dienstverlening aan de belanghebbenden. Indien kortetermijnwinst voor aandeelhouders het hoofddoel van de veerdienst was, zou de dienstregeling er wellicht anders uit zien. Voor de langere termijn is het overigens maar de vraag of de aandeelhouders slechter af zijn. Adam Smith wist reeds dat het eigen belang is gediend met inlevingsvermogen in de belangen en motieven van anderen¹¹⁰⁹. Hier stuiten we op het raakvlak tussen de termen maatschappelijke onderneming en maatschappelijk verantwoord ondernemen. Zoals Sijmons het verwoordt: de motivatie om maatschappelijk verantwoord te ondernemen kan voortkomen uit wat moet, uit wat hoort, maar ook en in toenemende mate uit wat loont¹¹¹⁰. Het is daarom zeer voorstelbaar dat ondernemingen worden opgezet als maatschappelijke onderneming, omdat de samenleving voor de beoogde activiteiten van de onderneming nu eenmaal een gerichtheid op een maatschappelijk belang eist. Hiervoor in paragraaf 7.2. is reeds gewezen op de kans op ‘greenwashing’, die deze ontwikkeling met zich meebrengt.

7.6.3. Overheidscontrole

De maatschappelijke onderneming ontleent haar bestaansrecht aan haar resultaat. Zij bereikt een beter resultaat dan de overheid en zij bereikt een beter resultaat dan een commercieel gedreven organisatie. Is één van beide niet het geval, dan verliest de maatschappelijke onderneming in principe haar bestaansrecht. De taakopvatting van de overheid speelt hierin echter een rol. Denkbaar is een situatie waarin rechtstreeks handelen van de overheid tot een goed resultaat zou leiden, misschien zelfs beter dan bereikbaar is voor de maatschappelijke onderneming, maar dat de ideologische visie van de overheid meebrengt dat zij niet in actie komt. In dat geval blijft er een taak voor de maatschappelijke onderneming om datgene te doen wat niemand anders doet.

¹¹⁰⁸ De importantie hiervan kan niet alleen aan de bezettingsgraad worden afgemeten. De wetenschap dat gedurende een groot deel van het etmaal ieder uur vertrek van het eiland mogelijk is, leidt tot een andere beleving van het verblijf op het eiland, dan wanneer slechts enkele malen per dag een veerboot vertrekt.

¹¹⁰⁹ Smith, blz. 544-545. De benadering van Botter – de betekenis van de maatschappelijke onderneming is vooral ook wat er voor medewerkers, afnemers en de maatschappelijke omgeving toe doet, de marketing van de maatschappelijke onderneming dient gericht te zijn op het scheppen en leveren van waarde voor de klant – sluit hier bij aan, waarmee de vraag rijst of die benadering een onderscheidend kenmerk van maatschappelijke ondernemingen is en niet veeleer opgeld doet voor elke onderneming die streeft naar continuïteit. Zie Botter, blz. 180 en blz. 366. Hetgeen overigens niet wil zeggen dat de benadering van Botter – op basis van de organisatietheorie van Van Dinten, zie Botter, blz. 342 – niet interessant is. Het valt buiten het kader van deze juridische studie om daar nader op in te gaan.

¹¹¹⁰ Sijmons (2001), blz. 1115.

Het kan een taak van de overheid zijn om te bevorderen en te controleren dat de maatschappelijke onderneming een beter resultaat bereikt dan zijzelf of een commerciële organisatie. Een eerste voorwaarde om dat te kunnen vast te stellen is dat de parameters van het resultaat duidelijk zijn. De maatschappelijke doelstellingen dienen geformuleerd te worden. Vervolgens dient een strategie te worden bepaald om de doelstellingen te bereiken. Het hangt van de taakopvatting van de overheid af, of zij zich beperkt tot het stellen van randvoorwaarden, of dat zij ook de maatschappelijke doelstellingen formuleert, of dat zij zich zelfs met de strategie van de maatschappelijke onderneming bemoeit. Tenslotte kan de beleidsmatige ruimte van maatschappelijke ondernemingen in zodanige mate beperkt worden dat niet meer van ondernemen gesproken kan worden, de desbetreffende organisaties zijn dan uitvoeringsorganen van de overheid geworden, waarbij zij zich slechts van overheidsorganen kunnen onderscheiden doordat zij – naast overheidsfinanciering – gebruik (kunnen) maken van particuliere investeerders¹¹¹¹. De zeggenschapsstructuur van een zodanige organisatie is een façade.

Die taakopvatting van de overheid staat onder invloed van twee factoren. De eerste is de ideologie. Van der Ploeg wijst op het verschil in benadering door de diverse politieke stromingen in Nederland¹¹¹². Voor sociaaldemocraten is het privaatrechtelijke karakter uitsluitend historisch bepaald, in feite voeren maatschappelijke ondernemingen publieke taken uit en zijn zij te beschouwen als decentrale overheden. In de christendemocratie is er enerzijds de invloed van het rooms-katholieke corporatisme en anderzijds het neocalvinistische leerstuk van de soevereiniteit in eigen kring. Beide zien een eigen rol voor particuliere organisaties en overheid, die elkaar aanvullen. Vanuit liberaal gezichtspunt vormen private organisaties en initiatieven een tegenwicht tegen een te dominante overheid of ontwikkelen zij initiatieven die a fortiori niet tot het takenpakket van de overheid behoren. Hiermee is gezegd dat de speelruimte van maatschappelijke ondernemingen altijd onder politieke invloed zal variëren.

De tweede factor is de publieke opinie. Onder invloed van de massamedia is de ministeriële verantwoordelijkheid opgerekt. Leden van de Tweede Kamer stellen naar aanleiding van nieuwsberichten vragen van allerlei aard aan ministers, soms ook over zaken die buiten de formele verantwoordelijkheid van de overheid vallen. Daar kan een appèl van uitgaan aan de overheid om verantwoordelijkheden op zich te nemen, ook op terreinen waar de overheid die volgens de heersende opvattingen niet heeft¹¹¹³ of waarin overheidsoptreden niet effectief is en voor-

¹¹¹¹ Dat laatste zal geen lang leven beschoren zijn, want investeerders willen beslissingsruimte voor zichzelf of voor een ondernemingsbestuur waar zij vertrouwen in hebben. Het principe dat wie betaalt bepaalt zal zich als een natuurwet laten gelden, ook in omgekeerde zin: wie niets kan bepalen, is niet bereid om te betalen.

¹¹¹² Van der Ploeg (2008), blz. 111 e.v.

¹¹¹³ Van Bijsterveld, blz. 16.

namelijk leidt tot een toename van administratieve lasten. Beide factoren raken elkaar, aangezien de ideologische factor mede zal bepalen hoe men op de druk van de publieke opinie zal reageren.

De keerzijde van 'het primaat van de politiek' zal altijd en onvermijdelijk zijn dat overheidsbeleid gepaard gaat met een zeker mate van inconsistentie en discontinuïteit. Voor de continuïteit van de maatschappelijke onderneming is het daarom noodzakelijk dat de juridische vormgeving een mate van bescherming biedt tegen de discontinuïteit van het overheidsbeleid. Hier ontwaren wij een spanningsveld, omdat de overheid van haar kant niet iedere beleidsruimte ten aanzien van maatschappelijke ondernemingen mag verliezen. De soevereiniteit wordt immers niet gedeeld met het maatschappelijk middenveld. Het is een juridische uitdaging ten aanzien van de maatschappelijke onderneming om een rechtsvorm te ontwikkelen die het juiste evenwicht biedt. De wetgever zal immers aan de maatschappelijke onderneming slechts de hiervoor bedoelde bescherming willen geven indien er voldoende waarborgen zijn dat de gegeven vrijheid niet misbruikt zal worden voor doeleinden die thuishoren bij de klassieke onderneming, met andere woorden voor het creëren van winstmaximalisatie voor aandeelhouders. In het verlengde daarvan dient ook gedacht te worden aan het beloningsniveau en de beloningsstructuur voor bestuurders. Hier dient zich een tweede spanningsveld aan, want de maatschappelijke onderneming dient wel in staat te blijven om investeerders en gekwalificeerde bestuurders aan te trekken. Waar maatschappelijke ondernemingen zich bewegen op terreinen die gerekend worden tot de sociale grondrechten, zoals onderwijs, gezondheidszorg en sociale woningbouw, is het inherent dat de overheid een vorm van permanente bemoeienis in stand houdt. De sociale grondrechten zijn immers grondwettelijk een onderwerp van permanente aandacht voor de overheid. Het ligt voor de hand dat de overheid op deze terreinen niet alleen kaderstellend, maar ook taakstellend optreedt ten opzichte van maatschappelijke ondernemingen.

7.7 WINSTUITKERING

Een vraag die in de discussie rond de maatschappelijke onderneming telkens weer wordt gesteld, is die naar de toelaatbaarheid van de uitkering van winst aan investeerders (aandeelhouders). Deze vraag is met name actueel in de zorg¹¹¹⁴, maar kan ook actueel worden in het onderwijs en in de sociale woningbouw. In de zorgsector speelt de wens om privaat risicodragend kapitaal toe te laten, ten einde de overheidslasten te verlichten. Tegelijk is men er huiverig voor, dat vermenging van overheidskapitaal en privaat kapitaal er toe kan leiden dat rendement op overheidsinvesteringen ten goede komt aan private partijen. Een

¹¹¹⁴ Op 18 februari 2013 heeft de Minister een nota van wijziging ingediend bij de Tweede Kamer op Wetsvoorstel 33168, dat via een wijziging van onder meer de Wet toelating zorginstellingen (WTZi) uitkering van winst door ziekenhuizen onder voorwaarden mogelijk zal maken.

positiebepaling is te vinden in de zogenaamde eerste kapitaallastenbrief van de minister van VWS.

In maart 2005 schreef de toenmalige minister van VWS aan de Tweede Kamer, dat hij voor de zorgsector streefde naar ‘concurrentieprikkels waar het kan, overheidssturing waar het moet’¹¹¹⁵. De minister gaf aan dat zorginstellingen zelf een grotere verantwoordelijkheid dienden te gaan dragen voor hun investeringen en de financiering daarvan. Uitgangspunt was één oplossingsrichting voor de gehele zorgsector, ondanks grote zorginhoudelijke en bestuurlijke verschillen tussen cure en care¹¹¹⁶. De gekozen ene oplossingsrichting wordt gekenmerkt door meer ruimte voor ondernemerschap. Verschillende adviesorganen, zoals de WRR en de SER, signaleerden dat er in de sector behoefte was om het maatschappelijk ondernemerschap te ontwikkelen. Dat zou enerzijds gepaard dienen te gaan met toegang tot de kapitaalmarkt, anderzijds met herinvestering in de zorg van behaalde winsten. Overigens sloot de minister niet uit dat zorginstellingen onder bepaalde voorwaarden winst zullen uitkeren. In ieder geval leken de minister en (een deel van) de zorgsector elkaar gevonden te hebben op het punt van het ondernemerschap. De instellingen hadden behoefte aan ruimte om te ondernemen en de minister wilde die ontwikkeling stimuleren en faciliteren.

De brief van de minister ging vergezeld van een bijlage, te weten een rapport van een interdepartementale werkgroep, getiteld ‘Transparante en integrale tarieven in de gezondheidszorg’.¹¹¹⁷ Hoofdstuk 6 van dat rapport is gewijd aan de rechtsvorm van zorginstellingen. Gesteld wordt dat de stichtingsvorm een aantal bestuurlijke zwakheden heeft, hetgeen mede zou blijken uit de toelatingseisen die de WTZi aan de statuten van zorginstellingen stelt¹¹¹⁸. De minister gaf aan geleidelijk toe te willen naar ‘maatschappelijke ondernemingen’ die – ten eerste – bestuurlijk sterker zouden zijn en – ten tweede – een positie zouden bieden aan risicodragend kapitaal en derhalve ook de mogelijkheid zouden bieden tot uitkering van dividend. Het toelaten van een winstoogmerk in de zorg zou onvermijdelijk gepaard gaan met nieuwe ‘eigendomsverhoudingen’ in de zorg, anders gezegd: de figuur van de aandeelhouder zou zijn entree gaan maken in zorginstellingen¹¹¹⁹. Het spookbeeld dat opdoemt bij een zorginstelling met aandeelhouders is de mogelijkheid, die daarmee zou ontstaan, dat publieke middelen

¹¹¹⁵ Brief van 8 maart 2005 van de Minister en de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, bekend als de eerste kapitaallastenbrief, TK 2004/2005, 27659 nummer 52.

¹¹¹⁶ Eerder had de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg de minister geadviseerd om het toestaan van een winstoogmerk per sector te regelen (rapport *Winst en gezondheidszorg*, uitgebracht 2002).

¹¹¹⁷ “Transparante en integrale tarieven in de gezondheidszorg”, bijlage bij de eerste kapitaallastenbrief.

¹¹¹⁸ Bijlage kapitaallastenbrief, blz. 27.

¹¹¹⁹ Bijlage kapitaallastenbrief, blz. 28.

‘weglekken’ uit de zorg naar de private partijen, doordat winst kan worden uitgekeerd aan de aandeelhouders. De minister onderkent dat weglekken van middelen uit de sector ook op andere manieren vormgegeven kan worden. Bijvoorbeeld doordat een toegelaten zorginstelling (een stichting) de feitelijke verlening van de zorg overlaat aan een onderaannemer (een B.V.). Deze route wordt in de praktijk al gevolgd, maar volgens de minister zijn de mogelijkheden tot weglekken beperkt, omdat de verzekeraars met hun tarieven de onderhandelingsruimte tussen zorginstelling en onderaannemers limiteren. Tenslotte zouden publieke middelen uit de sector kunnen verdwijnen doordat economische waarde – zoals gebouwen – worden verkocht en de verkoopopbrengst wordt uitgekeerd. Artikel 18 van de WTZi beoogt dat te voorkomen door voor te schrijven dat de opbrengst aan een AWBZ-fonds toe dient te komen, maar de minister signaleert nog twee hiaten in de regeling: afhankelijk van het oogmerk van de koper dient de verkoop plaats te vinden tegen ofwel de boekwaarde, ofwel de waarde in het economisch verkeer. Een tweede hiaat vormen de sale-and-lease-back constructies, waarmee inschakeling van toezicht door het CSZ kan worden voorkomen.

De minister noemde twee voorwaarden waaraan in ieder geval dient te worden voldaan om winstuitkering door zorginstellingen toe te staan: er dient een transparante integrale prestatiebekostiging te zijn (inclusief de kosten van de infrastructuur, zoals gebouwen en apparatuur) en het ondernemersrisico dient volledig door de zorginstellingen zelf gedragen te worden¹¹²⁰. Voorts dient de opbrengst bij verkoop van een instelling aan een commerciële partij toe te komen aan het AWBZ-fonds. Daarnaast zijn er voorwaarden om publieke belangen te borgen, zoals de kwaliteit van de zorg, de toegankelijkheid voor alle patiënten, de betaalbaarheid, goed bestuur en toezicht en fiscale gelijke behandeling (wat neerkomt op belastingplicht voor de Vennootschapsbelasting, zoals andere commerciële dienstverleners, en vrijstelling van BTW, zoals andere zorgaanbieders)¹¹²¹. Aan deze voorwaarden werd volgens de minister op dat moment niet voldaan en hij verwachtte dat de tijd tot 2012 nodig is om een situatie te bereiken waarin wel aan al zijn voorwaarden voor winstuitkering door zorginstellingen zal zijn voldaan.

Op 9 juli 2007 kwam de minister hier op terug¹¹²², waarbij hij aangaf te streven naar een maatschappelijke ondernemingsvorm die nauw aansluit bij het wetsvoorstel dat op dat moment in voorbereiding is op het Ministerie van Justitie. Overigens gaf hij toe dat de N.V. en de B.V. voor instellingen aantrekkelijke

¹¹²⁰ Bijlage kapitaallastenbrief, blz. 31.

¹¹²¹ Bijlage kapitaallastenbrief, blz. 34.

¹¹²² Brief van 9 juli 2007 van de Minister en de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, TK 2006/2007, 27659 nummer 80.

rechtsvormen zijn, vanwege hun toegang tot risicodragend kapitaal¹¹²³. Aandeelhouders kunnen bevorderen dat instellingen doelmatig te werk gaan, daar staat tegenover dat korte termijn belangen dominant kunnen worden ten koste van de maatschappelijke betrokkenheid, waardoor de kwaliteit en de continuïteit van de zorg bedreigd kunnen worden¹¹²⁴.

In 2009 werd het wetsvoorstel tot invoering van de maatschappelijke onderneming ingediend door de minister van justitie¹¹²⁵. Zorginstellingen zullen in het algemeen aan de kenmerken van een maatschappelijke onderneming voldoen, zodat nagenoeg iedere zorginstelling die dat wenst de rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming kan aannemen. De maatschappelijke onderneming wordt toegevoegd aan het bestaande palet aan rechtsvormen als extra keuzemogelijkheid. Het wetsvoorstel introduceerde twee varianten voor de modaliteit maatschappelijke onderneming: de M.O. en de M.O.W., waarbij de laatste zich van de eerste onderscheidt door de statutaire mogelijkheid om winstbewijzen uit te geven. De gezamenlijke houders van die winstbewijzen vormen de vergadering van winstbewijshouders, voor zover de wet en de statuten bevoegdheden aan de winstbewijshouders toekennen¹¹²⁶. De rechten kunnen per winstbewijshouder verschillen¹¹²⁷. De minister van VWS had kennelijk het oog op de M.O.W.-variant.

Het beleid van de minister is gericht op de bescherming van drie publieke belangen¹¹²⁸. Ten eerste is daar de betaalbaarheid van de zorg, de premies van de (verplichte) zorgkostenverzekering dienen beheersbaar te blijven. Concurrentieverhoudingen brengen weliswaar mee dat aanbieders hun kostprijs zo laag mogelijk zullen willen stellen, maar concurrentie kan ook leiden tot het zoeken van nieuwe markten en het aanwakkeren van de vraag naar zorg. Ten tweede dient de kwaliteit van de zorg gehandhaafd te blijven, derhalve dient te worden voorkomen dat zorgaanbieders om de kostprijs te verlagen kwaliteit gaan inleveren. Ten derde dient zorg toegankelijk te zijn, dat wil zeggen dat iedere patiënt binnen een aanvaardbare reisafstand toegang kan krijgen tot die zorg die hij op dat moment nodig heeft.

Uitkering van winst is onlosmakelijk verbonden met het aantrekken van risicodragend kapitaal. Dit raakt een element uit het huidige overheidsbeleid: het

¹¹²³ Bijlage kapitaallastenbrief, blz. 12

¹¹²⁴ De minister onderkent hier mijns inziens de risico's die enkele jaren later geleid hebben tot de kredietcrisis.

¹¹²⁵ Het wetsvoorstel was voorafgegaan door een voorontwerp, dat ter consultatie aan enige tientallen brancheorganisaties was voorgelegd. Zie Helder (2007), blz. 611 e.v.

¹¹²⁶ Artikel 307k, lid 6, Wetsvoorstel.

¹¹²⁷ MvT, blz. 47.

¹¹²⁸ Zie Meersma, blz. 1459.

bevorderen van een aantrekkelijk investeringsklimaat in de zorgsector. De Raad van State wees de minister er tien jaar geleden reeds op dat marktwerking en een winstuitkeringverbod zich niet met elkaar verdragen¹¹²⁹.

De vraag rijst in hoeverre de hiervoor genoemde drie publieke belangen worden bedreigd door de mogelijkheid om winst uit te keren en – zo ja – of het beperken daarvan voldoende bescherming biedt. Is dat laatste niet het geval, dan dient uitkering van winst immers in het geheel niet te worden toegestaan. De vraag kan ook van de andere kant worden benaderd: welk belang is er mee gediend, dat uitkering van winst wordt beperkt? Welk belang is er mee gediend dat uitkering van winst wordt uitgesloten? En wat zijn de nadelen?

Zoals in paragraaf 3.9 vermeld, is dit vraagstuk onderzocht door Plomp. Zij bepleit een vermogensklem voor het eigen vermogen van de rechtspersoon dat aanwezig is op het moment dat winstuitkering mogelijk wordt gemaakt. Dit vermogen zou vastgelegd dienen te worden in een accountantsverklaring. Winstuitkeringen dienen vervolgens niet toegestaan te zijn, indien en voor zover het eigen vermogen kleiner is of door de winstuitkering kleiner wordt dan door de accountant op het hiervoor bedoelde moment is vastgesteld en gedurende een zekere periode (bijvoorbeeld tien jaar) zou de onderneming aandelen slechts mogen inkopen tegen een koopprijs van ten hoogste de nominale waarde¹¹³⁰. Het beklemd eigen vermogen wordt door Plomp gedefinieerd als het saldo van activa en passiva¹¹³¹, derhalve als een bedrag. Door inflatie zal de vermogensklem in de loop der tijd aan betekenis verliezen en het is de vraag of dat erg is. Het verband tussen de publieke financiering uit het verleden en de actuele activa van de onderneming zal in hetzelfde tempo vervagen. Het alternatief – activa die tot in het oneindige onder een vermogensklem vallen en daarmee aan het economisch verkeer worden onttrokken – kan een optimaal efficiënte inzet van middelen hinderen. De maatschappelijke wenselijkheid daarvan is lastig te onderbouwen.

We keren nog even terug naar de winstbewijzenregeling uit het wetsvoorstel. Winstbewijzen hebben met aandelen gemeen dat ze worden uitgereikt tegen storting van kapitaal, waartegenover een recht op winst en een recht op zeggenschap staan. Toch werd er een fundamenteel verschil tussen een aandeelhouder en een winstbewijshouder beoogd. Omdat bij de M.O.W. het maatschappelijke belang voorop behoort te blijven staan, zal de zeggenschap van de winstbewijshouder beperkter dienen te zijn dan de zeggenschap van een aandeelhouder in

¹¹²⁹ Raad van State, 2000/2001, 27659, A, blz. 13 e.v., zie ook Plomp (2011), blz. 460.

¹¹³⁰ Plomp (2011), blz. 497.

¹¹³¹ Plomp kiest hiermee voor de flexibele leer ten aanzien van de vermogensklem, zie 3.11.

een N.V. of B.V.¹¹³² De praktijk zal ooit dienen uit te wijzen of de zeggenschap van winstbewijshouders zoveel anders zal zijn dan die van aandeelhouders. In die vergelijking zou ook de positie van een commanditaire vennoot in een commanditaire vennootschap kunnen worden betrokken. Ook diens invloed dient beperkt te blijven. Anders dan voor de winstbewijshouder vloeit die beperking evenwel voor de commanditaire vennoot niet voort uit de maatschappelijke positie van de onderneming, maar uit zijn eigen behoefte om niet aansprakelijk te worden voor schulden van de onderneming. Met andere woorden: de commanditaire vennoot loopt zelf een risico indien hij teveel invloed uitoefent op de onderneming, de winstbewijshouder daarentegen zou niet door enig risico worden weerhouden om te streven naar maximale bemoeienis met de maatschappelijke onderneming.

Indien de modaliteit M.O.W. vervangen zou worden door de mogelijkheid om de modaliteit M.O. toe te kennen aan een kapitaalvennootschap, zou de regeling van de maatschappelijke regeling aanmerkelijk transparanter worden. Er is dan ook alle reden voor een verdere uitwerking van deze suggestie, waarbij een maximering van de mogelijke winstuitkering onderdeel van de regeling kan zijn¹¹³³. De Zorgbrede Governancecode 2010 anticipeert hier reeds op door voor te schrijven dat het dividendbeleid dient te worden bepaald met inachtneming van de maatschappelijke doelstelling van de zorgorganisatie¹¹³⁴.

De M.O.W. zou dienen zorg te dragen dat de publieke en de particuliere geldstromen gescheiden blijven. Winstbewijzen zijn dan niet geschikt om het eigen vermogen van de rechtspersoon in het algemeen te versterken, zij dienen te worden uitgegeven voor de financiering van een specifieke activiteit. Die specifieke activiteit diende in de statuten te worden omschreven¹¹³⁵. Het is maar de vraag of dat beantwoordt aan het doel van de minister, de maatschappelijke onderneming wordt toegankelijk voor privaat kapitaal, maar toch ook weer niet.

Deze regeling zou er in de praktijk op neergekomen zijn, dat de M.O.W. een afzonderlijke jaarrekening moet opmaken voor ieder activiteit waarin is geïnvesteerd door winstbewijshouders. De winstbewijshouders mogen slechts revenuen genieten uit die specifieke activiteiten waarin zij hebben geïnvesteerd. Daarentegen zal het door de winstbewijshouder beschikbaar gestelde vermogen ook ten

¹¹³² Zie ook de brief van de Minister van VWS aan de Tweede Kamer d.d. 9 juli 2009, kenmerk MC-U-2941595, blz. 34, waarin wordt gepleit voor een wettelijke begrenzing van de invloed van kapitaalverschaffers in de zorg.

¹¹³³ Anders dan De Ru c.s. ben ik van mening dat de karakter van de kapitaalvennootschap zich daar niet a fortiori tegen verzet. Zie De Ru c.s.

¹¹³⁴ Zie artikel 5.2, Zorgbrede Governancecode 2010, te raadplegen op <http://www.brancheorganisatieszorg.nl/doc/ZorgbredeGovernancecode2010BoZ.pdf>.

¹¹³⁵ Artikel 2:307k lid 2, Wetsvoorstel.

aanzien van andere activiteiten van de rechtspersoon risicodragend zijn. Aan die consequentie is te ontkomen – en dat zullen oplettende investeerders derhalve verlangen – door te investeren in een afzonderlijke rechtspersoon. Daarmee wordt ook de transparantie gediend. De risicodragendheid brengt bovendien mee, dat de jaarrekeningen niet volledig gescheiden opgemaakt kunnen worden. Voor een volledig beeld van de vermogenssituatie is ook een ‘pseudogeconsolideerde’ jaarrekening nodig. In de praktijk zal dit niet of nauwelijks werkbaar zijn. Welke jaarrekening levert dan een getrouw beeld van de financiële positie van de rechtspersoon?¹¹³⁶

Een reden om uitkering van winst door zorginstellingen te verbieden of te beperken, is gelegen in de – al dan niet veronderstelde – herkomst van de thans in de sector aanwezige middelen. Dit zouden publieke middelen zijn en winstuitkering zou er toe kunnen leiden dat deze middelen door middel van winstuitkering bij private partijen terecht komen en aldus aan de zorg worden onttrokken. Het is de vraag of dat ongewenst is indien daar een grotere instroom aan middelen in de sector tegenover zou staan. Hiermee in verband staat de vraag wat in dit verband onder publieke middelen dient te worden verstaan: betreft het hier specifieke activa of betreft het een waarde die in een bedrag kan worden uitgedrukt? In dit verband kan gewezen worden op de regeling ten aanzien van een stichting, die wordt omgezet in een N.V. of B.V. In de statuten van die N.V. c.q. B.V. dient een bepaling te worden opgenomen, dat het op moment van omzetting aanwezige vermogen en de vruchten daarvan slechts met rechterlijke machtiging anders besteed mogen worden dan aan het doel van stichting, zoals dat ten tijde van de omzetting luidde¹¹³⁷.

Ten aanzien van de reikwijdte van deze ‘vermogensklem’ bestaan twee opvattingen. In de eerste opvatting omvat de vermogensklem de activa en de passiva op de balans van de rechtspersoon op de dag van omzetting. In de tweede opvatting rust de vermogensklem niet op activa en passiva, maar op de waarde van het eigen vermogen op de dag van omzetting¹¹³⁸. In de tweede opvatting is het lastig om de vruchten van het beklemd vermogen aan te wijzen (een evenredig deel van het totaal der vruchten?). Op 21 januari 2011 heeft de Hoge Raad uitgesproken dat artikel 18 lid 6 niet meebrengt dat de vermogensklem een afscheiden vermogen behelst¹¹³⁹. Daarmee lijkt de Hoge Raad te kiezen voor de tweede opvatting, evenals Plomp¹¹⁴⁰.

¹¹³⁶ Artikel 2:393 lid 5, Burgerlijk Wetboek.

¹¹³⁷ Artikel 2: 18 lid 6, Burgerlijk Wetboek. Gewoonlijk wordt het desbetreffende doel daartoe in de statuten geciteerd.

¹¹³⁸ Snijders-Kuipers, blz. 135 e.v.

¹¹³⁹ Hoge Raad 21 januari 2011, Eerste Kamer, 09/04463 RM/AS (Optas).

¹¹⁴⁰ Zie par. 3.9.

Een analoge regeling zou kunnen gelden voor rechtspersonen, die door middel van omzetting (in een maatschappelijke onderneming of in een kapitaalvennootschap) zichzelf toegankelijk maken voor privaat kapitaal. Het aanwijsbaar door de overheid verstrekte kapitaal zou onder een vermogensklem kunnen vallen, waarvan de waarde en de vruchten slechts voor uitkering vatbaar zijn, indien en voor zover zij dat voor de omzetting waren.

Deze regeling is wezenlijk afwijkend van hetgeen het wetsvoorstel wilde. Uitgangspunt is immers niet welk deel van het vermogen uitkeerbare vruchten oplevert, maar welk deel van het vermogen beklemd is. Bovendien wordt hiermee de eenvormigheid van regelingen bevorderd¹¹⁴¹.

Indien de overheid niet de waarde, maar de activa waarin zij geïnvesteerd heeft onder een vorm van vermogensklem wenst te brengen, dan betekent dat mijns inziens dat zij zich de 'economische eigendom' wenst voor te behouden. De waardeontwikkeling van een goed is immers een zaak die uiteindelijk de eigenaar aangaat. Uit oogpunt van transparantie zou de overheid in die gevallen de (juridische) eigendom zich dienen voor te behouden of te verwerven, waarbij aan de maatschappelijke onderneming een zakelijk genotsrecht of een contractueel gebruiksrecht wordt gegeven.

Opvallend aan de winstbewijzenregeling in het wetsvoorstel was de beperking van het winstrecht naar de bron en niet door het winstrecht generiek te maximeren, zoals in buitenlandse regelingen¹¹⁴² wel geschiedt. De redenen voor maximering van het winstrecht zouden zijn gelegen in het maatschappelijke karakter van de rechtspersoon. Investeerders wordt een redelijk geacht rendement gegund, maar de daar boven uit komende overwinst wenst men uitsluitend ten goede te doen komen aan het maatschappelijk belang dat door de rechtspersoon wordt nagestreefd. De beperkingen zijn gekoppeld aan de door de rechtspersoon behaalde winst en/of aan een rentepercentage van bijvoorbeeld staatsleningen of een wettelijke rente (eventueel met een opslag). Het winstrecht vertoont op die manier derhalve verwantschap met het karakter van preferente of cumulatief preferente aandelen. Een regeling die het winstrecht maximeert is in de praktijk uitvoerbaar, voor wat betreft een beperking van winstrecht naar de bron is dat in de praktijk problematisch. Onderlinge verwevenheid van activiteiten van een rechtspersoon kan het lastig of zelfs onmogelijk maken om vast te stellen, welk winstdeel aan de uitkeerbare bron kan worden toegerekend. En gesteld dat winstallocatie in een bepaald geval goed mogelijk blijkt te zijn, dan is winstuitkering niet mogelijk indien bepaalde activiteiten van de rechtspersoon wel winstgevend zijn, maar de rechtspersoon als geheel niet. Het belang van de rechtspersoon verzet zich daartegen en wellicht is ook het maatschappelijk belang er

¹¹⁴¹ Dit is voor de praktijk niet onbelangrijk, aangezien omzetting van stichtingen in andere rechtsvormen in de zorg wordt toegepast (bijvoorbeeld het Slotervaartziekenhuis in Amsterdam).

¹¹⁴² Zoals de Belgische VSO, de Engelse CIC en de Zweedse BVU.

niet mee gediend, bijvoorbeeld omdat formele clausulering leidt tot verminderde investeringsbereidheid, terwijl het maar de vraag is of het ontbreken van die clausulering structureel leidt tot exorbitante dividenden.

Tenslotte past een geobjectiveerde beperking van winstuitkeringen niet bij de maatschappelijke ontwikkeling die zich manifesteert in de modernisering van de B.V. wetgeving per 1 oktober 2012 (de zogenaamde flex B.V.)¹¹⁴³, waarin objectieve kapitaalbeschermingsregels in belangrijke mate zijn verdwenen ten gunste van een algemene verantwoordelijkheid van het bestuur om betalingsonmacht als gevolg van uitkeringen aan aandeelhouders te voorkomen¹¹⁴⁴. Daaraan analoog kan het bestuur van een maatschappelijke onderneming de wettelijke verantwoordelijkheid krijgen om niet meer winst uit te keren dan in het licht van het maatschappelijk belang aanvaardbaar is. Maar ook niet minder: winstuitkering kan in het maatschappelijk belang zijn¹¹⁴⁵. Met andere woorden: door deze verantwoordelijkheid bij het bestuur van de vennootschap te leggen, kan een ‘mechanische’ wettelijke of statutaire winstklem achterwege blijven. De Amerikaanse benefit corporation dient zich aan als voorbeeld¹¹⁴⁶. In het licht van het toetsingskader voor wetgeving¹¹⁴⁷ kan zelfs gezegd worden dat bij de huidige maatschappelijke ontwikkelingen een wettelijke of statutaire winstklem disproportioneel en daarom ondoelmatig is. De discussie over winstuitkering in de zorg zou zich dan ook dienen toe te spitsen op de doelmatigheid van een wettelijk verbod of een wettelijke beperking in plaats van haar uitgangspunt te nemen in de status quo.

7.8 CONCLUSIE

De onderzoeksvragen

In hoofdstuk 1 zijn de volgende onderzoeksvragen geformuleerd:

1. Welke inhoud kan worden gegeven aan de term maatschappelijke onderneming
 - a. Welk begrip maatschappelijke onderneming lag ten grondslag aan het wetsvoorstel?
 - b. Hoe sluit de term maatschappelijke onderneming aan bij andere juridische begrippen rond de term onderneming?
 - c. Kan een consistente definitie van de maatschappelijke onderneming worden gegeven?

¹¹⁴³ Wet van 18 juni 2012, Staatsblad 2012, 299.

¹¹⁴⁴ Artikel 2:216, Burgerlijk Wetboek.

¹¹⁴⁵ Immers ook de aandeelhouders zijn stakeholder van de maatschappelijke onderneming en tegenover hun belang bij uitkering kan onder omstandigheden onvoldoende of geen belang tot investeren c.q. reserveren staan. Zie ook Houwen (2011), blz. 59.

¹¹⁴⁶ Zie par. 5.8.

¹¹⁴⁷ Zie hoofdstuk 1.

2. Waarin onderscheiden maatschappelijke ondernemingen zich in de praktijk van andere ondernemingen?
3. Is het concept maatschappelijke onderneming inpasbaar in de systematiek van de huidige rechtspersonenwetgeving?
4. Biedt de regulering van de governance een alternatief voor een wettelijke regeling van de maatschappelijke onderneming?
5. Welke motieven en oplossingen zijn met betrekking tot de maatschappelijke onderneming te ontleen aan buitenlandse wettelijke regelingen?
6. Zou het wetsvoorstel hebben voorzien in een maatschappelijke behoefte?
7. Aan welke wettelijke regeling(en) heeft de maatschappelijke onderneming behoefte?

Om antwoorden te vinden hebben we het historisch kader geschetst, dat heeft geleid tot wetsvoorstel 32003 in hoofdstuk 2, de anatomie van de maatschappelijke onderneming beschreven in hoofdstuk 3, governance codes onderzocht in hoofdstuk 4 en buitenlandse ontwikkelingen verkend in hoofdstuk 5. In hoofdstuk 6 werden twee praktijkvoorbeelden belicht. Thans kunnen we bezien tot welke antwoorden op de gestelde vragen het verkregen inzicht leidt.

7.8.1. Eerste onderzoeksvraag

De eerste onderzoeksvraag betrof de inhoud van de term maatschappelijke onderneming. Het wetsvoorstel bleek te zijn gebaseerd op een begrip maatschappelijke onderneming dat is geëvolueerd uit het door Balkenende gebruikte begrip maatschappelijke organisaties, dat uitging van een aanzienlijk potentieel aan zelforganiserend vermogen van het maatschappelijk middenveld¹⁴⁸. Inmiddels lijkt de factor ‘maatschappelijk middenveld’ geen cruciale rol meer te spelen in de discussie rond de term maatschappelijke onderneming, het speelveld van de maatschappelijke onderneming is in ieder geval breder. De maatschappelijke onderneming heb ik gedefinieerd als een organisatie van kapitaal en arbeid, die duurzaam aan het maatschappelijk verkeer deelneemt met het doel een objectief meetbaar resultaat – ‘winst’ – te behalen, waarmee een belang wordt gediend dat het belang van individuen of beperkte groepen overstijgt¹⁴⁹. Een maatschappelijke onderneming is een onderneming, dat wil zeggen een organisatie van kapitaal en arbeid, die streeft naar een objectief bepaalbare vorm van winst¹⁵⁰, welke winst een belang dient dat de belangen van individuen en/of beperkte groepen overstijgt¹⁵¹.

¹⁴⁸ Zie par. 2.3 en par. 2.15.

¹⁴⁹ Zie par. 3.3.

¹⁵⁰ Winst als synoniem van resultaat of rendement.

¹⁵¹ Zie par. 3.3.

Met deze definitie is afstand genomen van een benadering die uitgaat van een gegroeide praktijk, waarin bepaalde sectoren – zorg, onderwijs, sociale woningbouw – maatschappelijke ondernemingen zouden zijn ¹¹⁵²of zouden dienen te worden. Enerzijds is de maatschappelijke onderneming met deze definitie niet gebonden aan of beperkt tot bepaalde sectoren, anderzijds claimt deze definitie geen enkele sector als exclusief domein van de maatschappelijke onderneming. Er is daarom ruimte voor het naast elkaar bestaan van maatschappelijke ondernemingen en klassieke ondernemingen in dezelfde sector. Politieke en maatschappelijke ontwikkelingen worden door deze definitie niet in een bepaalde richting gestuurd. De rechtsvorm volgt de organisatie, is daaraan facilitair.

7.8.2. Tweede onderzoeksvraag

De tweede onderzoeksvraag richtte zich op het onderscheid tussen de maatschappelijke onderneming en andere ondernemingen. Maatschappelijke ondernemingen lijken zich niet sterk te onderscheiden door hun anatomische kenmerken¹¹⁵³, zij het dat er specifieke eisen worden gesteld aan het doel en aan het toezicht van de rechtspersoon.

Het doel dat de maatschappelijke onderneming nastreeft kan zich niet beperken tot de belangen van een individu of een beperkte groep, maar omgekeerd betekent een bredere doelstelling niet zonder meer dat de betreffende rechtspersoon een maatschappelijke onderneming is¹¹⁵⁴. Daarvoor is ook nodig dat het nastreven van een maatschappelijk belang het dominante oogmerk is van de rechtspersoon. Het bestuur van een maatschappelijke onderneming heeft geen andere taak dan het bestuur van iedere andere rechtspersoon, samen te vatten als het nastreven van het doel van de rechtspersoon en de continuïteit van de rechtspersoon en het leiding geven aan de organisatie van de rechtspersoon¹¹⁵⁵. Het doel van de maatschappelijke onderneming geeft een bepaalde inkleuring aan haar activiteiten en daarmee aan het handelen van haar bestuurders, maar de relatie van het bestuur tot het doel is geen andere dan bij iedere andere rechtspersoon¹¹⁵⁶.

¹¹⁵² Deze benadering vanuit de praktijk wordt bijvoorbeeld nog gehanteerd door Van Leeuwen & Simons.

¹¹⁵³ Zie par. 3.13.

¹¹⁵⁴ Ook rechtspersonen die een klassieke onderneming drijven kennen soms een brede statutaire doelstelling, al dan niet leidend tot een breed scala aan activiteiten en ze kunnen zich richten op een brede doelgroep.

¹¹⁵⁵ Zie par. 3.6.

¹¹⁵⁶ Dit neemt niet weg dat het voor het goed functioneren als bestuurder nodig kan zijn om een persoonlijke affiniteit met het doel van de rechtspersoon te hebben.

Het (interne) toezichthoudende orgaan houdt toezicht op het bestuur en heeft als zodanig bij de maatschappelijke onderneming geen andere taak dan bij andere ondernemingen. De beoordelingsnormen worden mede bepaald door het maatschappelijk doel, dat kan een verschil uitmaken ten opzichte van andere ondernemingen¹¹⁵⁷. In het voorgaande is betoogd dat het hier een gradueel verschil betreft.

Medezeggenschap is in Nederland minutieus wettelijk geregeld voor werknemers in ondernemingen, voor medewerkers, leerlingen, studenten en ouders in het onderwijs en cliënten in de zorg¹¹⁵⁸. Ook buiten het kader van wettelijke verplichtingen is er veel aandacht voor de dialoog met stakeholders. Organisaties die zich als maatschappelijke onderneming wensen te profileren lopen hierin voorop¹¹⁵⁹, maar welbegrepen eigenbelang brengt voor iedere onderneming mee dat het bestuur regelmatig contact onderhoudt met de relaties die haar producten of diensten afnemen en anderen die haar functioneren in het sociale en economische verkeer kunnen beïnvloeden.

Ten aanzien van de financiering van de maatschappelijke onderneming heeft lang in de literatuur de discussie gespeeld of uitgifte van aandelen of andere vormen van winstbewijzen mogelijk is, met als consequentie dat behaalde winst zou kunnen worden uitgekeerd aan kapitaalverschaffers¹¹⁶⁰. Bedragen die aan de kapitaalverschaffers worden uitgekeerd zijn daarmee immers onttrokken aan verplichte aanwending ten behoeve van het maatschappelijk belang. Hoewel het te vroeg is om vast te stellen dat deze discussie is uitgekristalliseerd, is wel de tendens waarneembaar dat de mogelijkheid van winstuitkering geaccepteerd wordt. De discussie lijkt zich te verplaatsen naar de vraag of en – zo ja hoe – winstuitkering beperkt dient te worden.

Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat de kenmerken die de maatschappelijke onderneming onderscheiden van andere ondernemingen zich niet manifesteren in de anatomie van de rechtsvorm, in die zin dat er niet één of meer anatomische kenmerken zijn die imperatief en uitsluitend dienen te gelden voor de maatschappelijke onderneming. Van de andere kant benaderd, moet vastgesteld worden dat niet elke anatomie passend is voor de maatschappelijke onderneming. In de statutaire doelstelling dient te gerichtheid op een maatschappelijk

¹¹⁵⁷ Zie par. 3.7.4.

¹¹⁵⁸ Zie par. 3.8.

¹¹⁵⁹ Zie par. 3.8.10.

¹¹⁶⁰ De Ru c.s. in 2005 (zie par. 2.7) en Wijffels in 2007 (zie par. 2.8) gingen er van uit dat de maatschappelijke onderneming haar winst uitsluitend ten behoeve van het maatschappelijk belang zou herinvesteren, het wetsvoorstel in 2009 voorzag in de uitgifte van winstbewijzen (zie par. 2.12.4).

belang tot uitdrukking te komen en er dient een borging te zijn dat die gericht-
heid op het geformuleerde maatschappelijk belang in praktijk wordt gebracht.

7.8.3. Derde onderzoeksvraag

De derde onderzoeksvraag benaderde het concept maatschappelijke onderne-
ming vanuit de huidige systematiek van de wet. De anatomie van de privaatrechtelijke rechtspersoon, zoals die gestalte krijgt in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, blijkt toepasbaar te zijn op de maatschappelijke onderneming¹¹⁶¹. De elementen die nodig zijn om de maatschappelijke onderneming vorm te geven, zijn alle voorhanden en kunnen waar nodig worden toegesneden op de maatschappelijke onderneming. Titel 1 (algemene bepalingen) van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek is toepasbaar op de maatschappelijke onderneming. Hetzelfde geldt mutatis mutandis voor titel 7 (fusie en splitsing), titel 8 (geschillenregeling en het recht van enquête) en titel 9 (de jaarrekening en het jaarverslag).

Kenmerkend voor de maatschappelijke onderneming zijn niet zozeer nieuwe elementen, als wel de verplichte toepassing – te weten het toezichthoudend orgaan en een vorm van publieke verantwoording – dan wel de beperkte toepassing – te weten de beperking van winstuitkering – van elementen. Deze kenmerken komen op parallelle wijze naar voren uit governance codes voor sectoren die zich als maatschappelijke ondernemingen wensen te profileren en uit buitenlandse voorbeelden, met dien verstande dat het toezichthoudende orgaan niet altijd een (intern) orgaan van de rechtspersoon is¹¹⁶².

De keuze van de wetgever in Wetsvoorstel 32003 om de maatschappelijke onderneming te regelen in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek kan in het licht van de toetsingscriteria doelmatig genoemd worden. Het ligt voor de hand dat een eventueel volgend wetsvoorstel wederom gebaseerd zal zijn op een aanpassing van en inpassing in Boek 2.

¹¹⁶¹ Zie par. 3.13.

¹¹⁶² Zoals bij de Engelse CIC, waar een toezichthoudend overheidslichaam in het leven is geroepen, en bij de Zweedse IVU, waar een toezichthoudende rol is weggelegd voor de accountant van de vennootschap.

7.8.4. Vierde onderzoeksvraag

Het verplichte toezicht en de beperking van winstuitkering zouden vormgegeven kunnen worden door de ontwikkeling van een modaliteit van de naamloze vennootschap en/of de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, maar evenzeer zou de maatschappelijke onderneming zich kunnen manifesteren als een N.V. of B.V. die zich conformeert aan een op de maatschappelijke onderneming toegesneden governance code¹¹⁶³. Toch is daarmee niet gezegd dat een governance code een volwaardig alternatief is voor een nieuwe rechtsvorm of een modaliteit van een bestaande rechtsvorm, omdat in veel opzichten de maatschappelijke onderneming zich niet in haar dagelijkse gedrag behoeft te onderscheiden van andere ondernemingen. Het antwoord op de vierde onderzoeksvraag ligt dan ook genuanceerd. Enerzijds meen ik dat een rechtspersoon die een op het zijn van maatschappelijke onderneming toegesneden governance code aanvaardt en naleeft een volwaardige maatschappelijke onderneming kan zijn, anderzijds is er – juist omdat de maatschappelijke ondernemingen zich in veel opzichten slechts gradueel onderscheidt van andere ondernemingen – behoefte aan een duidelijke markering van de maatschappelijke onderneming. Een gedragscode is onvoldoende om te voldoen aan de eigen behoefte van de maatschappelijke onderneming of als zodanig herkenbaar te zijn¹¹⁶⁴. Het in hoofdstuk 6 beschreven voorbeeld van TESO illustreert de behoefte aan die herkenbaarheid. Benaderd vanuit het toetsingskader voor wetgeving, luidt de vraag in hoeverre een wet het aangewezen instrument is tot regeling. Governance codes lenen zich bij uitstek voor het formuleren van gedragsregels, regels die niet zo zeer dragers zijn van een structuur als wel van een gewenste cultuur¹¹⁶⁵. Het statutair belang, het toezichthoudend orgaan en de publicatieplicht zijn elementen van overwegend structurele aard. Deze dienen dan ook een wettelijke basis te hebben¹¹⁶⁶. Het is mogelijk om deze elementen op te nemen in een wet die doeltreffend is, waarvan de baten opwegen tegen de lasten, die uitvoerbaar is, die ondersteuning biedt aan processen die reeds in de samenleving gaande zijn en die consistent is ten opzichte van bestaande wetgeving.

Ten aanzien van het element van de beperking van winstuitkering ligt dit genuanceerder, aangezien hier het gedragsaspect een dominante rol speelt. Mede getiteld op de eerder genoemde, niet denkbeeldige situatie dat een maatschappelijke onderneming op enig moment in het bezit geraakt van een financiële reserve die

¹¹⁶³ Zie par. 4.10.

¹¹⁶⁴ Zie par. 7.2.

¹¹⁶⁵ Zie par. 4.1.

¹¹⁶⁶ Zie ook Zalm, blz. 5, die de rol van de wetgever ten aanzien van de governance zog in het creëren van randvoorwaarden rond drie kernelementen: transparantie, verantwoording en zeggenschap. Tien jaar later blijkt de overheid inderdaad op onderdelen randvoorwaarden voor principes uit de governance codes te hebben gecreëerd, mede om de privaatrechtelijke afdwingbaarheid van naleving te vergroten, zie De Monchy c.s., blz. 11.

de behoefte ten aanzien van het nagestreefde maatschappelijk belang significant overtreft. Het is wenselijk dat de overtollige liquiditeit dan kan worden uitgekeerd aan een partij die deze kan aanwenden voor andere investeringen. Het is daarom wenselijk dat de wetgever de mogelijkheid tot uitkering van reserves te allen tijde onder voorwaarden toelaat. Die voorwaarden dienen betrekking te hebben ten eerste op de omstandigheden waarin de maatschappelijke onderneming verkeert in relatie tot het door haar beoogde belang en ten tweede op de hoedanigheden van de ontvangende partij. Deze laatste dient op haar beurt een maatschappelijk belang te dienen. Restitutie van geïnvesteerde middelen aan investeerders is een alternatief, mits de keuze daartoe aan de vrijheid van het bestuur van de maatschappelijke onderneming wordt gelaten.

7.8.5. Vijfde onderzoeksvraag

De vijfde onderzoeksvraag betrof inzichten te ontleen aan buitenlandse voorbeelden. De onderzochte voorbeelden bleken geen van alle te berusten op een significante analogie met het Nederlandse wetsvoorstel. In veel gevallen bleven parallellen beperkt tot één of enkele aspecten. Soms speelde de herkenbaarheid een rol (ONLUS¹¹⁶⁷, L3C¹¹⁶⁸). Horizontale verantwoording krijgt slechts specifiek vorm bij de Benefit Corporation door middel van een publicatieplicht¹¹⁶⁹. Een belanghebbendenvertegenwoordiging als alternatief voor overheidstoezicht wordt niet aangetroffen¹¹⁷⁰. Een totale vervanging van overheidstoezicht is – gelet op de bevoegdhedenmonopolies van de overheid in een democratische samenleving – niet goed denkbaar¹¹⁷¹.

Wel bleken er meerdere buitenlandse rechtsvormen te bestaan waarbij uitkering van winst uitdrukkelijk wel was toegestaan, doch gelimiteerd, zoals de VSO in België, de SBB in Zweden, de CIC in het Verenigd Koninkrijk en de BC in diverse Amerikaanse staten¹¹⁷². Het betreft telkens vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal. Daarnaast blijkt dat publieke verantwoording steeds als een essentieel onderdeel van de governance wordt beschouwd. De overheid speelt in dat toezicht steeds een zekere rol, maar die rol kan variëren van het passief registreren van aangedragen rapportages – zoals bij de Amerikaanse benefit corporation – tot de meer actieve taken van de Engelse CIC Regulator. Het Zweedse voorbeeld staat in dit opzicht vrij dicht bij het Amerikaanse.

¹¹⁶⁷ Zie par. 5.3.

¹¹⁶⁸ Zie par. 5.7.

¹¹⁶⁹ Zie par. 5.8.

¹¹⁷⁰ Zie par. 5.9.

¹¹⁷¹ Zie par. 5.9.

¹¹⁷² Zie hoofdstuk 5.

7.8.6. Zesde onderzoeksvraag

Het ontbreken van buitenlandse analogieën en de breed gedragen kritiek op het wetsvoorstel¹¹⁷³ rechtvaardigen de conclusie dat de M.O. en de M.O.W., zoals in het wetsvoorstel voorzien, niet de maatschappelijke behoefte aan een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming zouden hebben bevredigd (zesde onderzoeksvraag). Daarom was de verwachting dat deze rechtsvormen – indien tot wet verheven – waarschijnlijk een kwijnend bestaan in het Nederlandse rechtsleven tegemoet gegaan zouden zijn, niet ongegrond, tenzij de wetgever het gebruik van deze rechtsvormen in sectorspecifieke wetgeving verplicht zou hebben gesteld. Het vorenstaande brengt mee dat het wetsvoorstel op de punten van doelmatigheid en doeltreffendheid niet voldeed aan het eigen toetsingskader van de Nederlandse wetgever¹¹⁷⁴. Verplicht stellen van de rechtsvorm was niet de bedoeling en zou ook ondoelmatig zijn geweest: een keurslijf waarvan de baten niet opwegen tegen de lasten. Tegelijkertijd is duidelijk geworden dat maatschappelijke ondernemingen wel degelijk gediend zullen zijn met de ontwikkeling van een passende rechtsvorm, die als keuzemogelijkheid wordt aangeboden.

In paragraaf 2.10.8 zijn de reacties op het Voorontwerp gerecapituleerd, waarbij bleek van breed gedragen kritiek op het idee van een belanghebbendenvertegenwoordiging, die desondanks in het Wetsvoorstel wel een plek kreeg. Kennelijk achtten de initiatiefnemers dit element essentieel voor hun concept van de maatschappelijke onderneming, zodat het gebrek aan draagvlak werd getrotseerd. De intrekking van het wetsvoorstel maakt bespiegelingen over de politieke haalbaarheid speculatief, hoewel de intrekking op zichzelf als een indicatie dienaangaande geïnterpreteerd kan worden.

De voorgestelde mogelijkheden voor een M.O.W. om winstbewijzen uit te geven, waren voor investeerders onvoldoende aantrekkelijk om een redelijk alternatief te zijn voor aandelen in een N.V. of B.V. Het rendement zou beperkt zijn, evenals de zeggenschap, waartegenover geen beperking van het risico van de investering zou staan. Wanneer we deze winstbewijzenregeling plaatsen in de tijd, mogen we wellicht concluderen dat hier sprake was van een compromis of een tussenfase in een ontwikkeling die begon met de opvatting dat winstuitkering a fortiori onverenigbaar met het maatschappelijk belang werd geacht¹¹⁷⁵ en die inmiddels is aangekomen bij het uitgangspunt dat winstuitkering door een maatschappelijke onderneming in beginsel mogelijk moet zijn¹¹⁷⁶.

¹¹⁷³ Zie par. 2.10.

¹¹⁷⁴ Zie hoofdstuk I.

¹¹⁷⁵ Zie par. 2.2, waar blijkt dat De Ru c.s. en Wijffels omstreeks 2005 het niet uitkeren van winst zelfs kenmerkend achtten voor de maatschappelijke onderneming.

¹¹⁷⁶ Zie par. 3.9 en par. 7.7.

7.8.7. Zevende onderzoeksvraag

Wanneer wij het vorenstaande overzien, komen we tot de volgende conclusies, die tevens leidt tot het antwoord op de zevende onderzoeksvraag, namelijk aan welke wettelijke regelingen de maatschappelijke onderneming behoefte heeft:

- a. Er is een zekere behoefte aan herkenbaarheid van maatschappelijke ondernemingen, deze behoefte komt voort uit de maatschappelijke onderneming zelf, met het oog op de beeldvorming in de publieke opinie¹¹⁷⁷. Een afzonderlijke rechtsvorm is daarvoor echter niet noodzakelijk en daarom een te zwaar middel, mede in het licht van het toetsingskader voor wetgeving. Veel elementen voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming kunnen ontleend worden aan het vennootschapsrecht, waarbij – in geval van verschil – zowel het N.V. recht als het B.V. recht in aanmerking komen. Een modaliteit van één of meer bestaande rechtsvormen volstaat dan ook. Kenmerken van deze modaliteit zijn een verplichting tot het hebben van een toezichthoudend orgaan en begrenzungen aan de mogelijkheid tot uitkering van winst¹¹⁷⁸. Die begrenzing kan objectief zijn, anders gezegd: ‘mechanisch’ of ‘digitaal’¹¹⁷⁹, maar ook ‘analoog’, dat wil zeggen door middel van een open norm, waaraan de maatschappelijke onderneming c.q. haar bestuur gebonden is.

In het voorgaande is geen reden naar voren gekomen waarom de wetgever een keuze zou moeten maken tussen de maatschappelijke onderneming als modaliteit van de N.V. en de maatschappelijke onderneming als modaliteit van de B.V., zodat die keuze aan (de oprichters van) de maatschappelijke onderneming zelf kan worden gelaten. Bij de herziening van het B.V.-recht per 1 oktober 2012 zijn de verschillen tussen de N.V. en de B.V. toegenomen, zodat hier daadwerkelijk sprake is van twee alternatieve mogelijkheden, die ook aan de maatschappelijke onderneming kunnen worden aangeboden. Sterker nog: omdat op dit moment nog onduidelijk is hoe de verschillen tussen de N.V. en de B.V. zich in de praktijk zullen manifesteren, is het ongewenst om de maatschappelijke onderneming in dit stadium op één van beide sporen voor te sorteren.

De mogelijkheid om winst uit te keren brengt tegelijkertijd wel mee dat de vereniging en de stichting als rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming niet voor de hand liggen. De coöperatie heeft, in afwijking van de gewone vereniging, wel de mogelijkheid om winst uit te keren. De maat-

¹¹⁷⁷ Zie par. 7.2

¹¹⁷⁸ Zie par. 7.7

¹¹⁷⁹ De termen ‘analoog’ en ‘digitaal’ zijn op ontwikkelingen in het vennootschapsrecht geïntroduceerd door L. Timmerman, zie onder meer *Ondernemingsrecht* 2003, blz. 38.

schappelijke onderneming als modaliteit van de coöperatie stuit echter op het bezwaar dat het doel van de coöperatie op grond van haar wettelijke definitie gericht dient te zijn op stoffelijke behoeften van haar leden¹¹⁸⁰. De coöperatie verkeert in een afhankelijkheidsrelatie ten opzichte van haar leden, waarmee zij een contractuele relatie moet onderhouden¹¹⁸¹. Deze relatie is wezenlijk anders dan die van een N.V. of B.V. met haar aandeelhouders, waar van een dergelijke contractuele relatie geen sprake is.

Gegeven de door mij gehanteerde definitie van de maatschappelijke onderneming met daarin als element de gerichtheid op een belang dat het belang van individuen of een beperkte groep overstijgt, rijst de vraag of de leden van een coöperatie niet per definitie beschouwd dienen te worden als een beperkte groep – mede in aanmerking genomen dat de coöperatie evenals de gewone vereniging bevoegd is toetreding van nieuwe leden aan ballotage te onderwerpen of zelfs uit te sluiten-, zodat de gerichtheid op een belang van die beperkte groep de hoedanigheid van maatschappelijke onderneming uitsluit, tenzij de leden van de coöperatie zelf maatschappelijke ondernemingen zijn.

- b. De bestuurstaak is bij een maatschappelijke onderneming fundamenteel geen andere dan bij welke onderneming dan ook, zij het dat een maatschappelijke onderneming over het algemeen in een complexe omgeving acteert, wat specifieke vaardigheden, maar vooral ook een specifieke attitude van de bestuurders vraagt. Dit geldt eens te meer – maar niet uitsluitend – indien de maatschappelijke onderneming wordt gefinancierd met publieke middelen¹¹⁸², omdat in dat geval ook ten aanzien van de besteding van middelen een publieke verantwoording afgelegd dient te worden. Dit verlangt een financieel beheer met een terughoudender risicoprofiel dan bij uitsluitend private financiering, waarbij de betrokken financiers in staat zijn om desgevraagd in te stemmen met een risicovolle vorm van beheer¹¹⁸³.

¹¹⁸⁰ Artikel 2:53 lid 1, Burgerlijk Wetboek, zie ook par. 3.5.

¹¹⁸¹ Zie hierover Schreurs, blz. 5-7.

¹¹⁸² Zie ook par. 7.3.

¹¹⁸³ Dit onderwerp heeft veel aandacht gekregen als gevolg van financiële moeilijkheden, die eind 2011 aan het licht kwamen bij Stichting Vestia Groep te Rotterdam, naar verluid de grootste woningcorporatie van Nederland. Vestia bleek derivatencontracten te hebben afgesloten, waarmee eventuele rentestijgingen zouden worden afgedekt. De rente bleek echter te dalen in plaats van te stijgen, bovendien bleken de afgesloten contracten slechts voor 20% op bedrijfseconomische te zijn afgesloten, de resterende 80% was puur speculatief. Berichtgeving verscheen onder meer in het Financiële Dagblad op 30 januari 2012 en NRC Handelsblad op 7 maart 2012. De affaire leidde tot intrekking van de afgegeven accountantsverklaring over het boekjaar 2011 en bovendien tot een strafrechtelijk onderzoek naar een aantal leidinggevendenden van Vestia en tot een parlementaire enquête naar het beleid van woningcorporaties.

- c. Een belanghebbendenvertegenwoordiging, zoals in het wetsvoorstel was voorzien, werkt contraproductief¹¹⁸⁴. De bewaking van het maatschappelijk belang dient aan bestuur en aan het toezichthoudend orgaan te worden toevertrouwd en in laatste instantie zal hier altijd een taak blijven bestaan voor overheidstoezicht. Met betrekking tot deelbelangen dienen het bestuur en het toezicht een tot een evenwichtige afweging te komen. Waar een generatie geleden nog werd gedacht aan belangenvertegenwoordigers in de raad van toezicht, is thans de leidende gedachte dat toezichthouders onafhankelijk dienen te zijn.
- d. De dialoog met belanghebbenden dient als vanzelf voort te vloeien uit een transparante werkwijze van het bestuur en het toezichthoudend orgaan¹¹⁸⁵. Het belang van transparantie kan dan ook nauwelijks onderschat worden. Zoals hiervoor in paragraaf 3.8.11 uiteengezet, is het in veelgevallen lastig om de dialoog met belanghebbenden te institutionaliseren. Veel komt aan op de attitude van bestuurders en toezichthouders, waarvoor gedragscodes het aangewezen instrument zijn. Daarnaast bestaan er reeds voor specifieke categorieën stakeholders wettelijke infrastructuur voor medezeggenschap: ondernemingsraden voor werknemers, medezeggenschapsraden voor personeel en leerlingen c.q. studenten in het onderwijs, cliëntenraden in de zorg, huurdersraden in de sociale woningbouw¹¹⁸⁶. Het is niet in het belang van deze categorieën stakeholders om hun positie op te geven voor een plekje in een generiek orgaan, waarin de belangen van de deelnemers onderling niet altijd parallel lopen.

De handhaving van verplichte publicatie van jaarrekeningen en verslagen kan strafrechtelijk plaatsvinden, zoals thans reeds het geval is¹¹⁸⁷. Daarnaast is het enquêterecht een effectieve vorm van toezicht in het Nederlandse ondernemingsrecht¹¹⁸⁸, die ook ten aanzien van de maatschappelijke onderneming kan worden toegepast. Een aandachtspunt is de vraag wie bevoegd dienen te zijn om een verzoek tot een enquête in te dienen. Kan hier worden volstaan met de huidige wettelijke regeling¹¹⁸⁹ of dient ten aanzien van de maatschappelijke onderneming een categorie te worden toegevoegd? Voor een

¹¹⁸⁴ Zie par. 7.4.

¹¹⁸⁵ Zie ook Van Leeuwen & Simons, die in de dialoog van de maatschappelijke onderneming met de stakeholders een belangrijke rol zien weggelegd voor de raad van commissarissen/raad van toezicht.

¹¹⁸⁶ Zie par. 3.8.

¹¹⁸⁷ Artikel 2:394 van het Burgerlijk Wetboek juncto artikel 1 onder ten 4e van de Wet op de economische delicten.

¹¹⁸⁸ Zie par. 4.8.

¹¹⁸⁹ Art. 2:346 en 347, Burgerlijk Wetboek: aandeelhouders, certificaathouders c.q. leden, alsmede degenen aan wie de bevoegdheid bij de statuten of bij overeenkomst is toegekend. Een enquête

antwoord op deze vraag kan gekeken worden naar zorginstellingen, die op grond van de Wet toelating zorginstellingen verplicht zijn om in hun statuten het enquêterecht toe te kennen aan cliëntenraden. Op analoge wijze kunnen maatschappelijke ondernemingen verplicht worden in hun statuten één of meer belanghebbenden aan te wijzen – naast aandeelhouders/certificaathouders – die om een enquête kunnen verzoeken.

- e. Een verplicht toezichthoudend orgaan (raad van commissarissen of raad van toezicht) is een wezenskenmerk van de maatschappelijke onderneming¹¹⁹⁰, ter waarborging van het maatschappelijk belang en de continuïteit van de onderneming. Het toezichthoudend orgaan dient onafhankelijk van deelbelangen te kunnen opereren. De gewenste onafhankelijkheid hoeft niet te worden aangetast doordat bepaalde stakeholders leden van het toezichthoudende orgaan kunnen voordragen of zelfs benoemen. De onafhankelijkheid wordt daarentegen wel ondergraven indien bepaalde stakeholders bij machte zijn om toezichthouders te ontslaan of op andere wijze aan zich te binden.

Het Engelse voorbeeld van de CIC laat een alternatief zien voor een intern toezicht houdend orgaan, in de vorm van speciaal daartoe ingericht overheidstoezicht¹¹⁹¹. In het licht van het toetsingskader kan de vraag gesteld worden of in het in het leven roepen van een Nederlandse tegenhanger van de CIC Regulator zal beantwoorden aan de criteria van doelmatigheid, subsidiariteit en evenredigheid. Het inrichten van een Regulator en het vaststellen van de daarvoor vereiste regelgeving is ingrijpender dan het aanhaken bij de bestaande wettelijke regelingen voor de raad van commissarissen¹¹⁹². De instelling van een Regulator zou ook haaks staan op het streven om toezicht op en verantwoording door maatschappelijke ondernemingen meer bij de samenleving en minder bij de overheid te leggen. Bovendien brengen de beginselen van behoorlijk bestuur mee dat overheidstoezicht slechts mogelijk is aan de hand van objectieve criteria. Dit staat haaks op de tendens – zoals blijkt uit de vernieuwing van de B.V.-wetgeving per 1 oktober 2012 – om

kan voorts verzocht worden door de advocaat-generaal om redenen van openbaar belang, zie verder par. 4.8.

¹¹⁹⁰ Zie par. 7.5.

¹¹⁹¹ Het toezicht van de CIC Regulator sluit uiteraard niet uit dat er ook intern toezicht wordt uitgeoefend binnen de CIC. Er is evenwel geen specifieke verplichting die daartoe strekt, afwijkend van het generieke Engelse vennootschapsrecht.

¹¹⁹² Anders dan Timmerman c.s. ben ik derhalve geen voorstander van een specifieke overheidsinstantie die het toezicht op de maatschappelijke onderneming gaat uitoefenen. Verwacht moet worden dat overheidstoezicht gepaard gaat met meer bureaucratie, minder effectiviteit en derhalve hogere transactiekosten dan intern toezicht dat zich houdt aan transparantierichtlijnen. De naleving van die transparantie is eenvoudig te controleren en te handhaven.

het bestuurlijk handelen van rechtspersonen meer te beoordelen aan de hand van open normen.

In Zweden dient een accountant te onderzoeken of de SBB zich gehouden heeft aan de specifieke wettelijke voorschriften. Het Zweedse systeem sluit daarmee goed aan op het bestaande Nederlandse, waarin voor rechtspersonen met een onderneming een wettelijke verplichting bestaat – behoudens vrijstellingen – om de jaarrekening door een wettelijk gekwalificeerde accountant te laten controleren¹¹⁹³. De wet geeft gedetailleerde voorschriften omtrent de inhoud van de jaarrekening¹¹⁹⁴ en de strekking van de accountantsverklaring¹¹⁹⁵. De jaarrekening en de accountantsverklaring worden openbaar gemaakt¹¹⁹⁶. Het Zweedse voorbeeld laat zien dat met additionele bepalingen de controle door de accountant op de maatschappelijke onderneming kan worden toegesneden.

- f. De relatie tussen de maatschappelijke onderneming en de overheid zal altijd in beweging blijven onder invloed van politieke ontwikkelingen¹¹⁹⁷. Het voor bepaalde maatschappelijke activiteiten categorisch verplicht stellen van een specifieke modaliteit of rechtsvorm daarom is niet zinvol. Hiermee is niet gezegd dat de relatie tussen overheid en maatschappelijke ondernemingen geen aandacht behoeft. Zoals hiervoor besproken, omvat de relatie tussen overheid en maatschappelijke ondernemingen twee aspecten, namelijk aansturing en financiering, en wordt deze relatie beïnvloed door twee factoren, namelijk ideologie en publieke opinie. Er zijn signalen dat de overheid terugtreedt, maar dat lijkt vooral te worden ingegeven doordat overheidsbemoeienis haar grenzen bereikt en ineffectief of zelfs contraproductief wordt. Daarnaast kunnen bezuinigingsmotieven zich doen gelden. Het terugtreden van de overheid manifesteert zich aldus in beide aspecten van de relatie. De overheid neemt afstand waar het gaat om de aansturing – toezicht daaronder mede te begrijpen – en is in afnemende mate bereid en/of in staat om de financiering te verschaffen. Afnemende overheidsbemoeienis vloeit waarschijnlijk zelden of nooit voort uit een verminderde behoefte om regelend op te treden. Die verminderde behoefte tot interventie zou kunnen berusten op een theoretisch

¹¹⁹³ Artikel 2:393 lid 1, Burgerlijk Wetboek. De vrijstellingen op grond van de (beperkte) omvang van de onderneming zijn geformuleerd in artikel 396 e.v. Ook lagere overheden zijn verplicht een overeenkomstige controle door een accountant te laten uitvoeren, zie onder meer artikel 213 van de Gemeentewet en artikel 217 van de Provinciewet.

¹¹⁹⁴ Titel 9, Boek 2, Burgerlijk Wetboek.

¹¹⁹⁵ Artikel 2:393 lid 5, Burgerlijk Wetboek.

¹¹⁹⁶ Artikel 2: 394 en 395, Burgerlijk Wetboek.

¹¹⁹⁷ Zie par. 7.6.

kader, maar zo dat kader wordt onderschreven¹¹⁹⁸, wordt het niet in praktijk gebracht.¹¹⁹⁹

Hiervoor bleek tevens dat de publieke opinie een remmende factor is voor wat betreft het terugtreden in de aansturing. In geval van calamiteiten wordt de overheid al snel falen verweten en wordt verwacht dat de overheid ingrijpt. De overheid zal derhalve altijd interesse voor het functioneren van maatschappelijke ondernemingen houden. Voor zover maatschappelijke ondernemingen actief zijn in sectoren die tot het aandachtsgebied van de overheid behoren – zoals de sociale grondrechten¹²⁰⁰ – zal de bemoeienis van de overheid proactief en taakstellend zijn. In andere sectoren kan het overheidstoezicht meer lijdelijk en regressief zijn.

De minimale toezichtvariant is het toezicht door het openbaar ministerie op basis van onder meer artikel 20 en artikel 21 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Artikel 20 bepaalt dat het openbaar ministerie gerechtelijke ontbinding kan vorderen van een rechtspersoon waarvan het doel of de werkzaamheid in strijd is met de openbare orde. Artikel 21 bepaalt dat een rechtspersoon door de rechter kan worden ontbonden, onder meer indien de statuten niet aan de eisen der wet voldoen, indien de rechtspersoon niet voldoet aan de wettelijke omschrijving van zijn rechtsvorm, de aan de rechtsvorm gestelde verboden overtreedt of in ernstige mate in strijd met zijn statuten handelt. Een vordering op basis van artikel 21 kan worden ingesteld door het openbaar ministerie of door een belanghebbende. Artikel 21 brengt derhalve mee dat een maatschappelijke onderneming kan worden ontbonden indien zij evident niet het gestelde maatschappelijk belang dient¹²⁰¹. In artikel 2:297 van het Burgerlijk Wetboek wordt aan het openbaar ministerie de bevoegdheid gegeven om inlichtingen te vragen van stichtingsbesturen. Het ligt voor de hand om deze bevoegdheid ook ten aanzien van maatschappelijke ondernemingen toe te kennen. De invoering van de maatschappelijke onderneming zou voor het openbaar ministerie aanleiding kunnen zijn tot een actiever beleid ten aanzien van artikel 21 en artikel 297¹²⁰².

¹¹⁹⁸ De eerder genoemde theorie van de soevereiniteit in eigen kring bood zo'n theoretisch kader.

¹¹⁹⁹ Zie par. 3.5.2.

¹²⁰⁰ Zie par. 2.6 en par. 7.6.

¹²⁰¹ Op grond van artikel 2:21 lid 2 BW kan de rechter in zo'n geval de maatschappelijke onderneming een termijn gunnen om zichzelf om te zetten in een andere rechtsvorm.

¹²⁰² Voor de maatschappelijke onderneming zou de wetgever – analoog aan artikel 2:248 van het Burgerlijk Wetboek in geval van faillissement – een omkering van de bewijslast kunnen bepalen ten aanzien van het nastreven van een maatschappelijk belang als kenmerk van de rechtspersoon, indien niet is voldaan aan de publicatieverplichtingen.

- g. Een ander aspect van de relatie tot de overheid komt tot uitdrukking in de belastingplichtigheid. In het voorgaande is de onderworpenheid aan een eigen fiscaal regime niet als wezenskenmerk van de maatschappelijke onderneming beschouwd. Het is een politieke keuze of voor maatschappelijke ondernemingen een eigen – gunstiger – fiscaal regime zou dienen te gelden dan voor andere ondernemingen. Herkenbaarheid als zodanig van maatschappelijke ondernemingen faciliteert in ieder geval de mogelijkheid om maatschappelijke ondernemingen vrij te stellen van bepaalde belastingheffingen. Indien de overheid belastingfaciliteiten wil beperken tot bepaalde sectoren, verdient het de voorkeur om dat analoog aan de ANBI-status te regelen via een eigen erkenningsregeling boven het beperken van de toepassing van de modaliteit maatschappelijke onderneming tot door de overheid aangewezen sectoren¹²⁰³.
- h. Bestaande rechtsvormen bieden voldoende mogelijkheden om uitkering van winst te beperken of desgewenst uit te sluiten. Uitkering van winst is niet in strijd met het wezen van de maatschappelijke onderneming¹²⁰⁴, waarbij het recht op uitkering van winst geclausuleerd kan worden, mits het maatschappelijk belang dat meebrengt. De keerzijde daarvan is dat clausulering van winstuitkeringen achterwege dient te blijven indien het maatschappelijk belang daar niet mee is gediend of indien clausulering disproportioneel is¹²⁰⁵. Hiermee is tevens gezegd dat de vereniging en de stichting niet de meest aangewezen rechtsvormen zijn voor een maatschappelijke onderneming, zodat het wetsvoorstel op dit punt niet beantwoordde aan het toetsingskader¹²⁰⁶, omdat het wetsvoorstel – een modaliteit van stichting en vereniging – niet de minst ingrijpende en meest doeltreffende regeling bood. De wijze van clausulering dient ruimte te laten voor een discretionaire bevoegdheid van het bestuur en het toezichthoudend orgaan om al dan niet tot uitkering van winst te besluiten. Zowel het besluit om winst uit te keren als het besluit om geen winst uit te keren zal door het bestuur in het licht van het maatschappelijk belang gemotiveerd dienen te worden. Onder (markt)omstandigheden kan het gebeuren dat het bestuur de maatschappelijke onderneming bij het

¹²⁰³ Zie par. 3.5.2, waar is betoogd dat maatschappelijke ontwikkelingen onnodig worden afgeremd indien het aan de overheid wordt voorbehouden om te bepalen wat als algemeen belang – en dus als mogelijke doelstelling van een maatschappelijke onderneming – wordt toegelaten.

¹²⁰⁴ Zie par. 3.9 en par. 7.7. Op dit punt verschil ik derhalve van mening met Wijffels en met De Ru c.s. omstreeks 2006.

¹²⁰⁵ Hier kan lering worden getrokken uit het stichtingenrecht. De rechter kan een stichting ontbinden indien haar vermogen ten enenmale onvoldoende is om haar doel te bereiken (art. 2:301 lid 1 sub a, Burgerlijk Wetboek). Er staat geen sanctie op het hebben van overtollig vermogen, dat evident onnodig is om het doel van de stichting te bereiken, afgezien van de mogelijkheid dat de Belastingdienst om die reden de ANBI-status intrekt. Ook een maatschappelijke onderneming kan in de loop der tijd overtollig vermogen ontwikkelen. Een mogelijkheid tot uitkering is dan wenselijk.

¹²⁰⁶ Zie hoofdstuk 1.

aangaan van een financiering contractueel bindt om te besluiten tot uitkering van winst. Het spreekt voor zich dat vorenbedoelde motivering in het licht van het maatschappelijk belang dan reeds dient te geschieden bij het aangaan van de financiering.

7.8.8. Recapitulatie

Recapitulerend kunnen we vaststellen dat in een bestaande maatschappelijke behoefte optimaal wordt voorzien door de introductie van een herkenbare maatschappelijke onderneming, die nauw aansluit bij de bestaande rechtsvormen en die zich daarvan onderscheidt door verplichte vormen van toezicht en transparantie en door zowel de mogelijkheid als de begrenzing van de mogelijkheid tot uitkering van rendement aan investeerders. Voor de hand ligt daarom de ontwikkeling van de maatschappelijke onderneming als een modaliteit van de N.V. en de B.V., waarvan de kenmerken zijn:

- de vennootschap dient een in de statuten omschreven maatschappelijk belang;
- een verplichte raad van commissarissen, die voldoende onafhankelijk is van de stakeholders, waaronder met name de aandeelhouders. De commissarissen kunnen derhalve niet of niet zonder meer door stakeholders worden ontslagen;
- een vorm van beperking – maar geen uitsluiting – van de mogelijkheid om winst uit te keren aan aandeelhouders;
- het bestuur en de raad van commissarissen publiceren een jaarverslag waarin wordt verantwoordt hoe de maatschappelijke onderneming het maatschappelijk belang heeft gediend. De wet geeft regels omtrent de minimum inhoud van dit verslag en de minimale verspreiding ervan;
- (omzetting van een rechtspersoon in een maatschappelijke onderneming is mogelijk op de voet van artikel 2:18, Burgerlijk Wetboek;)
- omzetting van een maatschappelijke onderneming in een andere rechtsvorm is eveneens mogelijk op de voet van artikel 2:18, Burgerlijk Wetboek, waarbij analoge waarborgen dienen te gelden ten aanzien van de besteding van het bij omzetting aanwezige vermogen als bij de omzetting van een stichting.

Bij de beantwoording van de vierde onderzoeksvraag is reeds aangegeven dat deze elementen een wettelijke regeling verlangen en dat een regeling via governance codes ontoereikend is.

Het belang van de ontwikkeling van een rechtsvorm of modaliteit van bovenstaande kenmerken wordt niet geneutraliseerd, maar wel gerelativeerd door maatschappelijke ontwikkelingen, waarbij het winststreven van de klassieke onderneming (weer) wordt ingekaderd – en dus begrensd – door lange termijn

perspectieven voor zowel de aandeelhouders als andere stakeholders. Een specifieke entiteit voor de maatschappelijke onderneming mag dan ook niet worden uitgelegd als legitimatie voor ondernemingen in andere rechtsvormen om:

- ieder maatschappelijk belang te negeren;
- iedere vorm van toezicht en transparantie te vermijden;
- winst genereren en uitkeren als enige 'raison d'être' te beschouwen en daarnaar te handelen.

Met de ontwikkeling van een modaliteit, zoals hiervoor geschetst, is nog geen definitief antwoord gevonden op de vraag, die voortvloeit uit het hybride karakter van de maatschappelijke onderneming, waar precies het evenwicht ligt tussen aandeelhoudersbelang en maatschappelijk belang. Deze vraag is complex, omdat aandeelhoudersbelang en maatschappelijk belang tegenover elkaar kunnen staan, maar vaak ook parallel kunnen lopen. Vooralsnog lijkt een sleutelrol weggelegd voor het bestuur en het toezichthoudend orgaan van de maatschappelijke onderneming om de belangen af te wegen en het gewenste evenwicht na te streven.

Een separaat orgaan ten behoeve van de generieke belanghebbendenvertegenwoordiging is niet realistisch. Een wettelijke beperking van de mogelijkheid tot winstuitkering is niet noodzakelijk zolang het bestuur en het toezichthoudend orgaan hun verantwoordelijkheid nemen ten aanzien van het statutair aangewezen maatschappelijk belang. Governance codes kunnen te dien aanzien gedragslijnen voorschrijven. De tijd zal uitwijzen of er op enig moment toch behoefte zal ontstaan aan geobjectiveerde wettelijke maatstaven. In ieder geval dient voorop te staan dat maatschappelijke ondernemingen zich kunnen ontplooien om het maatschappelijk belang dienen. De rechtsvorm dient daaraan dienstbaar te zijn, waar mogelijk door ruimte te geven, slechts waar nodig door grenzen te stellen. Voortbouwend op de inzichten die zijn opgedaan in de aanloop naar en in reactie op wetsvoorstel 32003 zijn in dit proefschrift de contouren geschetst van een modaliteit die ten opzichte van de bestaande rechtsvormen een werkelijke meerwaarde kan bieden.

Bijlagen

Bijlage I. De 21 principes van de Code Tabaksblat

In 2003 de Nederlandse Corporate Governance Code (CGC), opgesteld door een commissie onder leiding van mr. M. Tabaksblat. De CGC omvat 21 principes en 113 best practice bepalingen. In hun jaarverslag dienen ondernemingen te verklaren of en in hoeverre zij de CGC naleven. Indien en voor zover de CGC niet wordt nageleefd, dient het jaarverslag daarvoor de redenen te vermelden.

De 21 principes van 'Tabaksblat' zijn:

I. Naleving en handhaving van de code

Het bestuur en de raad van commissarissen zijn verantwoordelijk voor de corporate governance structuur van de vennootschap en de naleving van deze code. Zij leggen hierover verantwoording af aan de algemene vergadering van aandeelhouders. Aandeelhouders nemen zorgvuldig kennis en maken een grondige beoordeling van de redengeving van eventuele afwijkingen van de best practice bepalingen van deze code door de vennootschap. Zij vermijden een "afvinkmentaliteit" in de beoordeling van de corporate governance structuur van de vennootschap.

II. Het bestuur

II.1 Taak en werkwijze

Het bestuur is belast met het besturen van de vennootschap, hetgeen onder meer inhoudt dat hij verantwoordelijk is voor de realisatie van de doelstellingen van de vennootschap, de strategie en het beleid en de daaruit voortvloeiende resultatenontwikkeling. Het bestuur legt hierover verantwoording af aan de raad van commissarissen en aan de algemene vergadering van aandeelhouders. Het bestuur richt zich bij de vervulling van zijn taak naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van bij de vennootschap betrokkenen af. Het bestuur verschaft de raad van commissarissen tijdig alle informatie die nodig is voor de uitoefening van de taak van de raad van commissarissen.

Het bestuur is verantwoordelijk voor de naleving van alle relevante wet- en regelgeving, het beheersen van de risico's verbonden aan de ondernemingsactiviteiten en voor de financiering van de vennootschap. Het bestuur rapporteert hierover aan en bespreekt de interne risicobeheersings- en controlesystemen met de raad van commissarissen en zijn auditcommissie.

II.2 Bezoldiging

(Hoogte en samenstelling van de bezoldiging)

De bestuurders ontvangen voor hun werkzaamheden een bezoldiging van de vennootschap, die wat betreft hoogte en

structuur zodanig is dat gekwalificeerde en deskundige bestuurders kunnen worden aangetrokken en behouden. Voor het geval de bezoldiging bestaat uit een vast en een variabel deel, is het variabele deel gekoppeld aan vooraf bepaalde, meetbare en beïnvloedbare doelen, die deels op korte termijn en deels op lange termijn moeten worden gerealiseerd. Het variabele deel van de bezoldiging moet de binding van de bestuurders aan de vennootschap en haar doelstellingen versterken.

De bezoldigingsstructuur, met inbegrip van ontslagvergoeding, is zodanig dat zij de belangen van de vennootschap op middellange en lange termijn bevordert, niet aanzet tot gedrag van bestuurders in hun eigen belang met veronachtzaming van het belang van de vennootschap en falende bestuurders bij ontslag niet 'beloont'. Bij de vaststelling van de hoogte en structuur van de bezoldiging worden onder meer de resultatenontwikkeling, de ontwikkeling van de beurskoers van de aandelen, alsmede andere voor de vennootschap relevante ontwikkelingen in overweging genomen. Het aandelenbezit van een bestuurder in de vennootschap waarvan hij bestuurder is, is ter belegging op de lange termijn. De hoogte van een ontslagvergoeding voor een bestuurder bedraagt niet meer dan éénmaal het jaarsalaris, tenzij dit in de omstandigheden van het geval kennelijk onredelijk is.

(Vaststelling en openbaarmaking van de bezoldiging)

Het verslag van de raad van commissarissen bevat de hoofdlijnen van het remuneratierapport van de raad van commissarissen betreffende het bezoldigingsbeleid van de vennootschap, zoals opgemaakt door de remuneratiecommissie. De toelichting op de jaarrekening bevat in ieder geval de door de wet voorgeschreven informatie over de hoogte en de structuur van de bezoldiging van de individuele bestuurders. Het in het remuneratierapport weergegeven bezoldigingsbeleid dat in het komende boekjaar en de daaropvolgende jaren wordt voorzien, wordt ter vaststelling aan de algemene vergadering van aandeelhouders voorgelegd. Elke materiële wijziging in het bezoldigingsbeleid wordt eveneens ter vaststelling aan de algemene vergadering van aandeelhouders voorgelegd. Regelingen die bestuurders belonen in aandelen of rechten tot het nemen van aandelen, en belangrijke wijzigingen in deze regelingen, worden ter goedkeuring aan de algemene vergadering van aandeelhouders voorgelegd.

De raad van commissarissen stelt de bezoldiging van de individuele bestuurders vast, op voorstel van de remuneratiecommissie, een en ander binnen het door de algemene vergadering van aandeelhouders vastgestelde bezoldigingsbeleid.

II.3 Tegenstrijdige belangen

Elke vorm en schijn van belangenverstrengeling tussen vennootschap en bestuurders wordt vermeden. Besluiten tot het aangaan van transacties waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders spelen, die van materiële betekenis zijn voor de vennootschap en/of voor de betreffende bestuurders, behoeven de goedkeuring van de raad van commissarissen.

III. Raad van commissarissen

III.1 Taak en werkwijze

De raad van commissarissen heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en staat het bestuur met raad ter zijde. De raad van commissarissen richt zich bij de vervulling van zijn taak naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van bij de vennootschap betrokkenen af. De raad van commissarissen is verantwoordelijk voor de kwaliteit van zijn eigen functioneren.

III.2 Onafhankelijkheid

De raad van commissarissen is zodanig samengesteld dat de leden ten opzichte van elkaar, het bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren.

III.3 Deskundigheid en samenstelling

Elke commissaris dient geschikt te zijn om de hoofdlijnen van het totale beleid te beoordelen. Elke commissaris beschikt over de specifieke deskundigheid die noodzakelijk is voor de vervulling van zijn taak, binnen zijn rol in het kader van de profiel-schets van de raad. De raad van commissarissen dient zodanig te zijn samengesteld dat hij zijn taak naar behoren kan vervullen. Een herbenoeming van een commissaris vindt slechts plaats na zorgvuldige overweging. Ook bij een herbenoeming worden de hiervoor genoemde profielexisten in acht genomen.

III.4 Rol van de voorzitter van de raad van commissarissen en de secretaris van de vennootschap

De voorzitter van de raad van commissarissen bepaalt de agenda van en leidt de vergaderingen van de raad, ziet toe op het goed functioneren van de raad en zijn commissies, draagt zorg voor een adequate informatievoorziening aan de commissarissen, zorgt ervoor dat voldoende tijd bestaat voor de besluitvorming, draagt zorg voor het introductie- en opleidings- of trainingsprogramma voor de leden, is namens de raad van commissarissen het voornaamste aanspreekpunt voor het bestuur, initieert de evaluatie van het functioneren van de raad van commissarissen en van het bestuur en draagt als voorzitter zorg voor een ordelijk en efficiënt verloop van de algemene vergadering van aandeelhouders. De voorzitter van de raad van commissarissen wordt in zijn rol ondersteund door de secretaris van de vennootschap.

III.5 Samenstelling en rol van drie kerncommissies van de raad van commissarissen

Indien de raad van commissarissen meer dan vier leden omvat, stelt de raad van commissarissen uit zijn midden een auditcommissie, een remuneratiecommissie en een selectie- en benoemingscommissie in. De taak van de commissies is om de besluitvorming van de raad van commissarissen voor te bereiden. Indien de raad van commissarissen van vennootschappen besluit tot het niet instellen van een audit, remuneratie- en een selectie- en benoemingscommissie, dan gelden de best practice bepalingen III.5.4, III.5.5, III.5.8, III.5.9, III.5.10, III.5.13,

V.1.2, V.2.3 en V.3.1 ten aanzien van de gehele raad van commissarissen. In het verslag van de raad van commissarissen doet de raad verslag van de uitvoering van de taakopdracht van de commissies in het boekjaar.

III.6 Tegenstrijdige belangen

Elke vorm en schijn van belangenverstrengeling tussen vennootschap en commissarissen wordt vermeden. Besluiten tot het aangaan van transacties waarbij tegenstrijdige belangen van commissarissen spelen, die van materiële betekenis zijn voor de vennootschap en/of voor de betreffende commissarissen, behoeven de goedkeuring van de raad van commissarissen. De raad van commissarissen is verantwoordelijk voor de besluitvorming over de omgang met tegenstrijdige belangen bij bestuurders, commissarissen, grootaandeelhouders en de externe accountant in relatie tot de vennootschap.

III.7 Bezoldiging

De algemene vergadering van aandeelhouders stelt de bezoldiging van de commissarissen vast. De bezoldiging van een commissaris is niet afhankelijk van de resultaten van de vennootschap. De toelichting op de jaarrekening bevat in ieder geval de door de wet voorgeschreven informatie over de hoogte en de structuur van de bezoldiging van de individuele commissarissen.

III.8 One-tier bestuursstructuur

De samenstelling en het functioneren van het bestuur waarvan zowel bestuurders deel uitmaken die zijn belast met de dagelijkse gang van zaken als bestuurders die daarmee niet zijn belast, moeten zodanig zijn dat een behoorlijk en onafhankelijk toezicht door laatstgenoemden is gewaarborgd.

IV. De (algemene vergadering van) aandeelhouders

IV.1 Bevoegdheden

Goede corporate governance veronderstelt een volwaardige deelname van aandeelhouders aan de besluitvorming in de algemene vergadering van aandeelhouders. Het is in het belang van de vennootschap dat zoveel mogelijk aandeelhouders deelnemen aan de besluitvorming in de algemene vergadering van aandeelhouders. De vennootschap stelt, voor zover het in haar mogelijkheid ligt, aandeelhouders in de gelegenheid om op afstand te stemmen en om met alle (andere) aandeelhouders te communiceren.

De algemene vergadering van aandeelhouders dient zodanig invloed te kunnen uitoefenen op het beleid van het bestuur en de raad van commissarissen van de vennootschap, dat zij een volwaardige rol speelt in het systeem van "checks and balances" in de vennootschap.

De besluiten van het bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming zijn aan de goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders onderworpen.

IV.2 Certificering van aandelen

Certificering van aandelen is een middel om te voorkomen dat door absentisme ter algemene vergadering van aandeelhouders een (toevallige) minderheid van aandeelhouders de besluitvorming naar haar hand zet. Certificering van aandelen wordt niet gebruikt als beschermingsmaatregel. Het bestuur van het administratiekantoor verleent aan certificaathouders die daarom vragen onder alle omstandigheden en onbeperkt stemvolmachten. De aldus gevolmachtigde certificaathouders kunnen het stemrecht naar eigen inzicht uitoefenen. Het bestuur van het administratiekantoor geniet het vertrouwen van de certificaathouders. Certificaathouders hebben de mogelijkheid om kandidaten voor het bestuur van het administratiekantoor aan te bevelen. De vennootschap verstrekt aan het administratiekantoor geen informatie die niet openbaar is gemaakt.

IV.3 Informatieverschaffing/logistiek algemene vergadering van aandeelhouders

Het bestuur of in voorkomende gevallen de raad van commissarissen zal alle aandeelhouders en andere partijen op de financiële markt gelijkelijk en gelijktijdig informeren over aangelegenheden die invloed kunnen hebben op de koers van het aandeel. De contacten tussen het bestuur enerzijds en pers en financieel analisten anderzijds worden zorgvuldig behandeld en gestructureerd, en de vennootschap verricht geen handelingen die de onafhankelijkheid van analisten ten opzichte van de vennootschap en vice versa aantasten.

Het bestuur en de raad van commissarissen verschaffen de algemene vergadering van aandeelhouders alle relevante informatie die zij behoeft voor de uitoefening van haar bevoegdheden. Indien tijdens een algemene vergadering van aandeelhouders koersgevoelige informatie wordt verstrekt, dan wel beantwoording van vragen van aandeelhouders heeft geleid tot verstrekking van koersgevoelige informatie, wordt deze informatie onverwijld openbaar gemaakt.

IV.4 Verantwoordelijkheid institutionele beleggers

Institutionele beleggers handelen primair in het belang van hun achterliggende begunstigden of beleggers en hebben een verantwoordelijkheid jegens hun achterliggende begunstigden of beleggers en de vennootschappen waarin zij beleggen om op zorgvuldige en transparante wijze te beoordelen of zij gebruik willen maken van hun rechten als aandeelhouder van beursgenoteerde vennootschappen.

Institutionele beleggers zijn bereid om een dialoog met de vennootschap aan te gaan, wanneer zij de uitleg van de vennootschap ten aanzien van een afwijking van een best practice bepaling uit deze code niet aanvaarden. Uitgangspunt daarbij is de erkenning dat corporate governance een kwestie van maatwerk is en dat afwijkingen van individuele bepalingen door een vennootschap zeer wel gerechtvaardigd kunnen zijn.

V. De audit van de financiële verslaggeving en de positie van de interne audit functie en van de externe accountant

V.1 Financiële verslaggeving

Het bestuur is verantwoordelijk voor de kwaliteit en de volledigheid van de openbaar gemaakte financiële berichten. De raad van commissarissen ziet er op toe dat het bestuur deze verantwoordelijkheid vervult.

V.2 Rol, benoeming, beloning en beoordeling van het functioneren van de externe accountant

De externe accountant wordt benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders. De raad van commissarissen doet daartoe een voordracht, waarbij zowel de auditcommissie als het bestuur advies uitbrengen aan de raad van commissarissen. De bezoldiging van en de opdrachtverlening tot het uitvoeren van niet-controlewerkzaamheden door de externe accountant wordt goedgekeurd door de raad van commissarissen op voorstel van de auditcommissie en na overleg met het bestuur.

V.3 Interne audit functie

De interne accountant, die een belangrijke rol kan spelen in het beoordelen en toetsen van interne risicobeheersings- en controlesystemen, functioneert onder de verantwoordelijkheid van het bestuur.

V.4 Relatie en communicatie van de externe accountant met de organen van de vennootschap

De externe accountant woont in ieder geval de vergadering van de raad van commissarissen bij waarin over de vaststelling of goedkeuring van de jaarrekening wordt besloten. De externe accountant rapporteert zijn bevindingen betreffende het onderzoek van de jaarrekening gelijkelijk aan het bestuur en de raad van commissarissen.

Bijlage II. Health care governance code 2010

HEALTH CARE GOVERNANCE CODE 2010

Werkings sfeer

1.1 Toepasselijkheid

Deze code is van toepassing op in Nederland gevestigde zorgorganisaties en de daarmee verbonden groeps- en dochtermaatschappijen.

1.2 Zorgorganisaties

Zorgorganisaties zijn rechtspersonen of personenvennootschappen die zorg of diensten (doen) verlenen zoals omschreven bij of krachtens de Zorgverzekeringswet en de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten of de Wet maatschappelijke ondersteuning of handelingen op het gebied van de gezondheidszorg verrichten zoals bedoeld in de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg.

1.3 Dispensatie kleine zorgorganisaties

Kleine zorgorganisaties, zijnde zorgorganisaties met minder dan 10 zorggerelateerde personeelsleden en een zorgomzet van minder dan 1.000.000 euro zijn – mits zij in het laatst uitgebrachte Jaardocument Maatschappelijke Verantwoording hierop expliciet een beroep gedaan hebben – voor het verslagjaar en voor het daarop volgende verslagjaar vrijgesteld van al hetgeen deze code bepaalt, met uitzondering van naleving van het bepaalde in de artikelen 2.1.1., 2.1.2. en 2.3.1. Kleine zorgorganisaties worden wel geacht om waar mogelijk steeds in de geest van deze code te handelen. De dispensatie kent een maximale duur van twee jaar.

1.4 Vennootschappen en coöperatie

De (onderdelen van de) bepalingen in deze code die betrekking hebben op de taken, bevoegdheden en/of verantwoordelijkheden van de Algemene Vergadering en haar individuele leden (aandeelhouders, leden of vennoten) zijn slechts van toepassing als de zorgorganisatie de rechtsvorm van een besloten of naamloze vennootschap, een coöperatie of vereniging respectievelijk een personenvennootschap heeft.

Verantwoording

2.1 De zorgorganisatie als maatschappelijke onderneming

1. De zorgorganisatie is een maatschappelijke onderneming met als hoofddoelstelling het bieden van verantwoorde zorg. Onder ‘verantwoorde zorg’

wordt verstaan: cliëntgerichte, veilige en betaalbare zorg die geleverd wordt via een doelmatige en transparante bedrijfsvoering.

2. De maatschappelijke doelstelling en verantwoordelijkheid van de zorgorganisatie blijkt uit het hanteren van (ten minste) de volgende uitgangspunten:
 - a. de zorgorganisatie stelt de cliënt en diens gerechtvaardigde wensen en behoeften bij de zorgverlening centraal;
 - b. de zorgverlening geschiedt zodanig dat de daartoe beschikbaar staande middelen zo effectief en doelmatig mogelijk worden aangewend;
 - c. de door of vanuit de zorgorganisatie geleverde zorg voldoet aan eigentijdse kwaliteitseisen;
 - d. uitkeringen van financiële middelen vinden uitsluitend plaats binnen de maatschappelijke doelstelling en verantwoordelijkheid van de zorgorganisatie.
3. De Raad van Bestuur en de Raad van Toezicht zijn overeenkomstig hun wettelijke en statutaire taakverdeling verantwoordelijk voor de governancestructuur van de zorgorganisatie als maatschappelijke onderneming en voor de naleving van deze code.

2.2 Informatie aan en/of raadpleging van belanghebbenden of hun vertegenwoordiging

1. Het beleid van de zorgorganisatie voor de dialoog met belanghebbenden

De zorgorganisatie heeft als maatschappelijke onderneming een beleid voor de dialoog met de samenwerkingsverbanden of organisaties die rechtstreeks bij het beleid en de maatschappelijke doelstelling van de zorgorganisatie zijn betrokken en als belanghebbenden actief zijn binnen haar verzorgingsgebied. In het kader van dat beleid stelt de Raad van Bestuur vast en keurt de Raad van Toezicht goed:

- wie de belanghebbenden bij de zorgorganisatie zijn;
- de wijze waarop vorm wordt gegeven aan het overleg met de belanghebbenden over het voorgenomen beleid en de uitvoering daarvan door de zorgorganisatie;
- de aard en inhoud van de informatieverschaffing aan de belanghebbenden- (vertegenwoordiging) over de gang van zaken en het gevoerde beleid van de zorgorganisatie;
- de betrokkenheid van de belanghebbenden (vertegenwoordiging) bij de beleidsvorming en de uitvoering van het beleid door de zorgorganisatie. De hiervoor bedoelde belanghebbenden worden door de zorgorganisatie geïnformeerd over het vaststellen en uitbrengen van het Jaardocument Maatschappelijke

Verantwoording en hoe zij dit document kunnen verkrijgen of inzien.

2. Informatieverstrekking aan en/of raadpleging van belanghebbenden in ten minste de volgende gevallen De belanghebbenden dan wel hun vertegenwoordiging worden door de Raad van Bestuur in elk geval geïnformeerd en/of geraadpleegd over de volgende onderwerpen:
 - de vaststelling of wijziging van de missie, doelstelling of grondslag van de zorgorganisatie;
 - de hoofdlijnen van het strategisch beleid van de zorgorganisatie als maatschappelijke onderneming;
 - het overdragen van de zeggenschap over de zorgorganisatie of over een belangrijk onderdeel daarvan en over besluiten tot fusie of tot het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking met een (zorg-) organisatie;
 - de opheffing of een belangrijke inkrimping dan wel belangrijke uitbreiding van de werkzaamheden van de zorgorganisatie;
 - de besluiten tot concentratie of deconcentratie van de zorgorganisatie respectievelijk structurele sluiting van afdelingen, dependancies of locaties;
 - de systematische bewaking, beheersing of verbetering van de kwaliteit van de te verlenen zorg.

3. Het recht van enquête

De statuten van de zorgorganisatie wijzen ten minste één partij aan die de belangen van de patiënten of cliënten van de zorginstelling vertegenwoordigt, waaraan het recht van enquête wordt toegekend als bedoeld in titel 8 afdeling 2 van Boek 2 BW.

2.3 Verantwoording aan belanghebbenden

1. De zorgorganisatie legt jaarlijks aan alle rechthebbenden en belangstellenden verantwoording af over het in het verslagjaar gevoerde beleid en over de (totale) in dat jaar geleverde prestaties door middel van het Jaardocument Maatschappelijke Verantwoording.
2. De Raad van Bestuur is verantwoordelijk voor de kwaliteit, de juistheid en de volledigheid van het Jaardocument Maatschappelijke Verantwoording. De Raad van Toezicht ziet er op toe dat de Raad van Bestuur deze verantwoordelijkheid vervult.
3. De zorgorganisatie draagt er zorg voor dat alle aan de zorgorganisatie verbonden vrijgevestigde (medische) professionals op geaggregeerd niveau (in ieder geval op het niveau van maatschappen en medische staven) verantwoording afleggen

over de wijze en resultaten van hun handelen en behandelen.

4. De Raad van Bestuur legt in het Jaardocument Maatschappelijke Verantwoording jaarlijks verantwoording af over het gevoerde beleid ten aanzien van de belanghebbenden.
5. De Raad van Toezicht legt in het Jaardocument Maatschappelijke Verantwoording jaarlijks verantwoording af over zijn in het verslagjaar verrichte werkzaamheden.
6. Van elke toezichthouder wordt in het verslag van de Raad van Toezicht opgave gedaan van geslacht, leeftijd, beroep, hoofdfunctie, nevenfuncties voor zover relevant voor de vervulling van de taak als toezichthouder, tijdstip van eerste benoeming en de lopende termijn waarvoor de toezichthouder is benoemd.

2.4 De externe accountant en diens relatie en communicatie met de organen van de zorgorganisatie

1. De externe accountant wordt benoemd en ontslagen door de Raad van Toezicht tenzij de Algemene Vergadering daartoe wettelijk bevoegd is. Indien de externe accountant door de Algemene Vergadering wordt benoemd, doet de Raad van Toezicht daartoe een voordracht. De Raad van Bestuur kan hierover advies uitbrengen aan de Raad van Toezicht. De externe accountant wordt qua persoon periodiek gewisseld.
2. De externe accountant verricht bij voorkeur geen advieswerkzaamheden voor de zorgorganisatie en maakt – indien dit in het te controleren boekjaar wel is gebeurd – in het verslag over de jaarrekening melding van de in dat jaar verrichte advieswerkzaamheden.
3. De externe accountant woont het van belang zijnde gedeelte van de vergaderingen van de Raad van Toezicht respectievelijk Algemene Vergadering bij waarin de jaarrekening wordt besproken en/of waarin wordt besloten over de goedkeuring of vaststelling van de jaarrekening.
4. De externe accountant rapporteert zijn bevindingen betreffende het onderzoek van de jaarrekening gelijkelijk aan de Raad van Bestuur en de Raad van Toezicht.

De Raad van Bestuur

3.1 Taak en werkwijze

1. De Raad van Bestuur is eindverantwoordelijk voor en belast met het besturen van de zorgorganisatie. Dit houdt onder meer in dat hij verantwoordelijk is voor de realisatie van de statutaire en andere doelstellingen van de zorgorganisatie, de strategie en het beleid en de daaruit voortvloeiende resultatenontwikkeling en voor de kwaliteit en veiligheid

van de zorg. De Raad van Bestuur legt hierover verantwoording af aan de Raad van Toezicht.

2. Bij de vervulling van zijn taak richt de Raad van Bestuur zich naar het belang van de zorgorganisatie als maatschappelijke onderneming en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van de bij de zorgorganisatie betrokken belanghebbenden af.
3. De Raad van Bestuur is verantwoordelijk voor het beheersen van de risico's verbonden aan de activiteiten van de zorgorganisatie en voor de financiering van de zorgorganisatie. De Raad van Bestuur rapporteert hierover aan en bespreekt de interne risicobeheersings- en controlesystemen met de Raad van Toezicht.
4. De Raad van Bestuur verschafft de Raad van Toezicht tijdig alle informatie die nodig is voor een goede uitoefening van de taak van de Raad van Toezicht. Afspraken hierover worden vastgelegd in een informatieprotocol.
5. De Raad van Bestuur draagt ervoor zorg dat werknemers en anderen die in een contractuele relatie tot de zorgorganisatie staan, zonder gevaar voor hun rechtspositie de mogelijkheid hebben aan de voorzitter van de Raad van Bestuur of aan een door hem aangewezen functionaris te rapporteren over vermeende onregelmatigheden binnen de zorgorganisatie van algemene, operationele en/of financiële aard. Vermeende onregelmatigheden die het functioneren van leden van de Raad van Bestuur betreffen, worden gerapporteerd aan de voorzitter van de Raad van Toezicht. Deze klokkenluiders regeling wordt algemeen bekend gemaakt.

3.2 Benoeming, ontslag en beloning

1. De Raad van Toezicht stelt de omvang van de Raad van Bestuur vast, tenzij deze bevoegdheid bij de Algemene Vergadering berust.
2. De Raad van Toezicht is verantwoordelijk voor benoeming, schorsing en ontslag, het verlenen van décharge, het vaststellen van een maatschappelijk passende beloning, de contractduur, de rechtspositie en de andere arbeidsvoorwaarden van de individuele leden van de Raad van Bestuur, tenzij deze bevoegdheid bij de Algemene Vergadering berust.
3. Een voormalig lid van de Raad van Toezicht van de zorgorganisatie is gedurende een periode van drie jaar na het einde van zijn toezichthoudende functie niet benoembaar tot lid van de Raad van Bestuur.
4. De jaarlijkse verantwoording van de zorgorganisatie bevat de door de wet voorgeschreven informatie over de hoogte en de structuur van de beloning van de individuele leden van de Raad van Bestuur.

5. Aan bestuurders worden geen aandelen en/of rechten op aandelen bij wijze van beloning toegekend.
6. Het eventuele aandelenbezit van een bestuurder in een zorgorganisatie waarvan hij bestuurder is, is ter belegging op de lange termijn.
7. De zorgorganisatie verstrekt aan haar bestuurders geen persoonlijke leningen, garanties en dergelijke, tenzij in de normale uitoefening van het bedrijf en tegen de daarvoor voor het gehele personeel geldende voorwaarden en na goedkeuring van de Raad van Toezicht. Leningen worden niet kwijtgescholden.

3.3 Belangenverstrengeling

1. De Raad van Bestuur is integer en stelt zich toetsbaar op ten aanzien van zijn eigen functioneren. Elke vorm en schijn van persoonlijke bevoordeling dan wel belangenverstrengeling tussen enig lid van de Raad van Bestuur en de zorgorganisatie wordt vermeden. Besluiten tot het aangaan van transacties waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders spelen die van materiële betekenis zijn voor de zorgorganisatie en/of voor de betreffende bestuurders, behoeven de goedkeuring van de Raad van Toezicht.
2. Een lid van de Raad van Bestuur kan niet tegelijkertijd de functie vervullen van lid van de Raad van Toezicht van de zorgorganisatie of van een andere zorgorganisatie die binnen het verzorgingsgebied van de zorgorganisatie geheel of gedeeltelijk dezelfde werkzaamheden als de zorgorganisatie verricht, tenzij de andere zorgorganisatie als groeps- of dochtermaatschappij of anderszins nauw verbonden is met de zorgorganisatie.
3. Een lid van de Raad van Bestuur zal zonder de toestemming van de Raad van Toezicht geen betaalde of onbetaalde nevenfunctie aanvaarden of continueren als deze nevenfunctie, al dan niet in samenhang met andere betaalde of onbetaalde nevenfuncties, een meer dan minimale werkbelasting kan opleveren of anderszins strijdig kan zijn met de belangen van de zorgorganisatie.
4. De Raad van Bestuur geeft de Raad van Toezicht op eerste verzoek inzicht in de door hem uitgeoefde nevenfuncties. Zorgbrede Governancecode 2010

De Raad van Toezicht

4.1 Taak en werkwijze

1. De Raad van Toezicht heeft tot taak toezicht te houden op het besturen door de Raad van Bestuur en op de algemene gang van zaken in de zorgorganisatie als maatschappelijke onderneming en staat de Raad van Bestuur met raad terzijde. De Raad

van Toezicht vervult de werkgeversrol voor de Raad van Bestuur en zorgt ondermeer door benoeming, evaluatie en ontslag dat de zorgorganisatie is voorzien van een capabel bestuur. De Raad van Toezicht houdt toezicht op ten minste:

- de realisatie van de statutaire en andere doelstellingen van de zorgorganisatie;
- de strategie en de risico's verbonden aan de activiteiten van de zorgorganisatie;
- de opzet en werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen;
- de financiële verslaglegging;
- de kwaliteit en veiligheid van zorg;
- de naleving van wet- en regelgeving;
- de verhouding met belanghebbenden;
- het op passende wijze uitvoering geven aan de maatschappelijke doelstelling en verantwoordelijkheid van de zorgorganisatie.

De Raad van Toezicht bespreekt in ieder geval eenmaal per jaar de strategie en de voornaamste risico's verbonden aan de zorgorganisatie, de uitkomsten van de beoordeling door de Raad van Bestuur van de opzet en werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen alsmede eventuele significante wijzigingen daarin. Van het houden van deze besprekingen wordt melding gemaakt in het jaarverslag van de Raad van Toezicht.

2. Aan de goedkeuring van de Raad van Toezicht zijn in ieder geval onderworpen de besluiten van de Raad van Bestuur omtrent:
 - de vaststelling van de begroting, de jaarrekening en de winstbestemming, tenzij deze bevoegdheid wettelijk aan de Algemene Vergadering toekomt;
 - de vaststelling van (strategische) beleidsplannen van de zorgorganisatie;
 - het beleid van de zorgorganisatie voor de dialoog met belanghebbenden;
 - het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking van de zorgorganisatie met andere rechtspersonen of vennootschappen indien deze samenwerking of verbreking van ingrijpende betekenis is voor de zorgorganisatie;
 - het bestuursreglement van de Raad van Bestuur;
 - aangifte van faillissement en aanvraag van surséance van betaling;
 - gelijktijdige beëindiging of beëindiging binnen een kort tijdsbestek van de arbeidsovereenkomst van een aanmerkelijk aantal werknemers, of van het verbreken van een overeenkomst met een aanmerkelijk aantal personen dat als zelfstandigen of als samenwerkingsverband werkzaam is voor de zorgorganisatie;

- overige majeure beslissingen, vast te leggen in de statuten en/of het bestuursreglement.

3. Bij de vervulling van zijn taak richt de Raad van Toezicht zich naar het belang van de zorgorganisatie als maatschappelijke onderneming en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van de bij de zorgorganisatie betrokken belanghebbenden af.
4. De Raad van Toezicht voert jaarlijks met elk van de leden van de Raad van Bestuur een gesprek over diens functioneren.
5. De Raad van Toezicht is verantwoordelijk voor de kwaliteit van zijn eigen functioneren.
6. De Raad van Toezicht evalueert zijn functioneren ten minste jaarlijks buiten de aanwezigheid van de Raad van Bestuur en informeert de Raad van Bestuur over de uitkomsten hiervan.
7. De Raad van Toezicht voert ten minste jaarlijks met de Raad van Bestuur als geheel een evaluatiegesprek over het wederzijds functioneren van beide organen op zich en in relatie tot elkaar.
8. De Raad van Toezicht en de toezichthouders afzonderlijk hebben een eigen verantwoordelijkheid om van de Raad van Bestuur en de externe accountant alle informatie te verlangen die de Raad van Toezicht behoeft om zijn taak als toezichthoudend orgaan goed te kunnen uitoefenen. Indien de Raad van Toezicht dit geboden acht, kan hij informatie inwinnen van functionarissen en externe adviseurs van de zorgorganisatie. De zorgorganisatie stelt hiertoe de benodigde middelen ter beschikking.

4.2 Benoeming, ontslag, samenstelling en deskundigheid

1. De Raad van Toezicht is verantwoordelijk voor de benoeming, schorsing en ontslag, het verlenen van décharge en het vaststellen van de honorering van de leden van de Raad van Toezicht, tenzij deze bevoegdheid bij de Algemene Vergadering berust.
2. De Raad van Toezicht dient zodanig te zijn samengesteld dat hij zijn taak naar behoren kan vervullen.
3. Ieder lid van de Raad van Toezicht dient geschikt te zijn om de hoofdlijnen van het totale beleid te beoordelen. Ieder lid van de Raad van Toezicht beschikt over de specifieke deskundigheid die noodzakelijk is voor de vervulling van zijn specifieke taak, binnen zijn rol in het kader van de profielschets van de Raad.
4. Alle leden van de Raad van Toezicht volgen na benoeming een introductieprogramma of scholingsprogramma waarin in ieder geval aandacht wordt besteed aan algemene financiële, sociale en juridische zaken, de financiële verslaggeving door de zorgorganisatie, de specifieke aspecten die eigen zijn aan het type zorgorganisatie waar betrokkenen

als lid van de Raad van Toezicht aan verbonden is en aan de verantwoordelijkheden als toezichthouder. De Raad van Toezicht beoordeelt jaarlijks op welke onderdelen de toezichthouders gedurende hun benoemingsperiode behoefte hebben aan nadere training of opleiding. De zorgorganisatie speelt hierbij een faciliterende rol.

5. Ten minste één lid van de Raad van Toezicht beschikt over voor de zorgorganisatie relevante kennis van en ervaring in de zorg.
6. Het aantal bestuurlijke of toezichthoudende functies van de leden van de Raad van Toezicht is zodanig beperkt dat een goede taakvervulling door ieder van de leden van de Raad gewaarborgd is.
7. Een lid van de Raad van Toezicht kan maximaal tweemaal voor een periode van vier jaar zitting hebben in de Raad van Toezicht.
8. Bij de werving, selectie en benoeming van nieuwe leden van de Raad van Toezicht wordt gebruik gemaakt van een voor de betreffende vacature opgestelde profielschets. De leden van de Raad van Toezicht worden op openbare wijze geworven, tenzij voor een bepaalde plaats in de Raad van Toezicht op grond van een wettelijke bepaling geldt dat deze plaats op voordracht wordt ingevuld of het recht tot benoeming aan anderen dan de Raad van Toezicht of de Algemene Vergadering toekomt.
9. Statutair is vastgelegd op welke gronden de Raad van Toezicht respectievelijk de Algemene Vergadering een lid van de Raad van Toezicht kan schorsen of ontslaan, welke meerderheid van stemmen hiertoe vereist is en welke eventuele daarbij te hanteren procedures worden gevolgd.

4.3 Honorering

1. De Raad van Toezicht respectievelijk de Algemene Vergadering op voordracht van de Raad van Toezicht, stelt de honorering van de leden van de Raad van Toezicht vast.
2. De honorering van een lid van de Raad van Toezicht is niet afhankelijk van de resultaten van de zorgorganisatie.
3. Aan leden van de Raad van Toezicht worden geen aandelen en/of rechten op aandelen bij wijze van honorering toegekend.
4. Het eventuele aandelenbezit van een lid van de Raad van Toezicht in een zorgorganisatie waarvan hij toezichthouder is, is ter belegging op de lange termijn.
5. Het Jaardocument Maatschappelijke Verantwoording van de zorgorganisatie bevat de door de wet voorgeschreven informatie over de hoogte en de structuur van de honorering van de individuele leden van de Raad van Toezicht.

4.4 Onafhankelijkheid

1. De Raad van Toezicht is zodanig samengesteld dat de leden ten opzichte van elkaar, de Raad van Bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren.
2. Leden van de Raad van Toezicht die op voordracht, of door anderen dan de Raad van Toezicht of de Algemene Vergadering van Aandeelhouders dienen te worden benoemd, zijn onafhankelijk. De leden van de Raad van Toezicht vervullen hun functie zonder last of ruggespraak en zonder een deelbelang te laten prevaleren.
3. Leden van de Raad van Toezicht verrichten nimmer taken van de Raad van Bestuur.
4. Een lid van de Raad van Toezicht kan niet tegelijkertijd de functie vervullen van lid van de Raad van Bestuur of van de Raad van Toezicht van een andere zorgorganisatie die binnen het verzorgingsgebied van de zorgorganisatie geheel of gedeeltelijk dezelfde werkzaamheden als de zorgorganisatie verricht, tenzij de andere zorgorganisatie als groeps- of dochtermaatschappij of anderszins nauw verbonden is met de zorgorganisatie.
5. Een voormalig lid van de Raad van Bestuur van de zorgorganisatie is gedurende een periode van drie jaar na het einde van zijn bestuurlijke functie niet benoembaar tot lid van de Raad van Toezicht. Evenmin zijn tot de leden van de Raad van Toezicht benoembaar werknemers of personen die tot de zorgorganisatie toegelaten zijn tot drie jaar na het einde van hun arbeidscontract of toelatingsovereenkomst.

4.5 Belangenverstrengeling

1. Elke vorm of schijn van persoonlijke bevoordeling dan wel belangenverstrengeling tussen enig lid van de Raad van Toezicht en de zorgorganisatie moet worden vermeden. Besluiten tot het aangaan van transacties waarbij tegenstrijdige belangen van leden van de Raad van Toezicht spelen die van materiele betekenis zijn voor de zorgorganisatie en/of voor de betreffende toezichthouders, behoeven de goedkeuring van de Raad van Toezicht.
2. De Raad van Toezicht is verantwoordelijk voor de besluitvorming over het oplossen van zaken waarbij een belangenverstrengeling aan de orde kan zijn bij leden van de Raad van Toezicht, de Raad van Bestuur, bij aandeelhouders en/of de externe accountants in relatie tot de zorgorganisatie.

Voor rechtsvormen die geen Algemene Vergadering kennen, zoals de stichting, zijn de artikelen van hoofdstuk 5. niet van toepassing.

5.1 Positie en bevoegdheden

1. De Algemene Vergadering bepaalt de structuur en statutaire inrichting van de zorgorganisatie en stelt de rechten en verplichtingen van haar individuele leden vast. Aan de Algemene Vergadering komen ten minste de navolgende wettelijke of statutaire bevoegdheden toe:
 - benoeming, schorsing en ontslag van de leden van de Raad van Bestuur en van de Raad van Toezicht, tenzij deze bevoegdheid wettelijk aan de Raad van Toezicht toekomt;
 - de besluitvorming over statutenwijziging, ontbinding, omzetting, fusie en splitsing van de zorgorganisatie;
 - de vaststelling van de jaarrekening en de winstbestemming;
 - benoeming en ontslag van de externe accountant;
 - de besluitvorming over kapitaalverhoging en kapitaalvermindering;
 - alle overige bevoegdheden die door de wet en de statuten niet aan de Raad van Bestuur, de Raad van Toezicht of anderen zijn toegekend.
2. De Algemene Vergadering en haar individuele leden houden bij het uitoefenen van hun bevoegdheden en stemrechten zorgvuldig rekening met de maatschappelijke doelstelling van de zorgorganisatie.
3. De Algemene Vergadering dient zodanig invloed te kunnen uitoefenen op het beleid van de Raad van Bestuur en de Raad van Toezicht van de zorgorganisatie, dat zij een volwaardige rol speelt in het systeem van 'checks and balances' in de zorgorganisatie.
4. De besluiten van de Raad van Bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de zorgorganisatie als maatschappelijke onderneming zijn aan de goedkeuring van de Algemene Vergadering onderworpen.

5.2 Reserverings- en dividendbeleid

1. Het vaststellen van het reserverings- en dividendbeleid van de zorgorganisatie (de hoogte en bestemming van een reservering, de hoogte van het dividend en de dividendvorm) geschiedt binnen de grenzen van de maatschappelijke doelstelling van de zorgorganisatie.
2. Op de Algemene Vergadering worden het reserverings- en dividendbeleid en voorstellen tot uitkering van dividend als aparte agendapunten behandeld en verantwoord.

5.3 Relatie met bestuur en toezicht

1. De Raad van Bestuur en de Raad van Toezicht leggen verantwoording af aan de Algemene Vergadering over het door de Raad van Bestuur gevoerde beleid respectievelijk het door de Raad van Toezicht uitgeoefende toezicht.
2. Goedkeuring van het door de Raad van Bestuur gevoerde beleid (décharge van bestuurders) en goedkeuring van het door de Raad van Toezicht uitgeoefende toezicht (décharge van toezichthouders) worden afzonderlijk in de Algemene Vergadering in stemming gebracht.
3. De Raad van Bestuur en de Raad van Toezicht leggen (intern) verantwoording af aan de Algemene Vergadering over de governancestructuur van de zorgorganisatie en de naleving van de Zorgbrede Governancecode.
4. Verantwoording over de naleving van de Zorgbrede Governancecode wordt afgelegd voorafgaand aan het voorstel tot goedkeuring van het door de Raad van Bestuur gevoerde beleid en het door de Raad van Toezicht uitgeoefende toezicht.
5. De Algemene Vergadering neemt zorgvuldig kennis en maakt een grondige beoordeling van de redengeving van eventuele afwijkingen van de bepalingen van deze code door de zorgorganisatie.
6. Elke substantiële verandering in de governancestructuur van de zorgorganisatie en in de naleving van de code wordt onder een apart agendapunt ter bespreking aan de Algemene Vergadering voorgelegd.

5.4 Informatieverschaffing Algemene Vergadering

1. De Raad van Bestuur en de Raad van Toezicht verschaffen de Algemene Vergadering alle relevante informatie die zij behoeft voor de uitoefening van haar bevoegdheden en verstrekken haar voorts alle verlangde informatie, tenzij een zwaarwichtig belang van de zorgorganisatie zich daartegen verzet. Indien door de Raad van Bestuur en de Raad van Toezicht op een zwaarwichtig belang een beroep wordt gedaan, wordt dit beroep gemotiveerd toegelicht.
2. Het verslag van de Algemene Vergadering wordt uiterlijk drie maanden na afl oop van de vergadering aan haar leden op verzoek ter beschikking gesteld. Het verslag wordt daarna vastgesteld op de wijze die in de statuten is bepaald.

Toepassing

1. Deze Governancecode is met ingang van 1 januari 2010 volledig van kracht.
2. De hoofdlijnen van de governancestructuur van de zorgorganisatie worden, mede aan de hand van de principes die in deze code zijn genoemd, in het

Jaardocument Maatschappelijke Verantwoording van de zorgorganisatie uiteengezet.

3. In dit Jaardocument Maatschappelijke Verantwoording geeft de zorgorganisatie uitdrukkelijk aan dat zij de principes van deze governancecode heeft opgevolgd en naleeft en zo niet, waarom niet en op welke punten zij met welke vervangende regels daarvan afwijkt (het 'pas toe of leg uit'-beginsel).

Naleving

Belanghebbenden bij een zorgorganisatie die op enigerlei wijze nadeel hebben ondervonden van de wijze waarop deze zorgorganisatie de Zorgbrede Governancecode 2010 heeft nageleefd, kunnen binnen de grenzen van het daarvoor van kracht zijnde reglement een toetsingsverzoek indienen bij de Governancecommissie Gezondheidszorg.

Bijlage III. Branchecode governance van de HBO raad 2006

In november 2005 verscheen een derde concept Branchecode Governance voor het HBO. Deze code bouwt voort op aanbevelingen van een commissie onder voorzitterschap van J.R. Glasz, daarbij op basis van die aanbevelingen komend tot zeventien principes met bijbehorende aanbevelingen. De zeventien principes zijn:

I. Naleving en handhaving van de code.

Het college van bestuur en de raad van toezicht zijn verantwoordelijk voor de inrichting en toepassing van de corporate governance van de hogeschool en de naleving van deze code.

II. Het college van bestuur

II.1 Taak en werkwijze

Het college van bestuur is belast met het besturen van de hogeschool, hetgeen onder meer inhoudt dat hij verantwoordelijk is voor de realisatie van de doelstellingen van de hogeschool, de strategie, de financiering en het beleid en de daaruit voortvloeiende resultatenontwikkeling. Het college van bestuur legt hierover verantwoording af aan de raad van toezicht. Het college van bestuur richt zich bij de vervulling van zijn taak naar het belang van de hogeschool en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van bij de hogeschool betrokkenen af. Het college van bestuur verschaft de raad van toezicht tijdig alle informatie die nodig is voor de uitoefening van de taak van de raad van toezicht.

Het college van bestuur is verantwoordelijk voor de naleving van alle relevante wet- en regelgeving en voor het beheersen van de risico's verbonden aan de instellingsactiviteiten. Het college van bestuur rapporteert hierover aan en bespreekt de interne risicobeheersings- en controlesystemen met de raad van toezicht en zijn auditcommissie.

II.2 Bezoldiging college van bestuur

Het jaarverslag bevat de hoofdlijnen van het remuneratierapport van de raad van toezicht betreffende het bezoldigingsbeleid van de hogeschool, zoals opgemaakt door de remuneratiecommissie. De toelichting op de jaarrekening bevat in ieder geval informatie over de hoogte en de structuur van de bezoldiging van de individuele leden van het college van bestuur. De raad van toezicht stelt de bezoldiging van de individuele leden van het college van bestuur vast, op voorstel van de remuneratiecommissie, een en ander binnen het vastgestelde bezoldigingsbeleid en gegeven de relevante wettelijke kaders waaronder de AMVB van 26 juni 2001.

II.3 Tegenstrijdige belangen

Elke vorm en schijn van belangenverstrengeling tussen de hogeschool en leden van het college van bestuur wordt vermeden.

Besluiten tot het aangaan van transacties waarbij tegenstrijdige belangen van leden van het college van bestuur spelen, die van materiële betekenis zijn voor de hogeschool en/of voor de betreffende leden van het college van bestuur, behoeven de goedkeuring van de raad van toezicht.

III. Raad van toezicht

III.1 Taak en werkwijze

De raad van toezicht heeft tot taak toezicht te houden op het college van bestuur en op de algemene gang van zaken in de hogeschool en de met haar verbonden instelling en staat het college van bestuur met raad ter zijde. De raad van toezicht richt zich bij de vervulling van zijn taak naar het belang van de hogeschool en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van bij de hogeschool betrokkenen af. De raad van toezicht is verantwoordelijk voor de kwaliteit van zijn eigen functioneren.

III.2 Onafhankelijkheid

De raad van toezicht is zodanig samengesteld dat de leden ten opzichte van elkaar, het college van bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren.

III.3 Deskundigheid en samenstelling

Elk lid van de raad van toezicht dient geschikt te zijn om de hoofdlijnen van het totale beleid te beoordelen. Elk lid van de raad van toezicht beschikt over de specifieke deskundigheid die noodzakelijk is voor de vervulling van zijn taak, binnen zijn rol in het kader van de profielschets van de raad. De raad van toezicht dient zodanig te zijn samengesteld dat hij zijn taak naar behoren kan vervullen. Een herbenoeming van een lid van de raad van toezicht vindt slechts plaats na zorgvuldige overweging. Ook bij een herbenoeming wordt de hiervoor genoemde profielschets in acht genomen.

III.4 Rol van de voorzitter van de raad van toezicht

De voorzitter van de raad van toezicht bepaalt de agenda en leidt de vergaderingen van de raad, ziet toe op het goed functioneren van de raad en zijn commissies, draagt zorg voor een adequate informatievoorziening aan de leden van de raad, zorgt ervoor dat voldoende tijd bestaat voor de besluitvorming, draagt zorg voor een adequate introductie, is namens de raad van toezicht het voornaamste aanspreekpunt voor het college van bestuur, en initieert de evaluatie van het functioneren van de raad van toezicht en van het functioneren van het college van bestuur. De hogeschool draagt zorg voor een adequate ondersteuning van de voorzitter van de raad van toezicht (informatie, agendering, evaluatie, introductie nieuwe leden, etc.).

III.5 Samenstelling en rol van twee kerncommissies van de raad van toezicht

Indien de raad van toezicht meer dan vijf leden omvat, kan de raad van toezicht uit zijn midden een auditcommissie en een selectie/remuneratiecommissie instellen. De taak van de commissies is om de besluitvorming van de raad van toezicht voor te bereiden. Indien de raad van toezicht besluit tot het

niet instellen van een audit, en/of selectie/remuneratiecommissie, dan geldt de van toepassing zijnde uitwerking in III.5.4, III.5.5, III.5.8, III.5.9, III.5.10, IV.1.2, IV.2.3 en IV.3.1 ten aanzien van de gehele raad van toezicht. In het jaarverslag van hogeschool doet de raad van toezicht verslag van de uitvoering van de taakopdracht van de commissies in het boekjaar.

III.6 Tegenstrijdige belangen

Elke vorm en schijn van belangenverstrengeling tussen de hogeschool en leden van de raad van toezicht wordt vermeden. Besluiten tot het aangaan van transacties waarbij tegenstrijdige belangen van leden van de raad van toezicht spelen, die van materiële betekenis zijn voor de hogeschool en/of voor de betreffende leden van de raad van toezicht, behoeven de goedkeuring van de raad van toezicht. De raad van toezicht is verantwoordelijk voor de besluitvorming over de omgang met tegenstrijdige belangen bij leden van het college van bestuur, leden van de raad van toezicht en de externe accountant in relatie tot de hogeschool.

III.7 Bezoldiging raad van toezicht

De gemeenschappelijke vergadering van college van bestuur en raad van toezicht stelt de bezoldiging van de leden van de raad van toezicht vast. De bezoldiging van een lid van de raad van toezicht is niet afhankelijk van de resultaten van de hogeschool. De toelichting op de jaarrekening bevat in ieder geval de door de wet voorgeschreven informatie over de hoogte en de structuur van de bezoldiging van de individuele leden van de raad van toezicht.

IV. De audit van de financiële verslaggeving en de positie van de interne control functie en van de externe accountant

IV.1 Financiële verslaggeving

Het college van bestuur is verantwoordelijk voor de kwaliteit en de volledigheid van de openbaar gemaakte financiële berichten. De raad van toezicht ziet er op toe dat het college van bestuur deze verantwoordelijkheid vervult.

IV.2 Rol, benoeming, beloning en beoordeling van het functioneren van de externe accountant.

De externe accountant wordt benoemd door de raad van toezicht. De raad van toezicht laat zich daartoe door het college van bestuur adviseren. De opdrachtverlening tot en de bezoldiging van het uitvoeren van niet-controlewerkzaamheden door de externe accountant worden, na overleg met het college van bestuur, goedgekeurd door de raad van toezicht

IV.3 Interne control functie

De interne accountant c.q. controller, die een belangrijke rol kan spelen in het beoordelen en toetsen van interne risicobeheersings- en controlesystemen, functioneert onder de verantwoordelijkheid van het college van bestuur. Indien aan een hogeschool geen interne accountant c.q. controller is verbonden is dit principe en daaruit afgeleide uitwerking van

overeenkomstige toepassing op de financieel verantwoordelijke van de hogeschool.

IV.4 Relatie en communicatie van de externe accountant met de organen van de hogeschool

De externe accountant woont in ieder geval de vergadering van de raad van toezicht bij waarin over de vaststelling van de periodieke externe verslaggeving wordt besloten.

De externe accountant rapporteert zijn bevindingen betreffende het onderzoek van de periodieke externe verslaggeving gelijkmatig aan het college van bestuur en de raad van toezicht.

IV.5 Marktactiviteiten hogescholen

De hogeschool kan activiteiten ondernemen die niet publiek bekostigd worden. Het college van bestuur draagt ervoor zorg dat deze activiteiten passen binnen de missie van de hogeschool en niet op gespannen voet staan met de publiek bekostigde activiteiten.

V. Horizontale dialoog

Het college van bestuur hanteert een visie op de maatschappelijke positie van de hogeschool als uitgangspunt voor zijn beleid. Hij vertaalt die visie in een missie en beleidsdoelstellingen. Het college van bestuur geeft inzicht in realisatie van de beleidsdoelstellingen en communiceert hierover met relevante stakeholders.

Bijlage IV. Aedescode (2011)

In 2006 is door een Commissie Governancecode Woningcorporaties in opdracht van Aedes en de Vereniging Toezichthouders Woningcorporaties een governance code opgesteld, die per 1 januari 2007 van toepassing is voor leden van Aedes, doordat de code is geïntegreerd in de AedesCode, die aan het lidmaatschap van Aedes is verbonden.

De Governancecode Woningcorporaties (GCW) omvat een preambule, zeventien principes en de uitwerking van die principes. De principes zijn verdeeld in vijf hoofdstukken:

- VI handhaving en naleving van de code,
- VII het bestuur,
- VIII de raad van commissarissen,
- IX de audit van de financiële verslaggeving en de positie van de interne controlfunctie en van de externe accountant,
- X maatschappelijke verantwoording en beleidsbeïnvloeding door belanghebbenden.

De analogie met Tabaksblad is evident, waarbij het hoofdstuk over de maatschappelijke verantwoording in de plaats komt van een hoofdstuk over aandeelhouders.

De principes luiden als volgt:

I. Naleving en handhaving van de code

Het bestuur en de raad van commissarissen zijn verantwoordelijk voor de inrichting en toepassing van de governance van de woningcorporatie en de naleving van de Governancecode Woningcorporaties.

II. Het bestuur

II.1. Taak en werkwijze

Het bestuur is belast met het besturen van de woningcorporatie, wat onder meer inhoudt dat het bestuur verantwoordelijk is voor de realisatie van de doelstellingen van de woningcorporatie, de strategie, de financiering en het beleid en de daaruit voortvloeiende resultatenontwikkeling en het beleid ten aanzien van deelnemingen van de corporatie. Het bestuur legt hierover verantwoording af aan de raad van commissarissen. Het bestuur richt zich bij de vervulling van zijn taak naar het belang van de woningcorporatie in het licht van haar volkshuisvestelijke en maatschappelijke doelstelling en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van bij de woningcorporatie betrokkenen af. Het bestuur verschaft de raad van commissarissen tijdig de informatie die nodig is voor de uitoefening van de taak van de raad van commissarissen. Het bestuur is verantwoordelijk voor de naleving van alle relevante wet- en

regelgeving en voor het beheersen van de risico's verbonden aan de activiteiten van de woningcorporatie. Het bestuur rapporteert hierover aan en bespreekt de interne risicobeheersing- en controlesystemen met de raad van commissarissen en zijn auditcommissie, indien ingesteld.

II.2 Rechtspositie en bezoldiging bestuur

De raad van commissarissen stelt het bezoldigingsbeleid voor het bestuur vast. De raad van commissarissen bepaalt de bezoldiging van individuele bestuurders binnen het kader van het bezoldigingsbeleid. Het bezoldigingsbeleid wordt vastgesteld met inachtneming van de aanbevelingen van het advies arbeidsvoorwaarden statutair directeuren woningcorporaties zoals periodiek aangepast, en met inachtneming van de toepasselijke wet- en regelgeving. Het jaarverslag bevat de hoofdlijnen van het remuneratierapport van de raad van commissarissen waarin zijn opgenomen het bezoldigingsbeleid van de woningcorporatie en de wijze waarop dit in het afgelopen boekjaar in de praktijk is gebracht. De toelichting op de jaarrekening bevat in ieder geval een vermelding van de hoogte en de structuur van de bezoldiging van de individuele leden van het bestuur volgens de aanbevelingen van het advies arbeidsvoorwaarden statutair directeuren woningcorporaties zoals periodiek aangepast.

II.3 Tegenstrijdige belangen en nevenfuncties

Elke vorm en schijn van belangenverstrengeling tussen de woningcorporatie en leden van het bestuur wordt vermeden. Besluiten tot het aangaan van transacties waarbij tegenstrijdige woningcorporatie en/of voor de betreffende leden van het bestuur, behoeven de goedkeuring van de raad van commissarissen. Het door een lid van het bestuur aanvaarden van een nevenfunctie die gezien aard of tijdsbeslag van betekenis is voor de uitoefening van de taak van bestuurder behoeft voorafgaan de goedkeuring van de raad van commissarissen.

III. Raad van commissarissen

III.1. Taak en werkwijze

De raad van commissarissen heeft tot taak toezicht te houden op het bestuur en op de algemene gang van zaken in de woningcorporatie en de met haar verbonden onderneming en staat het bestuur met raad ter zijde. De raad van commissarissen richt zich bij de vervulling van zijn taak naar het belang van de woningcorporatie en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van bij de woningcorporatie betrokkenen af. De raad van commissarissen is verantwoordelijk voor de kwaliteit van zijn eigen functioneren. De raad van commissarissen beslist over benoeming, beoordeling, beloning, schorsing en ontslag van bestuurders.

III.2. Onafhankelijkheid

Ieder lid van de raad van commissarissen heeft de verantwoordelijkheid onafhankelijk en kritisch bij te dragen aan de besluitvorming zodanig dat de raad van commissarissen de in aanmerking komende belangen op evenwichtige wijze kan afwegen. De raad van commissarissen is zodanig samengesteld

dat de leden ten opzichte van elkaar, het bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren.

III.3. Deskundigheid en samenstelling

Elk lid van de raad van commissarissen dient in staat te zijn om de hoofdlijnen van het totale beleid te beoordelen. Elk lid van de raad van commissarissen beschikt over de specifieke deskundigheid die noodzakelijk is voor de vervulling van zijn taak, binnen zijn rol in het kader van de profielschets van de raad. Ook leden die op voordracht zijn benoemd dienen aan dit profiel te voldoen. De raad van commissarissen dient zodanig te zijn samengesteld dat hij zijn taaknaar behoren kan vervullen. Een herbenoeming van een lid van de raad van commissarissen vindt slechts plaats na zorgvuldige overweging. Ook bij een herbenoeming wordt de hiervoor genoemde profielschets in acht genomen.

III.4. Rol van de voorzitter van de raad van commissarissen

De voorzitter van de raad van commissarissen bereidt de agenda van de vergadering voor en leidt de vergaderingen van de raad, ziet toe op het goed functioneren van de raad en zijn commissies, draagt zorg voor een adequate informatievoorziening aan de leden van de raad, zorgt ervoor dat voldoende tijd bestaat voor de besluitvorming, draagt zorg voor een adequate introductie, is namens de raad van commissarissen het voornaamste aanspreekpunt voor het bestuur, en initieert de evaluatie van het functioneren van de raad van commissarissen en van het functioneren van het bestuur. De woningcorporatie draagt zorg voor een adequate ondersteuning van de voorzitter van de raad van commissarissen (informatie, agendering, evaluatie, introductie nieuwe leden, etc.).

III.5. Samenstelling en rol van twee kerncommissies van de raad van commissarissen

Indien de raad van commissarissen meer dan vijf leden omvat, kan de raad van commissarissen uit zijn midden een auditcommissie en een selectie-/remuneratiecommissie instellen. De taak van de commissies is om de besluitvorming van de raad van commissarissen voor te bereiden. Indien de raad van commissarissen besluit tot het niet instellen van een audit, en/of selectie-/remuneratiecommissie, dan geldt de van toepassing zijnde uitwerking in III.5.4, III.5.5, III.5.8, III.5.9, III.5.10, IV.1.2, IV.2.3 en IV.3.1 ten aanzien van de gehele raad van commissarissen. In het jaarverslag van de woningcorporatie doet de raad van commissarissen verslag van de uitvoering van de taakopdracht van de commissies in het boekjaar.

III.6. Tegenstrijdige belangen

Elke vorm en schijn van belangenverstrengeling tussen de woningcorporatie en leden van de raad van commissarissen wordt vermeden. Besluiten tot het aangaan van transacties door de woningcorporatie waarbij tegenstrijdige belangen van leden van de raad van commissarissen kunnen spelen, die van materiële betekenis zijn voor de woningcorporatie en/of voor de betreffende leden van de raad van commissarissen, behoeven

de goedkeuring van de raad van commissarissen. De raad van commissarissen is verantwoordelijk voor de besluitvorming over de omgang met tegenstrijdige belangen bij leden van het bestuur, leden van de raad van commissarissen en de externe accountant in relatie tot de woningcorporatie. Het door een lid van de raad van commissarissen aanvaarden van een nevenfunctie die gezien aard of tijdsbeslag van betekenis is voor de uitoefening van de taak van commissaris behoeft voorafgaande goedkeuring van de raad van commissarissen.

III.7. Bezoldiging raad van commissarissen.

De raad van commissarissen stelt de bezoldiging van de leden van de raad van commissarissen vast. De bezoldiging van een lid van de raad van commissarissen is niet afhankelijk van de resultaten van de woningcorporatie. De toelichting op de jaarrekening bevat in ieder geval informatie over de hoogte en de structuur van de bezoldiging van de individuele leden van de raad van commissarissen.

IV. De audit van de financiële verslaggeving en de positie van de interne controlfunctie en van de externe accountant.

IV.1. Financiële verslaggeving.

Het bestuur is verantwoordelijk voor de kwaliteit en de volledigheid van de openbaar gemaakte financiële berichten. De raad van commissarissen ziet erop toe dat het bestuur deze verantwoordelijkheid vervult.

IV.2. Rol, benoeming, beloning en beoordeling van het functioneren van de externe accountant.

De raad van commissarissen benoemt de externe accountant en stelt de beloning van de externe accountant vast. De raad van commissarissen laat zich daartoe door het bestuur adviseren.

IV.3. Interne-controlefunctie.

De interne accountant c.q. controller, die een belangrijke rol kan spelen in het beoordelen en toetsen van interne risicobeheersing- en controlesystemen, functioneert onder de verantwoordelijkheid van het bestuur. Indien aan een woningcorporatie geen interne accountant c.q. controller is verbonden is dit principe en daaruit afgeleide uitwerking van overeenkomstige toepassing op de financieel verantwoordelijke van de woningcorporatie.

IV.4. Relatie en communicatie van de externe accountant met de organen van de woningcorporatie.

De externe accountant woont in ieder geval de vergadering van de raad van commissarissen bij waarin over de vaststelling van de jaarrekening wordt besloten. De externe accountant rapporteert zijn bevindingen betreffende het onderzoek naar de jaarrekening gelijktijdig en op dezelfde wijze aan het bestuur en de raad van commissarissen.

V. Maatschappelijke verantwoording en beleidsbeïnvloeding door belanghebbenden.

V.1.

Het bestuur hanteert een visie op de maatschappelijke positie van de woningcorporatie als uitgangspunt voor zijn beleid. Het bestuur vertaalt die visie in een missie en beleidsdoelstellingen. Het bestuur betreft belanghebbenden bij beleidsvorming en voert met hen een dialoog over de uitvoering van het beleid. Het bestuur geeft inzicht in de realisatie van de beleidsdoelstellingen en communiceert hierover met relevante belanghebbenden.

V.2.

De woningcorporatie voorziet in een vorm van overleg met de door haar benoemde belanghebbenden over het door de woningcorporatie voorgenomen beleid en de uitvoering daarvan. In het governancehoofdstuk in het jaarverslag verantwoordt de woningcorporatie de vorm van overleg die zij heeft gekozen. De door de woningcorporatie benoemde belanghebbenden worden ten minste eenmaal per jaar in het overleg betrokken.

V.3.

De woningcorporatie laat zich een keer per vier jaar visiteren waarbij een gestructureerd oordeel wordt gegeven over het volkshuisvestelijk en maatschappelijk presteren. Visitatie is een gezamenlijke verantwoordelijkheid van bestuur en raad van commissarissen.

Bijlage V. Cultural governance code 2006

In 2006 publiceerde de Stichting Kunst & Zaken mede op verzoek van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap een Code Cultural Governance (CCG).

Het eerste principe van de CCG betreft de keuze van het besturingsmodel:

De organen van de culturele instelling zijn verantwoordelijk voor de keuze van het besturingsmodel en de naleving van deze code. Zij leggen hierover verantwoording af in het jaarverslag.

Raad van toezicht model.

- A. In het besturingsmodel met een raad van toezicht heeft het bestuur (verder 'directie' genoemd) alle bevoegdheden die niet door de wet of de statuten aan andere organen zijn toegekend.
- B. De directie is belast met het besturen van de instelling. Dit houdt onder meer in dat zij verantwoordelijk is voor de realisatie van de doelstellingen van de instelling, de strategie en het beleid en de daaruit voortvloeiende resultatenontwikkeling. De directie legt hierover verantwoording af aan de raad van toezicht en verschaft deze alle daarvoor benodigde informatie. De directie richt zich bij de vervulling van haar taak naar het belang van de instelling en weegt daarbij de belangen af van de bij de instelling betrokkenen. De directie is ook verantwoordelijk voor de naleving van alle wet- en regelgeving.
- C. De raad van toezicht heeft de taak om toezicht te houden op het beleid van de directie en op de algemene gang van zaken in de instelling. De raad grijpt zo nodig in en staat de directie met raad terzijde. De raad van toezicht richt zich bij de vervulling van zijn taak op het belang van de instelling en weegt daarbij de belangen af van de bij de instelling betrokkenen. De raad van toezicht is verantwoordelijk voor de kwaliteit van zijn eigen functioneren.
- D. In elk geval heeft de directie de goedkeuring nodig van de raad van toezicht voor de volgende onderwerpen:
 1. de strategie, waaronder begrepen het artistieke en zakelijke beleid dat moet leiden tot realisatie van de statutaire doelstellingen;
 2. de financiering van de strategie, inclusief de plannen voor fondsenwerving;
 3. de voorzieningen voor het beheersen van het functioneren van de organisatie door middel van een adequaat risicobeheersing- en controlesysteem;
 4. het jaarplan en de daarbij behorende begroting;

5. het jaarverslag en de jaarrekening;
6. het aangaan of verbreken van duurzame of belangrijke samenwerkingsverbanden;
7. rechtshandelingen, zoals het aangaan van leningen, het stellen van zekerheden en de aan- of verkoop van registergoederen die een bepaald bedrag te boven gaan;
8. de hoofdlijnen van het arbeidsvoorwaardenbeleid voor de medewerkers en van het vrijwilligersbeleid;
9. het aanvaarden van nevenfuncties door de directie.

E. Daarnaast heeft de raad van toezicht de volgende bevoegdheden:

1. de benoeming, het ontslag en de schorsing van de directie;
2. de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden van de directie;
3. het toezicht houden op de directie en op de algemene gang van zaken binnen de instelling;
4. het adviseren van de directie;
5. het vaststellen van het directiereglement;
6. het wijzigen van de statuten;
7. het vertegenwoordigen van de instelling bij een tegenstrijdig belang met of een ontstentenis of belet van de directie;
8. de benoeming van de externe accountant;
9. het te allen tijde inzage hebben in alle boeken en bescheiden.

De bovenvermelde Principes van het raad-van-toezicht-model worden verankerd in de statuten van de stichting. Indien een instelling op één of meer punten afwijkt, wordt dit in het jaarverslag gemeld volgens het 'pas toe of leg uit' principe. Bij afwijkingen worden de goedkeuringsbevoegdheden van de raad vastgelegd in de reglementen van de raad van toezicht en de directie.

Bestuur+directie model

- A. In het besturingsmodel van een bestuur+directie heeft het bestuur alle bevoegdheden die niet door de wet of de statuten zijn toegekend aan andere organen.
- B. In elk geval is het bestuur verantwoordelijk voor en beslissingsbevoegd ten aanzien van de onderstaande onderwerpen:
 1. de strategie, waaronder begrepen het artistieke en zakelijke beleid dat moet leiden tot de realisatie van de statutaire doelstellingen;
 2. de financiering van de strategie, inclusief de plannen voor fondsenwerving;
 3. de naleving van alle relevante wet- en regelgeving;
 4. de voorzieningen voor het beheersen van het functioneren van de organisatie door middel van een adequaat risicobeheersing- en controlesysteem;
 5. het jaarplan en de daarbij behorende begroting;
 6. het jaarverslag en de jaarrekening;
 7. het aangaan of verbreken van duurzame of belangrijke samenwerkingsverbanden;

8. rechtshandelingen, zoals het aangaan van leningen, het stellen van zekerheden en de aan- of verkoop van registergoederen die een bepaald bedrag te boven gaan;
 9. wijziging van de statuten;
 10. het directiereglement;
 11. de hoofdlijnen van het arbeidsvoorwaardenbeleid voor de medewerkers en van het vrijwilligersbeleid;
 12. het aanvaarden van nevenfuncties door de directie.
- C. Met betrekking tot elk van bovenstaande onderwerpen kan het bestuur de voorbereiding van bestuursbesluiten en de (dagelijkse) uitvoering ervan delegeren aan de directie. Het kader hiervoor wordt vastgelegd in een directiereglement.
- D. Daarnaast heeft het bestuur de volgende bevoegdheden:
1. de benoeming, het ontslag en de schorsing van de directie;
 2. de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden van de directie;
 3. het toezicht houden op de directie en op de algemene gang van zaken binnen de instelling;
 4. het adviseren van de directie;
 5. het vertegenwoordigen van de instelling bij een tegenstrijdig belang met, of een ontstentenis of belet van de directie;
 6. de benoeming van de externe accountant;
 7. het te allen tijde inzage hebben in alle boeken en bescheiden.

De bovenvermelde Principes van het bestuur+directie-model worden verankerd in de statuten van de stichting. Indien van één of meer punten wordt afgeweken, wordt daarvan melding gemaakt in het jaarverslag volgens het 'pas toe of leg uit'-principe. Afwijkingen en de wijze waarop taken zijn gedelegeerd aan de directie worden vastgelegd in de reglementen van het bestuur en de directie.

Bestuur model.

- A. In het besturingsmodel van een bestuur zonder een directie heeft het bestuur alle bevoegdheden die niet door de wet of de statuten aan andere organen zijn toegekend.
- B. In elk geval is het bestuur verantwoordelijk voor en beslissingsbevoegd ten aanzien van de onderstaande onderwerpen:
 1. de strategie, waaronder begrepen het artistieke en zakelijke beleid, dat moet leiden tot realisatie van de statutaire doelstellingen;
 2. de financiering van de strategie inclusief de plannen voor fondsenwerving;
 3. de naleving van alle relevante wet- en regelgeving;
 4. de voorzieningen voor het beheersen van het functioneren van de organisatie door middel van een adequaat risicobeheersing- en controlesysteem;
 5. het jaarplan en de daarbij behorende begroting;
 6. het jaarverslag en de jaarrekening;
 7. het aangaan of verbreken van duurzame of belangrijke samenwerkingsverbanden;

8. rechtshandelingen, zoals het aangaan van leningen, het stellen van zekerheden en de aan- of verkoop van registergoederen;
9. wijziging van de statuten;
10. de hoofdlijnen van het arbeidsvoorwaardenbeleid voor de medewerkers en van het vrijwilligersbeleid;
11. de benoeming van de externe accountant.

De bovenvermelde Principes van het bestuur-model worden verankerd in de statuten van de stichting. Voorzover dat niet het geval is worden deze onderwerpen vastgelegd in een bestuursreglement.

Bijlage VI. NTMO code

van het Netwerk Toekomst Maatschappelijke Onderneming (NTMO), gepubliceerd in 2003 als onderdeel van het rapport *De waarde van de maatschappelijke onderneming geborgd*, waarin de volgende principes worden geformuleerd en toegelicht:

1. Maatschappelijke ondernemingen die de stichtingsvorm kennen dienen als onafhankelijke interne toezichthouder een Raad van Toezicht (RvT) te hebben. De RvT draagt zorg voor goed bestuur in de maatschappelijke onderneming. De RvT benoemt de leden van het dagelijks bestuur die leiding geven aan de maatschappelijke onderneming. De RvT oriënteert zich daarbij op het profiel van de maatschappelijke ondernemer dat in de bijlage van deze maatschappelijke onderneming BrancheCode is opgenomen.
2. De onafhankelijkheid, externe maatschappelijke en bestuurlijke verantwoordelijkheid van de leden van de Raad van Toezicht dient sectorspecifiek op heldere en transparante wijze geregeld te zijn.
3. De regels die gelden voor de relatie tussen de Raad van Toezicht en het bestuur gelden (voor zover mogelijk) analoog voor de relatie tussen algemeen bestuur en dagelijkse bestuur indien de maatschappelijke onderneming een verenigingsvorm kent.
4. Het bestuur van de maatschappelijke onderneming dient verantwoording af te leggen aan de Raad van Toezicht.
5. De Raad van Toezicht kan leden van het bestuur die niet meer haar vertrouwen genieten schorsen dan wel ontslaan.
6. De maatschappelijke onderneming is zich bewust van het wederkerige karakter van maatschappelijke en bestuurlijke verantwoordingsrelaties. De maatschappelijke onderneming draagt er zorg voor dat de meervoudige verantwoordingsrelaties met overheden en stakeholders in samenspraak met de adressanten en op transparante wijze worden ingericht en vormgegeven en dat deze ook invloed hebben op de concrete vormgeving van de verantwoordingsrelaties.
7. De maatschappelijke onderneming voert periodiek overleg met de relevante stakeholders binnen de sector. De maatschappelijke onderneming draagt er zorg voor dat alle stakeholders periodiek en systematisch worden ingelicht.
8. De maatschappelijke onderneming is zich ervan bewust dat de uitoefening van haar maatschappelijke kernactiviteiten vaak een bijzondere bestuurlijke relatie met de overheid met zich brengt. De maatschappelijke onderneming voert periodiek overleg met de relevante overheidslichamen op lokaal, regionaal en nationaal niveau, dan wel met de instanties die daartoe door de overheid zijn aangewezen. De maatschappelijke onderneming zorgt ervoor dat deze overheidslichamen beschikken over de relevante informatie over haar functioneren.
9. De maatschappelijke onderneming publiceert jaarlijks een verslag waarin onder andere in wordt gegaan op de financiële positie, op het gevoerde beleid en het te voeren beleid.
10. De maatschappelijke onderneming voert periodiek onderzoek uit (hetzij alleen, hetzij in samenwerking met andere maatschappelijke ondernemingen uit dezelfde sector) waarin de prestaties van de maatschappelijke ondernemingen worden vergeleken met soortgelijke maatschappelijke ondernemingen (benchmark). De sectorale branchecodes voorzien in een communicatie- en informatieprotocol waarin eigendom, rapportage en (gedeeltelijke) openbaarheid van benchmarkgegevens wordt geregeld.
11. De maatschappelijke onderneming dient zorg te dragen voor een onafhankelijke periodieke beoordeling van zijn functioneren. Het rapport is openbaar
12. Het bestuur van de maatschappelijke onderneming geeft de Raad van Toezicht en de bredere kring van stakeholders inzicht in normen op basis waarvan zij wenst te opereren in relatie tot het belang dat de maatschappelijke onderneming dient. Daartoe behoren in ieder geval normen over effectiviteit, efficiency, rechtmatigheid, integriteit en robuustheid. Het is aan de maatschappelijke ondernemingen om deze normen toegepast op hun eigen terrein nader te operationaliseren.
13. De taken van de organen van de maatschappelijke onderneming zijn eenduidig geformuleerd. De leden van deze organen zijn er uitsluitend om deze taken uit te voeren. Belangenverstrengeling wordt effectief tegengegaan.
14. De maatschappelijke onderneming heeft een onafhankelijke ombudsvoorziening (ombudsman dan wel – commissie) die belast is met het afhandelen van klachten. Jaarlijks wordt gerapporteerd over het aantal klachten, de aard van deze klachten en de wijze waarop deze worden afgehandeld. Dit rapport is openbaar.
15. De maatschappelijke onderneming geeft inzicht aan alle betrokken stakeholders (inclusief de Raad van Toezicht en relevante overheidslichamen) omtrent (voorgenomen) deelname in andere rechtspersonen. Daarbij wordt tevens inzicht gegeven in de eventuele financiële risico's van deze deelnemingen.
16. De leden van de Raad van Toezicht worden voor bepaalde tijd benoemd. Herbenoeming dient geen automatisme te zijn. Voormalige leden van een Raad van Bestuur dienen geen zitting te nemen in de Raad van Toezicht van de eigen maatschappelijke onderneming.
17. Maatschappelijke ondernemingen dienen te beschikken over een ethische code.
18. Eventuele overschotten ('winst') worden aangewend voor het doel waarvoor de maatschappelijke onderneming is opgericht.

Bijlage VII.

Voorontwerp

het voorontwerp, dat in 2007 ter consultatie werd aangeboden

Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de introductie van een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming

VOORSTEL VAN WET

WIJ BEATRIX, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten: Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wettelijk is Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek te wijzigen ter invoering van een rechtsvorm inzake maatschappelijke ondernemingen teneinde (PM ...);

Zo is het dat Wij, de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

ARTIKEL I

Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek wordt als volgt gewijzigd:

A

In artikel 3 worden de woorden “en stichtingen” vervangen door: , stichtingen en maatschappelijke ondernemingen.

B

Artikel 18 wordt als volgt gewijzigd:

1. In lid 4 wordt na het woord “stichting” ingevoegd: , van een maatschappelijke onderneming.
2. In lid 6 wordt na het woord “stichting” ingevoegd: en een maatschappelijke onderneming.

C

In artikel 19a lid 2 wordt “of stichting” vervangen door: , stichting of maatschappelijke onderneming.

D

Na artikel 304 wordt een titel 6a ingevoerd die luidt: Titel 6a Maatschappelijke ondernemingen

Artikel 307a

1. De maatschappelijke onderneming is een door een rechtshandeling in het leven geroepen rechtspersoon. Zij moet een of meer ondernemingen of instellingen in stand houden en zich blijkens

de statuten ten doel stellen diensten te leveren of werkzaamheden te verrichten die specifiek en uitsluitend zijn gericht op het daarmee gediende maatschappelijke belang.

2. Het doel van de maatschappelijke onderneming mag niet inhouden het doen van uitkeringen aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen noch ook aan anderen, tenzij wat deze laatsten betreft de uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben.

Artikel 307b

1. Een maatschappelijke onderneming moet worden opgericht bij notariële akte.
2. De akte moet worden verleden in de Nederlandse taal. Een volmacht tot medewerking aan die akte moet schriftelijk zijn verleend.
3. De akte van oprichting bevat de statuten van de maatschappelijke onderneming.
4. De statuten bevatten de naam, de zetel en het doel van de maatschappelijke onderneming.
5. De naam vangt aan of eindigt met de woorden Maatschappelijke Onderneming, hetzij voluit geschreven, hetzij afgekort tot “M.O.”.
6. De zetel moet zijn gelegen in Nederland.

Artikel 307c

1. De statuten vermelden:
 - a. de belanghebbenden en de wijze van benoeming en ontslag van belanghebbendenvertegenwoordigers; en
 - b. de bestemming van het overschot na vereffening van de maatschappelijke onderneming in geval van ontbinding, of de wijze waarop de bestemming zal worden vastgesteld.
2. De notaris, ten overstaan van wie de akte is verleden, draagt zorg dat de statuten bevatten hetgeen in artikel 307b lid 4-6 en lid 1 van dit artikel is genoemd. Bij verzuim is hij persoonlijk jegens hen die daardoor schade hebben geleden, aansprakelijk.

Artikel 307d

1. De bestuurders zijn verplicht de maatschappelijke onderneming te doen inschrijven in het handelsregister en een authentiek afschrift van de akte van oprichting bevattende de statuten, ten kantore van dat register neer te leggen.
2. Zolang de opgave ter eerste inschrijving en nederlegging niet zijn geschied, is iedere bestuurder voor een rechtshandeling, waardoor hij de maatschappelijke onderneming verbindt, naast de maatschappelijke onderneming hoofdelijk aansprakelijk.

Artikel 307e

1. Uit rechtshandelingen, verricht namens een op te richten maatschappelijke onderneming, ontstaan slechts rechten en verplichtingen voor de maatschappelijke onderneming wanneer zij die rechtshandelingen na haar oprichting uitdrukkelijk of stilzwijgend bekrachtigt of ingevolge lid 4 wordt verbonden.
2. Degenen die een rechtshandeling verrichten namens een op te richten maatschappelijke onderneming zijn, tenzij met betrekking tot die rechtshandeling uitdrukkelijk anders is bedongen, daardoor hoofdelijk verbonden, totdat de maatschappelijke onderneming na haar oprichting de rechtshandeling heeft bekrachtigd.
3. Indien de maatschappelijke onderneming haar verplichtingen uit de bekrachtigde rechtshandeling niet nakomt, zijn degenen die namens de op te richten maatschappelijke onderneming handelen hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die de derde dientengevolge lijdt, indien zij wisten of redelijkerwijs konden weten dat de maatschappelijke 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 maatschappelijke onderneming binnen een jaar na de oprichting in staat van faillissement wordt verklaard.
4. De oprichters kunnen de maatschappelijke onderneming in de akte van oprichting slechts verbinden door het aanstellen van bestuurders en het benoemen van toezichthouders. Indien een oprichter hierbij onvoldoende zorgvuldigheid heeft betracht, zijn de artikelen 9 en 138 van overeenkomstige toepassing.

Artikel 307f

De statuten van de maatschappelijke onderneming kunnen door haar organen slechts worden gewijzigd, indien de statuten daartoe de mogelijkheid openen. De wijziging moet op straffe van nietigheid bij notariële akte tot stand worden komen. De bestuurders zijn verplicht een authentiek afschrift van de wijziging en de gewijzigde statuten neer te leggen ten kantore van het in artikel 307d van dit Boek bedoelde register.

Artikel 307g

1. Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de maatschappelijke onderneming.
2. Besluiten van het bestuur kunnen bij of krachtens de statuten slechts worden onderworpen aan de goedkeuring van een orgaan van de maatschappelijke onderneming.

Artikel 307h

1. Het bestuur vertegenwoordigt de maatschappelijke onderneming, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit.
2. De bevoegdheid tot vertegenwoordiging komt mede aan iedere bestuurder toe. De statuten kunnen echter bepalen dat zij behalve aan het bestuur slechts toekomt aan een of meer bestuurders. Zij kunnen voorts bepalen dat een bestuurder de maatschappelijke onderneming slechts met medewerking van een of meer anderen mag vertegenwoordigen.
3. Bevoegdheid tot vertegenwoordiging die aan het bestuur of aan een bestuurder toekomt, is onbeperkt en onvoorwaardelijk, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. Een wettelijk toegelaten of voorgeschreven beperking van of voorwaarde voor de bevoegdheid tot vertegenwoordiging kan slechts door de maatschappelijke onderneming worden ingeroepen.
4. De statuten kunnen ook aan andere personen dan bestuurders bevoegdheid tot vertegenwoordiging toekennen.

Artikel 307i

1. De benoeming van bestuurders geschiedt voor de eerste maal bij de akte van oprichting en later door de raad van toezicht.
2. De statuten kunnen voorzien in een bindende voordracht van bestuurders door de belanghebbendenvertegenwoordiging.
3. Iedere bestuurder kan te allen tijde worden geschorst en ontslagen door degene die bevoegd is tot benoeming. De statuten bepalen op welke wijze de belanghebbendenvertegenwoordiging wordt betrokken bij een voorgenomen schorsing en ontslag.
4. De statuten moeten voorschriften bevatten omtrent de wijze, waarop in het bestuur van de maatschappelijke onderneming voorlopig wordt voorzien ingeval van ontstentenis of belet van bestuurders.

Artikel 307j

1. De maatschappelijke onderneming heeft een raad van toezicht. Indien de maatschappelijke onderneming meer dan één onderneming of instelling in stand houdt, kunnen de statuten bepalen dat elke onderneming of instelling een afzonderlijke raad van toezicht heeft.
2. De raad van toezicht bestaat uit ten minste drie toezichthouders. De toezichthouders zijn natuurlijke personen. De raad benoemt zelf zijn toezichthouders, met inachtneming van de in het derde lid bedoelde profielschets.

3. De raad van toezicht stelt een openbare profiel-schets voor zijn omvang en samenstelling vast, rekening houdend met de aard van de maatschappelijke onderneming, haar activiteiten en de gewenste deskundigheid van toezichthouders. De raad van toezicht is zodanig samengesteld dat de toezichthouders ten opzichte van elkaar, het bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren. Een toezichthouder heeft geen persoonlijk belang in de maatschappelijke onderneming of de door haar in standgehouden onderneming of instelling.
4. De raad van toezicht heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de maatschappelijke onderneming en de met haar verbonden onderneming of instelling. Hij staat het bestuur met raad ter zijde. Bij de vervulling van hun taak richten de toezichthouders zich naar het belang van de maatschappelijke onderneming en de met haar verbonden onderneming of instelling en het door middel daarvan behartigde maatschappelijke belang.
5. De raad van toezicht kan het bestuur opdragen kwaliteitsbevorderende instrumenten te gebruiken, zoals visitaties, en daarover te rapporteren.

Artikel 307k

1. De ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam kan op een desbetreffend verzoek een toezichthouder ontslaan wegens verwaarlozing van zijn taak, wegens andere gewichtige redenen of wegens ingrijpende wijziging der omstandigheden op grond waarvan handhaving als toezichthouder redelijkerwijze niet van de maatschappelijke onderneming kan worden verlangd. Het verzoek kan worden ingediend door de maatschappelijke onderneming, ten deze vertegenwoordigd door de raad van toezicht.
2. Een toezichthouder kan worden geschorst door de raad van toezicht; de schorsing vervalt van rechtswege, indien de maatschappelijke onderneming niet binnen een maand na de aanvang der schorsing een verzoek als bedoeld in het vorige lid bij de ondernemingskamer heeft ingediend.

Artikel 307l

1. Het bestuur verschaft de raad van toezicht tijdig de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens.
2. Het bestuur stelt ten minste een keer per jaar de raad van toezicht schriftelijk op de hoogte van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de maatschappelijke onderneming.

Artikel 307m

1. Aan de goedkeuring van de raad van toezicht zijn onderworpen de besluiten van het bestuur omtrent:
 - a. overdracht van de door de maatschappelijke onderneming instandgehouden onderneming of instelling dan wel vrijwel de gehele onderneming of instelling aan een derde;
 - b. het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking van de maatschappelijke onderneming met een andere rechtspersoon, indien deze samenwerking of verbreking van ingrijpende betekenis is voor de maatschappelijke onderneming;
 - c. het doen van een belangrijke investering ten behoeve van de maatschappelijke onderneming;
 - d. een voorstel tot wijziging van de statuten en de daarin opgenomen doelstelling;
 - e. een voorstel tot ontbinding van de maatschappelijke onderneming;
 - f. aangifte van faillissement en aanvraag van surséance van betaling;
 - g. beëindiging van de arbeidsovereenkomst van een aanmerkelijk aantal werknemers van de maatschappelijke onderneming of de door haar instandgehouden onderneming of instelling tegelijkertijd of binnen een kort tijdsbestek;
 - h. ingrijpende wijziging in de arbeidsomstandigheden van een aanmerkelijk aantal werknemers van de maatschappelijke onderneming.
2. Het ontbreken van de goedkeuring van de raad van toezicht op een besluit als bedoeld in lid 1 tast de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuur of bestuurders niet aan.

Artikel 307n

De artikelen 131, 138, 139, 149 en 150 zijn van overeenkomstige toepassing in geval van faillissement van de maatschappelijke onderneming die aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen.

Artikel 307o

1. De maatschappelijke onderneming heeft een belanghebbendenvertegenwoordiging. De belanghebbendenvertegenwoordiging dient representatief te zijn voor de in de statuten genoemde belanghebbenden.
2. Indien de maatschappelijke onderneming meer dan één onderneming of instelling in stand houdt, kunnen de statuten bepalen dat elke onderneming of instelling afzonderlijk een belanghebbendenvertegenwoordiging heeft.

3. De belanghebbendenvertegenwoordiging wordt door het bestuur ten minste een keer per jaar in de gelegenheid gesteld advies uit te brengen over het strategisch beleid van de maatschappelijke onderneming.
4. De belanghebbendenvertegenwoordiging wordt door het bestuur tijdig in de gelegenheid gesteld advies te geven over een besluit als bedoeld in artikel 307m, eerste lid onderdelen a tot en met f en over alle daartoe in de statuten aangewezen onderwerpen.
5. Indien na het advies van de belanghebbendenvertegenwoordiging een besluit als bedoeld in artikel 30m wordt genomen, wordt de belanghebbendenvertegenwoordiging door het bestuur zo spoedig mogelijk van het besluit mogelijk schriftelijk in kennis gesteld. Indien het advies niet of niet geheel is gevolgd, wordt aan de belanghebbendenvertegenwoordiging tevens meegedeeld, waarom van dat advies is afgeweken. Voor zover de belanghebbendenvertegenwoordiging daarover nog niet heeft geadviseerd, wordt voorts het advies van de belanghebbendenvertegenwoordiging ingewonnen over de uitvoering van het besluit.
6. Tenzij het besluit van het bestuur overeenstemt met het advies van de belanghebbendenvertegenwoordiging, is het bestuur verplicht de uitvoering van zijn besluit op te schorten tot een maand na de dag waarop de belanghebbendenvertegenwoordiging van het besluit in kennis is gesteld. De verplichting vervalt wanneer de belanghebbendenvertegenwoordiging zulks te kennen geeft.
7. De statuten bepalen welke besluiten door het bestuur slechts kunnen worden genomen met goedkeuring van de belangenvertegenwoordiging.
3. Het bestuur wordt van het ingestelde beroep in kennis gesteld.
4. Het beroep kan uitsluitend worden ingesteld ter zake dat het bestuur bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit had kunnen komen.
5. De ondernemingskamer behandelt het verzoek met de meeste spoed. Alvorens te beslissen kan zij, ook ambtshalve, deskundigen, alsmede in de maatschappelijke onderneming werkzame personen horen. Indien de ondernemingskamer het beroep gegrond bevindt, verklaart zij dat het bestuur bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het betrokken besluit had kunnen komen.
Zij kan voorts, indien de belanghebbendenvertegenwoordiging daarom heeft verzocht, een of meer van de volgende voorzieningen treffen:
 - a. het opleggen van de verplichting aan het bestuur om het besluit geheel of ten dele in te trekken, alsmede om aan te wijzen gevolgen van dat besluit ongedaan te maken;
 - b. het opleggen van een verbod aan het bestuur om handelingen te verrichten of te doen verrichten ter uitvoering van het besluit of van onderdelen daarvan.
 Een voorziening van de ondernemingskamer kan door derden verworven rechten niet aantasten.
6. De ondernemingskamer kan haar beslissing op een verzoek tot het treffen van voorzieningen voor een door haar te bepalen termijn aanhouden, indien beide partijen daarom verzoeken, dan wel indien het bestuur op zich neemt het besluit waartegen beroep is ingesteld, in te trekken of te wijzigen, of bepaalde gevolgen van het besluit ongedaan te maken.
7. Nadat het verzoekschrift is ingediend kan de ondernemingskamer, zo nodig onverwijld, voorlopige voorzieningen treffen. Lid 5, vierde en vijfde volzin, is van overeenkomstige toepassing.
8. Van een beschikking van de ondernemingskamer staat uitsluitend beroep in cassatie open.

Artikel 307p

1. De belanghebbendenvertegenwoordiging kan bij de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam beroep instellen tegen een besluit als bedoeld in 307m, onderdelen a, tot en met f, hetzij wanneer dat besluit niet in overeenstemming is met het advies van de belanghebbendenvertegenwoordiging, hetzij wanneer feiten of omstandigheden bekend zijn geworden, die, waren zij aan de belanghebbendenvertegenwoordiging bekend geweest ten tijde van het uitbrengen van zijn advies, aanleiding zouden kunnen zijn geweest om dat advies niet uit te brengen zoals het is uitgebracht, hetzij wanneer het besluit wordt genomen zonder de vereiste goedkeuring van de belangenvertegenwoordiging.
2. Het beroep wordt ingediend bij verzoekschrift, binnen een maand nadat de belanghebbendenvertegenwoordiging van het in het eerste lid bedoelde besluit in kennis is gesteld.

Artikel 307q

De statuten kunnen bepalen dat het bestuur andere raden kan instellen die het bestuur met raad en daad bijstaan inzake statutair vastgestelde onderwerpen. De statuten kunnen bepalen dat die raden bevoegd zijn om ten hoogste eenderde van de leden van de belanghebbendenvertegenwoordiging te benoemen.

Artikel 307r

1. Jaarlijks binnen vier maanden na afloop van het boekjaar van een maatschappelijke onderneming, behoudens verlenging van deze termijn met ten hoogste zes maanden door de raad van toezicht op grond van bijzondere omstandigheden, maakt het bestuur een jaarrekening op en legt deze voor de belanghebbendenvertegenwoordiging ter inzage ten kantore van de maatschappelijke onderneming.
Binnen deze termijn legt het bestuur ook de krachtens artikel 392 toe te voegen gegevens en het jaarverslag ter inzage voor de belanghebbendenvertegenwoordiging, tenzij artikel 396 lid 6 of artikel 403 voor de maatschappelijke onderneming gelden. Zij die deel uitmaken van de belanghebbendenvertegenwoordiging kunnen kosteloos een afschrift van deze stukken verkrijgen.
2. De jaarrekening wordt ondertekend door de bestuurders en door de toezichthouders; ontbreekt de ondertekening van een of meer hunner, dan wordt daarvan onder opgave van reden melding gemaakt.
3. De jaarrekening wordt uiterlijk een maand na afloop van de termijn vastgesteld door de raad van toezicht.
4. Een maatschappelijk onderneming mag ten laste van de door de wet voorgeschreven reserves een tekort slechts delgen voor zover de wet dat toestaat.
5. Onze Minister van Economische Zaken kan desverzocht om gewichtige redenen ontheffing verlenen van de verplichting tot het opmaken, het overleggen en het vaststellen van de jaarrekening.

Artikel 307s

Het is aan een persoon die geen maatschappelijke onderneming is, verboden zaken te doen met gebruik van de aanduiding “maatschappelijke onderneming” of een afkorting daarvan.

E

In artikel 308 lid 1 wordt na de zinsnede “de stichting,” toegevoegd: de maatschappelijke onderneming,.

F

Artikel 344 wordt als volgt gewijzigd:

1. Na artikel 344 wordt de aanduiding “r” geplaatst.
2. Aan artikel 344 wordt een lid toegevoegd dat luidt:
2. De bepalingen van deze afdeling zijn, met uitzondering van het bepaalde in artikel 349a lid 2, ook van toepassing op de maatschappelijke onderneming.

G

In artikel 346 wordt onder verlettering van onderdeel c tot onderdeel d een onderdeel ingevoegd dat luidt:
c. indien het betreft een maatschappelijke onderneming: de belanghebbendenvertegenwoordiging;

H

Aan artikel 360 wordt een lid toegevoegd dat luidt:
4. Deze titel is eveneens van toepassing op de maatschappelijke onderneming.

I

In artikel 361 lid 2 wordt na het woord “coöperaties” ingevoegd: , maatschappelijke ondernemingen.

J

In artikel 383a wordt het woord “De” vervangen door: Maatschappelijke ondernemingen en de.

K

Artikel 392 wordt als volgt gewijzigd:

1. In lid 3 wordt na het woord “waarborgmaatschappij” ingevoegd: , maatschappelijke onderneming.
2. In lid 5 wordt na het woord “van” ingevoegd: een maatschappelijke onderneming of het bestuur van.

L

Na artikel 398 wordt een artikel ingevoegd dat luidt:

Artikel 398a

Deze afdeling is niet van toepassing op de maatschappelijke onderneming.

ARTIKEL II

Deze wet treedt in werking met ingang van de eerste dag na de datum van uitgifte in het Staatsblad waarin zij wordt geplaatst.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren wie zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven,

De Minister van Justitie,

Bijlage VIII.

Wetsvoorstel 32003

32 003

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

NR. 2

VOORSTEL VAN WET

Wij Beatrix, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek te wijzigen ter invoering van de vereniging en stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming;

Zo is het dat Wij, de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

Artikel 1

Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek wordt als volgt gewijzigd:

A

In artikel 3 worden de woorden “en stichtingen” vervangen door: , stichtingen, en verenigingen en stichtingen tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming.

B

Artikel 18 wordt gewijzigd als volgt:

1. Onder vernummering van de leden 5 tot en met 8 tot leden 6 tot en met 9 wordt een lid ingevoegd dat luidt:
5. Lid 4 is niet van toepassing op de vereniging en stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming. Voor de omzetting van een vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming in een onderlinge waarborgmaatschappij, een naamloze of een besloten vennootschap, of van een onderlinge waarborgmaatschappij, een naamloze of een besloten vennootschap in een vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming, is rechterlijke machtiging vereist.

2. In lid 7 (nieuw) wordt de zinsnede “Na omzetting van een stichting” vervangen door: Na omzetting van een stichting en van een vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming.

C

In artikel 19a lid 2 worden de woorden “vereniging of stichting” vervangen door: vereniging, stichting, of vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming.

D

Na artikel 26 wordt een artikel toegevoegd, dat luidt:

Artikel 26a

1. Een vereniging tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming is een als zodanig bij notariële akte opgerichte vereniging. Op deze vereniging zijn de bepalingen van deze titel van toepassing, voor zover daarvan in titel 6a niet wordt afgeweken. Zij houdt een of meer ondernemingen in stand en stelt zich blijkens de statuten ten doel goederen of diensten te leveren of werkzaamheden te verrichten die zijn gericht op het maatschappelijke belang. De statuten vermelden welke deze goederen, diensten of werkzaamheden zijn en wat de inhoud is van het maatschappelijk belang.
2. In afwijking van artikel 26 lid 3 kan in de statuten van een vereniging tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming worden bepaald dat de vereniging bevoegd is winst uit te keren aan houders van daartoe door die vereniging uitgegeven winstbewijzen, voor zover dit niet bij wet is verboden.

E

Artikel 72 wordt gewijzigd als volgt:

1. In lid 2 onder d wordt na het woord “stichting” ingevoegd: of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming.
2. In lid 3 wordt na het woord “vereniging” ingevoegd: , vereniging tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming,.

F

Artikel 183 wordt gewijzigd als volgt:

1. In lid 2 onder d wordt na het woord “stichting” ingevoegd: of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming.
2. In lid 3 wordt na het woord “vereniging” ingevoegd: , vereniging tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming,

G

Na artikel 285 wordt een artikel toegevoegd, dat luidt:

Artikel 285a

1. Een stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming is een als zodanig bij notariële akte opgerichte stichting. Op deze stichtingen zijn de bepalingen van deze titel van toepassing, voor zover daarvan in titel 6a niet wordt afgeweken. Zij houdt een of meer ondernemingen in stand en stelt zich blijkens de statuten ten doel goederen of diensten te leveren of werkzaamheden te verrichten die zijn gericht op het maatschappelijke belang. De statuten vermelden welke deze goederen, diensten of werkzaamheden zijn en wat de inhoud is van het daarmee te dienen maatschappelijk belang.
2. In afwijking van artikel 285 lid 3 kan in de statuten van een stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming worden bepaald dat de stichting bevoegd is winst uit te keren aan houders van daartoe door die stichting uitgegeven winstbewijzen, voor zover dit niet bij wet is verboden.

H

Na artikel 304 wordt een titel toegevoegd die luidt:

TITEL 6A VERENIGING EN STICHTING TOT INSTANDHOUDING VAN EEN MAATSCHAPPELIJKE ONDERNEMING

Artikel 305

1. Deze titel is van toepassing op de vereniging en stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming, bedoeld in de artikelen 26a en 285a.
2. Voor zover in deze titel niet anders is bepaald, zijn titel 7, titel 8, afdeling 2, en titel 9 van toepassing.

Artikel 306

1. De naam van de vereniging of stichting, zoals neergelegd in de statuten, begint of eindigt met de woorden Maatschappelijke Onderneming, hetzij voluit geschreven, hetzij afgekort tot "M.O.". Indien de vereniging of stichting bevoegd is winst uit keren, begint of eindigt de naam met de woorden Maatschappelijke Onderneming met Winstuitkering, hetzij voluit geschreven, hetzij afgekort tot "M.O.W.".
2. De vereniging of stichting is, behoudens in reclames, verplicht haar naam volledig te voeren.

Artikel 307

1. Het bestuur van een stichting is bevoegd de statuten te wijzigen, tenzij de statuten anders bepalen.

Bij een vereniging is de algemene vergadering bevoegd de statuten te wijzigen, op voorstel van het bestuur.

2. Het besluit tot statutenwijziging wordt niet genomen dan nadat de belanghebbendenvertegenwoordiging tijdig in de gelegenheid is gesteld het bestuur hierover advies uit te brengen.
3. Een bepaling in de statuten die wijziging van een statutaire bepaling uitsluit, is nietig.
4. Een bepaling in de statuten, die de bevoegdheid tot wijziging van een of meer andere bepalingen van de statuten beperkt, kan slechts worden gewijzigd met inachtneming van gelijke beperking.
5. Een wijziging in de statuten komt, op straffe van nietigheid, tot stand bij notariële akte.
6. De bestuurders leggen een authentiek afschrift van de wijziging en de gewijzigde statuten neer ten kantore van het handelsregister.
7. Artikel 43 leden 2 tot en met 6 en de artikelen 293 en 294 zijn niet van toepassing.

Artikel 307a

1. De benoeming van bestuurders geschiedt voor de eerste maal bij de akte van oprichting. Opvolgende bestuurders worden door de raad van toezicht benoemd. Artikel 37 leden 1 tot en met 6 is niet van toepassing.
2. Benoeming van bestuurders geschiedt met inachtneming van een profielschets. Deze wordt beschikbaar gesteld aan de belanghebbendenvertegenwoordiging. De profielschets bij een stichting wordt door het bestuur vastgesteld. De profielschets bij een vereniging wordt op voorstel van het bestuur vastgesteld door de algemene ledenvergadering.
3. De statuten kunnen bepalen dat de belanghebbendenvertegenwoordiging een bindende voordracht doet voor een of meer bestuursleden, mits deze leden tezamen niet de meerderheid van het bestuur uitmaken. Aan een voordracht kan voorbij worden gegaan als deze in strijd is met de profielschets.
4. Iedere bestuurder kan te allen tijde worden geschorst en ontslagen door de raad van toezicht. Indien de belanghebbendenvertegenwoordiging de bevoegdheid heeft tot voordracht, bedoeld in lid 3, bepalen de statuten op welke wijze zij wordt betrokken bij een voorgenomen schorsing en ontslag van het door haar voorgedragen bestuurslid.
5. De statuten bevatten voorschriften omtrent de wijze waarop in geval van ontstentenis of belet van bestuurders, voorlopig in het bestuur wordt voorzien.

Artikel 307b

Besluiten van het bestuur kunnen bij of krachtens de statuten worden onderworpen aan de goedkeuring

van de raad van toezicht, de belanghebbendenvertegenwoordiging, de algemene ledenvergadering en de algemene vergadering van winstbewijshouders, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. 2. De statuten voorzien in een regeling voor geschillen over besluiten van of goedkeuring van besluiten door het bestuur, de raad van toezicht, de belanghebbendenvertegenwoordiging, de algemene ledenvergadering en de algemene vergadering van winstbewijshouders.

Artikel 307c

1. De vereniging of stichting heeft een raad van toezicht.
2. De raad van toezicht bestaat uit ten minste drie commissarissen. De commissarissen zijn natuurlijke personen.
3. De raad van toezicht is zodanig samengesteld dat de commissarissen ten opzichte van elkaar, het bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren. Een commissaris heeft geen persoonlijk belang in de vereniging of stichting of de door haar in stand gehouden onderneming.
4. De raad van toezicht stelt een profielschets voor zijn omvang en samenstelling vast, rekening houdend met de aard van de vereniging of stichting, haar activiteiten en de gewenste deskundigheid van de commissarissen. De profielschets wordt beschikbaar gesteld aan de belanghebbendenvertegenwoordiging en de algemene vergadering van winstbewijshouders.
5. De benoeming van commissarissen geschiedt voor de eerste maal bij de akte van oprichting. Opvolgende commissarissen worden benoemd door de raad van toezicht, met inachtneming van de profielschets, bedoeld in lid 4. De statuten kunnen bepalen dat de algemene vergadering van winstbewijshouders en de belanghebbendenvertegenwoordiging het recht hebben een bindende voordracht te doen voor één of meer commissarissen, mits deze commissarissen tezamen niet de meerderheid van de raad van toezicht uitmaken. Deze commissarissen worden voor de eerste maal voorgedragen door de eerste algemene vergadering van winstbewijshouders en door de eerste vergadering van de belanghebbendenvertegenwoordiging die na de oprichting van de vereniging of stichting plaatsvindt, doch uiterlijk binnen een half jaar na de oprichting. Aan een voordracht kan voorbij worden gegaan als deze in strijd is met de profielschets.
6. De statuten bevatten voorschriften omtrent de wijze waarop in geval van ontstentenis of belet van commissarissen, voorlopig in de raad van toezicht wordt voorzien.

Artikel 307d

1. De ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam kan op verzoek een commissaris ontslaan wegens verwaarlozing van zijn taak, wegens andere gewichtige redenen of wegens ingrijpende wijziging van de omstandigheden op grond waarvan handhaving als commissaris redelijkerwijs niet van de vereniging of stichting kan worden verlangd. Het verzoek kan worden ingediend door de vereniging of stichting, te dezen vertegenwoordigd door het bestuur, de raad van toezicht, de belanghebbendenvertegenwoordiging of de algemene vergadering van winstbewijshouders.
2. De raad van toezicht kan een commissaris schorsen. De schorsing vervalt van rechtswege, indien de vereniging of stichting niet binnen een maand na de aanvang van de schorsing een verzoek tot ontslag bij de ondernemingskamer heeft ingediend.

Artikel 307e

De raad van toezicht heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vereniging of stichting en de door haar in stand gehouden onderneming. Indien van toepassing houdt de raad van toezicht tevens toezicht op de naleving door het bestuur van de gedragscode, genoemd in 307j. Hij staat het bestuur met raad ter zijde. Bij de vervulling van hun taak richten de commissarissen zich naar het belang van de vereniging of stichting en de door haar in stand gehouden onderneming, naar het te behartigen maatschappelijke belang en naar het belang van de betrokken belanghebbenden.

Artikel 307f

Het bestuur verschaft de raad van toezicht tijdig de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens. 2. Het bestuur stelt ten minste één keer per jaar de raad van toezicht schriftelijk op de hoogte van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de vereniging of stichting.

Artikel 307g

1. Aan de goedkeuring van de raad van toezicht zijn in elk geval onderworpen de besluiten van het bestuur omtrent:
 - a. overdracht of overgang van de door de vereniging of stichting in stand gehouden onderneming dan wel een overwegend deel van de onderneming aan een derde;
 - b. het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking van de vereniging of stichting met een andere rechtspersoon of vennootschap dan wel als volledig aansprakelijke vennote in een commanditaire vennootschap

- of vennootschap onder firma, indien deze samenwerking of verbreking van ingrijpende betekenis is voor de vereniging of stichting;
- c. het doen van een belangrijke investering ten behoeve van de vereniging of stichting;
 - d. een voorstel tot wijziging van de statuten;
 - e. een voorstel tot ontbinding van de vereniging of stichting;
 - f. aangifte van faillissement en aanvraag van surséance van betaling van de vereniging of stichting;
 - g. gelijktijdige beëindiging of beëindiging binnen een kort tijdsbestek van de arbeids-overeenkomst van een aanmerkelijk aantal werknemers, of van het verbreken van een overeenkomst met personen die als zelfstandigen of als samenwerkingsverband ten behoeve van de onderneming, werkzaam zijn voor de vereniging of stichting;
 - h. ingrijpende wijziging in de arbeidsomstandigheden van een aanmerkelijk aantal werknemers van de vereniging of stichting of van personen die als zelfstandigen of in een rechtspersoon daarin werkzaam zijn;
 - i. vaststelling van de profielschets, genoemd in artikel 307a lid 2.
2. Het ontbreken van de goedkeuring van de raad van toezicht op een besluit als bedoeld in lid 1 tast de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuur of bestuurders niet aan.

Artikel 307h

1. De vereniging of stichting heeft een belanghebbendenvertegenwoordiging. De belanghebbendenvertegenwoordiging is representatief voor de bij de maatschappelijke onderneming betrokken belanghebbenden. De belanghebbendenvertegenwoordiging stelt een reglement vast.
2. Indien de vereniging of stichting meer dan één onderneming in stand houdt kunnen de statuten bepalen dat elke onderneming een belanghebbendenvertegenwoordiging heeft. De belanghebbendenvertegenwoordiging oefent haar rechten en bevoegdheden in dat geval ten aanzien van de desbetreffende onderneming uit, tenzij de statuten anders bepalen.
3. De aanwijzing van belanghebbenden of de categorieën van belanghebbenden of van hun vertegenwoordigers geschiedt in de statuten, tenzij hierin is voorzien in een op de vereniging of stichting van toepassing zijnde gedragscode als bedoeld in artikel 307j.
4. Indien belanghebbenden van mening zijn dat zij in de statuten van de vereniging of stichting als zodanig dienen te worden aangewezen, of dat de vereniging of stichting hen ten onrechte

- niet betreft bij het overleg met de belanghebbenden zoals dat voortvloeit uit de van toepassing zijnde gedragscode, kunnen zij bij de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam een verzoek indienen tot statutenwijziging ten einde daarin als belanghebbende aangewezen te worden, respectievelijk een verzoek indienen tot het bevelen hen te betrekken bij het overleg dat voortvloeit uit de van toepassing zijnde gedragscode. De ondernemingskamer wijst het verzoek toe indien hij van oordeel is dat de verzoekers met het oog op het in de statuten omschreven maatschappelijk belang zodanig direct belang hebben bij het bepalen van het strategisch beleid van de vereniging of stichting, dat zij vertegenwoordigd dienen te zijn in de belanghebbendenvertegenwoordiging van de vereniging of stichting. In dat geval doet het bestuur binnen een maand na de datum van de beschikking van de rechtbank een voorstel tot wijziging van de statuten; statutaire beperkingen van de besluitvorming en statutenwijziging gelden niet voor deze statutenwijziging.
5. De bepalingen over de belanghebbendenvertegenwoordiging laten de bevoegdheden van bij de wet geregelde medezeggenschapsraden en andere bij de wet geregelde vormen van overleg met belanghebbenden onverlet. De statuten kunnen bepalen dat medezeggenschapsraden en de in de vorige zin bedoelde belanghebbenden, deel uitmaken van de belanghebbendenvertegenwoordiging en zij kunnen nadere bepalingen bevatten voor de relatie tussen enerzijds de belanghebbendenvertegenwoordiging en anderzijds de medezeggenschapsraden en de hiervoor bedoelde vormen van overleg met belanghebbenden.

Artikel 307i

1. De belanghebbendenvertegenwoordiging wordt door het bestuur betrokken bij de beleidsvorming en de uitvoering van het beleid op de wijze zoals voor belanghebbenden wordt omschreven in de gedragscode, bedoeld in artikel 307j.
2. Voor zover op de vereniging of stichting geen gedragscode van toepassing is, bepaalt zij in haar statuten hoe belanghebbenden worden betrokken bij de beleidsvorming en de uitvoering van het beleid. Dit geldt ook voor zover de van toepassing zijnde gedragscode geen of geen afdoende regeling voor de betrokkenheid van de belanghebbenden bevat.
3. Ten minste zal het bestuur:
 - a. de belanghebbendenvertegenwoordiging informeren over de gang van zaken in de onderneming;
 - b. overleg voeren met de belanghebbendenvertegenwoordiging over de hoofdlijnen van het

- voorgenomen beleid en de daarbij te nemen strategische beslissingen en de belanghebbendenvertegenwoordiging ten minste éénmaal per jaar in staat stellen een advies uit te brengen over het strategisch beleid; en
- c. de belanghebbendenvertegenwoordiging informeren over het gevoerde beleid.
4. Als het bestuur het advies, bedoeld in lid 3 onder b, voor zover het betrekking heeft op één of meer door het bestuur te nemen besluiten, niet volledig wenst over te nemen, belegt het bestuur hierover een vergadering met de belanghebbendenvertegenwoordiging. Tot die tijd geeft het bestuur geen uitvoering aan de desbetreffende besluiten. Indien in de vergadering blijkt van onverenigbaarheid van inzicht tussen bestuur en belangenvertegenwoordiging over dat beleid, wordt de uitvoering daarvan een maand opgeschort na de hiervoor genoemde vergadering en is de regeling uit artikel 307b lid 2 van toepassing.
 5. De statuten kunnen bepalen dat besluiten van het bestuur zijn onderworpen aan de goedkeuring van de belanghebbendenvertegenwoordiging. Het ontbreken van deze goedkeuring tast de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuur of bestuurders niet aan.

Artikel 307j

Bij algemene maatregel van bestuur op voordracht van Onze Minister wie het aangaat, kan een gedragscode worden aangewezen, onder aanwijzing van de categorieën maatschappelijke ondernemingen waarop de gedragscode is gericht.

Artikel 307k

1. Indien de statuten bepalen dat de onderneming winstbewijzen kan uitgeven, is het bestuur bevoegd te besluiten tot uitgifte van winstbewijzen. Bij het besluit tot uitgifte wordt vastgesteld hoeveel en op welke wijze op de winstbewijzen door de houder van die winstbewijzen dient te worden gestort. Het besluit tot uitgifte is onderworpen aan de goedkeuring van de raad van toezicht. Bij gebreke van deze goedkeuring is de uitgifte nietig.
2. Het uitgeven van winstbewijzen wordt geregeld in de statuten. De statuten bepalen welke rechten de houder van het desbetreffende winstbewijs heeft, op welke activiteiten het winstbewijs betrekking heeft en wat de uit te keren winst per winstbewijs is. De statuten kunnen bepalen dat de onderneming meer dan één soort winstbewijzen kent, waaraan verschillende rechten zijn verbonden.
3. Houders van reeds in de statuten opgenomen winstbewijzen hebben een voorkeursrecht op nieuw uit te geven winstbewijzen, tenzij het bestuur bij de uitgifte bepaalt dat het voorkeursrecht

- voor de uitgifte is uitgesloten. Het bestuur stelt hen op de hoogte van de voorgenomen uitgifte van het winstbewijs en de rechten die aan het winstbewijs zijn verbonden. De statuten bepalen de procedure voor het uitoefenen van het voorkeursrecht.
4. Overdracht van winstbewijzen zonder voorafgaande goedkeuring van de raad van toezicht is nietig.
 5. Het bestuur kan op verzoek van de winstbewijshouder, met goedkeuring van de raad van toezicht, besluiten tot het terugnemen van winstbewijzen. De terugname mag de solvabiliteit en continuïteit van de vereniging of stichting niet in gevaar brengen. De statuten kunnen voorwaarden verbinden aan de terugname.
 6. Voor zover de wet of de statuten aan de gezamenlijke winstbewijshouders bevoegdheden toekennen, vormen de winstbewijshouders een algemene vergadering van winstbewijshouders waarin zij de desbetreffende bevoegdheden uitoefenen. Deze vergadering stelt een reglement vast.
 7. Voor de toepassing van artikel 23b worden de winstbewijshouders gelijk gesteld aan aandeelhouders.
 8. Het bestuur informeert de winstbewijshouders ten minste over:
 - a. de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de vereniging of stichting;
 - b. de gang van zaken in de onderneming; en
 - c. het gevoerde beleid.

Artikel 307l

1. Een bepaling in de statuten omtrent de uitgifte van winstbewijzen die ertoe leidt dat middelen die door of vanwege de overheid zijn verkregen door de vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming, alsmede de vruchten van deze middelen, niet worden besteed voor het doel waarvoor zij zijn bestemd, is nietig. Bij algemene maatregel van bestuur op voordracht van Onze Minister die het aangaat, wordt aangewezen welke deze middelen zijn en wat als de vruchten daarvan aangemerkt dienen te worden.
2. Een besluit tot het uitkeren van winst op grond van winstbewijzen dat de beschikbaarheid van de in lid 1 bedoelde middelen voor het doel waarvoor deze zijn bestemd aantast, is nietig.

Artikel 307m

1. Uitkering van winst kan enkel geschieden na de vaststelling van de jaarrekening waaruit blijkt dat zij geoorloofd is.
2. Het bestuur is bevoegd te besluiten tot winstuitkering. Dit besluit is onderworpen aan goedkeuring

door de raad van toezicht. Bij gebreke van deze goedkeuring is het besluit tot uitkering nietig.

3. In de statuten kunnen nadere voorschriften gegeven worden voor de winstbestemming.

Artikel 307n

1. Jaarlijks binnen vijf maanden na afloop van het boekjaar van de vereniging of stichting, behoudens verlenging van deze termijn met ten hoogste zes maanden door de raad van toezicht op grond van bijzondere omstandigheden, maakt het bestuur een jaarrekening op en legt deze voor de belanghebbendenvertegenwoordiging en de winstbewijshouders ter inzage ten kantore van de vereniging of stichting. Binnen deze termijn legt het bestuur ook het jaarverslag en de krachtens artikel 392 toe te voegen gegevens ter inzage voor de belanghebbendenvertegenwoordiging en de algemene vergadering van winstbewijshouders, tenzij artikel 396 lid 6 of artikel 403 voor de vereniging of stichting geldt. Zij die deel uitmaken van de belanghebbendenvertegenwoordiging en van de algemene vergadering van winstbewijshouders kunnen kosteloos een afschrift van deze stukken verkrijgen.
2. De jaarrekening wordt ondertekend door de bestuurders en door de commissarissen. Ontbreekt de ondertekening van een of meer hunner, dan wordt daarvan onder opgave van reden melding gemaakt.
3. De belanghebbendenvertegenwoordiging en de algemene vergadering van winstbewijshouders kunnen bij het bestuur en de raad van toezicht opmerkingen indienen naar aanleiding van de jaarrekening, het jaarverslag en de krachtens artikel 392 toe te voegen gegevens. Het bestuur reageert hierop schriftelijk, na goedkeuring van de raad van toezicht, of in een vergadering met de belanghebbendenvertegenwoordiging of de winstbewijshouders en in aanwezigheid van de raad van toezicht.
4. De jaarrekening wordt vastgesteld binnen twee maanden na de datum waarop de stukken, bedoeld in lid 1, ter inzage zijn gelegd voor de belanghebbendenvertegenwoordiging en de winstbewijshouders, of zoveel eerder als de belanghebbendenvertegenwoordiging en de algemene vergadering van winstbewijshouders de raad van toezicht laten weten geen opmerkingen te zullen indienen naar aanleiding van de stukken. De vaststelling geschiedt in geval van een stichting door de raad van toezicht en in geval van een vereniging door de algemene vergadering, bedoeld in artikel 49 lid 3, tenzij de statuten hiertoe de raad van toezicht aanwijzen. Vaststelling van de jaarre-

kening strekt niet tot kwijting aan een bestuurder onderscheidenlijk commissaris.

5. Onze Minister wie het aangaat, kan desverzocht om gewichtige redenen ontheffing verlenen van de verplichting tot het opmaken, het overleggen en het vaststellen van de jaarrekening.
6. De artikelen 48 lid 3, 360 lid 3, 362 lid 8 en 396 en 397 zijn niet van toepassing.

Artikel 307o

1. Onverminderd artikel 391, wordt in het jaarverslag verslag gedaan van de wijze waarop het maatschappelijk belang is gediend en van het beleid dat ten aanzien van de belanghebbenden is gevoerd en wordt mededeling gedaan over de verwachte gang van zaken omtrent het beleid van de vereniging of stichting met het oog op het door haar te dienen maatschappelijk belang.
2. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld omtrent de inhoud van het jaarverslag en de jaarrekening.³ De vereniging of stichting waarop een gedragscode als bedoeld in artikel 307j van toepassing is, doet in het jaarverslag mededeling over de wijze waarop zij de bepalingen van deze gedragscode naleeft die zijn gericht tot het bestuur of de raad van toezicht van de vereniging of stichting.

Artikel 307p

1. De bevoegdheid tot het verlenen van de opdracht tot onderzoek van de jaarrekening aan een registeraccountant, aan een Accountant-Administratieconsulent of aan een organisatie waarin accountants samenwerken, genoemd in artikel 393 leden 1 en 2, berust bij de raad van toezicht. Gaat deze daartoe niet over, dan is bij de stichting het bestuur bevoegd en bij de vereniging de algemene vergadering. De opdracht kan te allen tijde worden ingetrokken door degene die haar heeft verleend. De door het bestuur of de algemene vergadering verleende opdracht kan tevens door de raad van toezicht worden ingetrokken.
2. De belanghebbendenvertegenwoordiging hoort de accountant op diens verlangen of uit eigen beweging omtrent de intrekking van een hem verleende opdracht of omtrent het hem kenbaar gemaakte voornemen daartoe.

I

In artikel 308 lid 1 wordt na de zinsnede “de stichting,” toegevoegd: , de vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming,.

J

Artikel 310 lid 4 wordt gewijzigd als volgt:

1. In de eerste volzin worden de woorden “of stichting” vervangen door: , stichting, of vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming.
2. De tweede volzin komt te luiden: Een verkrijgende stichting, een stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming of een naamloze of besloten vennootschap kan ook fuseren met een vereniging, vereniging tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij waarvan zij het enige lid is.

K

In artikel 315 lid 2 wordt na het woord “stichting” ingevoegd: of een stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming.

L

In artikel 317 wordt in de leden 1 en 3 na het woord “stichting” telkens ingevoegd: of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming.

M

In artikel 323 lid 1 onder c wordt na het woord “stichting” ingevoegd: of een stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming.

N

Artikel 333 wordt gewijzigd als volgt:

1. In lid 1 wordt na het woord “vereniging” ingevoegd: , vereniging tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming.
2. In lid 3 worden de woorden “of stichting” vervangen door: , stichting, of vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming.

O

In artikel 334b lid 4 worden de woorden “of stichting” vervangen door: , stichting, of een vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming.

P

In artikel 334i lid 2 worden de woorden “een stichting geldt” vervangen door: een stichting of een stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming gelden.

Q

In artikel 334m lid 1 wordt na de woorden “een stichting” ingevoegd: en een stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming.

R

In artikel 334u lid 1 onder c wordt na het woord “stichting” ingevoegd: of een stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming.

S

Aan artikel 344 wordt, onder vervanging van de punt aan het slot van onderdeel b door een puntkomma, een onderdeel toegevoegd dat luidt: de vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming.

T

In artikel 346 wordt, onder verlettering van onderdelen b en c tot onderdelen c en d, een onderdeel ingevoegd dat luidt:

indien het betreft een vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming: de belanghebbendenvertegenwoordiging, bedoeld in artikel 307h, de algemene vergadering van winstbewijshouders, bedoeld in artikel 307k lid 6 en Onze Minister die het aangaat;

U

In artikel 360 lid 1 wordt na de woorden “de onderlinge waarborgmaatschappij” ingevoegd: , de vereniging en stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming.

V

In artikel 383a wordt de zinsnede “De in artikel 360 lid 3 bedoelde” vervangen door: Verenigingen en stichtingen tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming en de in artikel 360 lid 3 bedoelde.

W

Artikel 392 wordt gewijzigd als volgt:

1. In lid 3 worden de woorden “en stichting” vervangen door: , stichting, of vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming.
2. In lid 5 wordt na de zinsnede “artikel 360 lid 3 behoeft” vervangen door: artikel 360 lid 3 en het bestuur van een vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming behoeven.

ARTIKEL II

Artikel 1, onder 4, van de Wet op de economische delicten wordt de alinea beginnend met de woorden “het Burgerlijk Wetboek, Boek 2 (Rechtspersonen)” als volgt gewijzigd:

Na de zinsnede “artikel 360, derde lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek” wordt ingevoegd: , stichtingen en verenigingen tot instandhouding van een maat-

schappelijke onderneming.2. Na de woorden “264, derde lid” wordt ingevoegd: , 306, tweede lid.

ARTIKEL III

In artikel 5, onder a, van de Handelsregisterwet 2007 wordt na het woord “stichting” ingevoegd: , een vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming.

ARTIKEL IV

Artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 wordt als volgt gewijzigd:

1. Aan het tweede lid wordt, onder vervanging van de punt aan het slot van onderdeel d door een puntkomma, een onderdeel toegevoegd, luidende: e. als houder van winstbewijzen die door een vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming als tegenprestatie zijn uitgegeven voor het verstrekken van vermogen anders dan in de vorm van een lening, voor ten minste 5% deelt in de voordelen behaald met de activiteiten waarop die winstbewijzen betrekking hebben, mits die voordelen bij de vereniging of stichting belast zijn voor de vennootschapsbelasting.
2. Aan het twaalfde lid wordt, onder vervanging van de punt aan het slot van onderdeel 3^o door een puntkomma, een onderdeel toegevoegd, luidende: 4^o. winstbewijzen als bedoeld in het tweede lid, onderdeel e, welke gezamenlijk voor minder dan 5% delen in de voordelen behaald met de activiteiten waarop die winstbewijzen betrekking hebben.

ARTIKEL V

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren wie zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven

De Minister van Justitie,

Bijlage IX. Wettekst aktiebolag med särskild vinstutdelnings- begränsning

32 kap. Aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning

Tillämpningsområde

1 §

Vid bildandet av ett privat aktiebolag eller genom senare beslut enligt 16 § får bestämmas att bolaget skall vara ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning.

För ett sådant bolag gäller bestämmelserna i detta kapitel samt, om inte annat följer av detta kapitel, övriga bestämmelser i denna lag avseende privata aktiebolag.

Bolagsordningens innehåll

2 §

I bolagsordningen för ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning skall det anges att bolaget skall vara ett sådant aktiebolag.

Revision

3 §

I ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning skall revisorn särskilt granska att bolaget inte har överträtt bestämmelserna i 5 eller 8 §. Om revisorn finner att bolaget har överträtt någon av dessa bestämmelser, skall det anmärkas i revisionsberättelsen. Revisorn skall genast sända en kopia av revisionsberättelsen till Bolagsverket, om revisionsberättelsen innehåller anmärkning enligt första stycket.

4 §

Revisionsberättelsen skall innehålla ett uttalande om huruvida styrelsen och den verkställande direktören i förekommande fall har upprättat en förteckning enligt 10 § över vissa lån och säkerheter.

Hoofdstuk 32. Vennootschappen met specifiek beperkte dividenduitkering

Toepassingsgebied

§ 1

Bij de oprichting van een particuliere vennootschap of krachtens een later besluit overeenkomstig § 16 kan bepaald worden dat de vennootschap een vennootschap met specifiek beperkte dividenduitkering zal zijn.

Voor een dergelijke vennootschap gelden de bepalingen in dit hoofdstuk alsmede, voor zover niets anders uit dit hoofdstuk volgt, overige bepalingen in deze wet betreffende particuliere vennootschappen.

Inhoud van de Zweedse vennootschapswet

§ 2

In de statuten van een vennootschap met specifiek beperkte dividenduitkering moet worden vermeld dat de vennootschap een dergelijke vennootschap is.

Accountantscontrole

§ 3

In een vennootschap met specifiek beperkte dividenduitkering moet de accountant in het bijzonder controleren of de vennootschap niet de bepalingen in § 5 of § 8 heeft overtreden. Als de accountant meent dat de vennootschap een van deze bepalingen heeft overtreden, moet dit vermeld worden in het accountantsverslag.

De accountant moet dadelijk een kopie van het accountantsverslag sturen aan Bolagsverket (de Zweedse kamer van koophandel), indien het accountantsverslag een opmerking conform de eerste alinea bevat.

§ 4

Het accountantsverslag moet een uitspraak bevatten of het bestuur en de algemeen directeur in het voorkomende geval een register conform § 10 hebben ingericht met betrekking tot bepaalde leningen en zekerheden.

Värdeöverföringar från bolaget

5 §

I ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning gäller, utöver vad som sägs i 17 kap. 3 och 4 §§, följande. Bolagets värdeöverföringar får, under den tid som avses i 17 kap. 4 §, inte överstiga summan av

1. ett belopp, motsvarande räntan, beräknad som den statslåneränta som gällde vid föregående räkenskapsårs utgång med ett tillägg om en procentenhet, på det kapital som aktieägare vid föregående räkenskapsårs utgång har tillskjutit till bolaget som betalning för aktier, och
2. ett belopp, motsvarande vad som enligt 1 har varit tillgängligt för värdeöverföring vid årsstämma under vart och ett av de föregående fem räkenskapsåren med avdrag för den värdeöverföring som har skett.

När det i denna lag hänvisas till 17 kap. 3 §, skall för aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning hänvisningen anses gälla även bestämmelserna i denna paragraf.

6 §

Bestämmelserna i 17 kap. 6 § om återbäringskyldighet och i 17 kap. 7 § om bristtäckningsansvar vid olaglig värdeöverföring gäller även när värdeöverföring har gjorts i strid med 5 §.

Vinstandelslån och kapitalandelslån

7 §

Ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning får inte ta upp lån där räntan eller det belopp med vilket återbetalning skall ske helt eller delvis är beroende av utdelningen till aktieägarna, kursutvecklingen på bolagets aktier, bolagets resultat eller bolagets finansiella ställning.

Koncernförhållanden

8 §

Ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning som ingår i en koncern får inte heller i annat fall än som anges i 5 § föra över medel till ett annat företag i koncernen med belopp som – tillsammans med andra värdeöverföringar under den tid som avses i 17 kap. 4 § – överstiger högsta belopp för värdeöverföring enligt 5 §. Överföring får dock ske om den har rent affärsmässig karaktär för bolaget.

Waardeoverdracht door de vennootschap

§ 5

In een vennootschap met specifiek beperkte dividenduitkering geldt, naast hetgeen in hoofdstuk 17, § 3 en § 4 is vermeld, het volgende. Waardeoverdracht door de vennootschap mag, gedurende de periode als bedoeld in hoofdstuk 17, § 4, niet hoger zijn dan de som van

1. een bedrag overeenkomend met de rente, berekend als de rente op staatsleningen die aan het einde van het vorige boekjaar gold vermeerderd met één procentenheid, over het kapitaal dat de aandeelhouders aan het einde van het vorige boekjaar in de vennootschap hebben bijdragen aan de vennootschap als betaling voor aandelen, en
2. een bedrag overeenkomend met wat volgens 1. beschikbaar was voor waardeoverdracht tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders gedurende elk van de vijf voorgaande boekjaren, onder aftrek van de waardeoverdracht die heeft plaatsgevonden.

Wanneer er in deze wet wordt verwezen naar hoofdstuk 17, § 3, dient deze verwijzing in het geval van vennootschappen met specifiek beperkte dividenduitkering te worden geacht eveneens te gelden voor de bepalingen in deze paragraaf.

§ 6

De bepalingen in hoofdstuk 17, § 6 inzake terugbetalingsverplichting en in hoofdstuk 17, § 7 inzake aansprakelijkheid bij onjuiste handelingen in het geval van onwettige waardeoverdracht, gelden ook wanneer de waardeoverdracht heeft plaatsgevonden in strijd met § 5.

Leningen met winstdeelneming en leningen met kapitaaldeelneming

§ 7

Een vennootschap met specifiek beperkte dividenduitkering mag geen leningen opnemen waarvan de rente of het bedrag waarmee de aflossing moet plaatsvinden geheel of gedeeltelijk afhankelijk is van de uitkering aan de aandeelhouders, de koersontwikkeling van de aandelen van de vennootschap, het resultaat van de vennootschap of de financiële positie van de vennootschap.

Concernverhouding

§ 8

Een vennootschap met specifiek beperkte dividenduitkering die deel uitmaakt van een concern mag ook niet in andere gevallen dan aangegeven in § 5 middelen overdragen aan een andere onderneming binnen het concern voor een bedrag dat – samen met de andere waardeoverdracht in de periode als bedoeld in hoofdstuk 17, § 4 – het hoogste bedrag voor waardeoverdracht overeenkomstig § 5 overschrijdt. Overdracht mag echter wel plaatsvinden indien deze een zuiver zakelijk karakter heeft voor de vennootschap.

9 §

Om en överföring till ett annat företag i koncernen har skett i strid med bestämmelserna i 8 §, skall mottagaren återbära vad som uppburits, om bolaget visar att mottagaren insåg eller bort inse att överföringen stod i strid med bestämmelserna i 8 §.

På värdet av den egendom som skall återbäras skall mottagaren betala ränta enligt 5 § räntelagen (1975:635) från det att överföringen ägde rum eller till dess ränta skall betalas enligt 6 § räntelagen till följd av 3 eller 4 § samma lag.

Om det uppkommer någon brist vid återbäring enligt första eller andra stycket, skall bestämmelserna om bristtäckningsansvar i 17 kap. 7 § tillämpas.

10 §

Styrelsen och den verkställande direktören skall varje räkenskapsår upprätta en särskild förteckning över lån och säkerheter som har lämnats med stöd av bestämmelsen i 21 kap. 2 § första stycket 2. Beträffande förteckningen gäller i tillämpliga delar 21 kap. 10 § andra–fjärde styckena.

Den som uppsåtligen eller av grov oaktsamhet bryter mot första stycket döms till böter eller fängelse i högst ett år.

Fusion

11 §

Ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning får delta i en fusion som överlåtande bolag endast om det övertagande bolaget är ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning.

Delning

12 §

Ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning får delta i en delning som överlåtande bolag endast om det eller de övertagande bolagen är aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning.

§ 9

Indien een overdracht aan een andere onderneming binnen het concern heeft plaatsgevonden in strijd met de bepalingen van § 8, dient de ontvanger dat wat hij ontvangen heeft terug te betalen, indien de vennootschap aantoonbaar dat de ontvanger zich ervan bewust was of had moeten zijn dat de overdracht in strijd was met de bepalingen in § 8.

Over de waarde van de bezittingen die moeten worden terugbetaald, moet de ontvanger rente betalen overeenkomstig § 5 van de Zweedse rentewet (1975:635) vanaf het moment dat de overdracht plaatsvond of tot het moment dat rente moet worden betaald overeenkomstig § 6 van de rentewet ingevolge § 3 of § 4 van diezelfde wet.

Indien er een manco ontstaat bij de terugbetaling volgens de eerste of tweede alinea, dienen de bepalingen inzake aansprakelijkheid bij onjuiste handelingen in hoofdstuk 17, § 7 te worden toegepast.

§ 10

Het bestuur en de algemeen directeur moeten elk boekjaar een specifiek register inrichten met betrekking tot leningen en zekerheden die verstrekt zijn krachtens de bepalingen in hoofdstuk 21, § 2, eerste alinea, punt 2. Wat betreft het register gelden de toepasselijke delen van hoofdstuk 21, § 10, tweede – vierde alinea.

Wie opzettelijk of door grove nalatigheid de eerste alinea overtreedt, wordt veroordeeld tot een boete of een gevangenisstraf van ten hoogste één jaar.

Fusie

§ 11

Een vennootschap met specifiek beperkte dividenduitkering mag uitsluitend als overdragende partij aan een fusie deelnemen, indien de overnemende vennootschap een vennootschap met specifiek beperkte dividenduitkering is.

Splitsing

§ 12

Een vennootschap met specifiek beperkte dividenduitkering mag uitsluitend als overdragende partij aan een splitsing deelnemen, indien de overnemende vennootschap(en) een vennootschap (vennootschappen) met specifiek beperkte dividenduitkering is (zijn).

Likvidation

13 §

Allmän domstol skall besluta att ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning skall gå i likvidation, om bolaget har överträtt bestämmelserna i 5 eller 8 §.

En fråga om likvidation enligt första stycket prövas på anmälan av Bolagsverket eller på ansökan av styrelsen, en styrelseledamot, den verkställande direktören, en revisor i bolaget eller en aktieägare.

Beslut om likvidation skall inte meddelas, om det under ärendets handläggning vid tingsrätten visas att värdet av det som har överförts i strid med bestämmelserna i 5 eller 8 § har återburits till bolaget.

Vid handläggningen hos allmän domstol skall 25 kap. 25 § tillämpas.

Beslutet om likvidation gäller omedelbart.

14 §

Vid skifte i samband med likvidation av ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning skall aktieägarna tilldelas högst ett belopp som motsvarar

1. det kapital som har tillskjutits till bolaget som betalning för aktier, och
2. del av återstående tillgångar med den begränsning som framgår av 5 §.

Vad som därefter återstår skall tillfalla det eller de andra aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning som anges i bolagsordningen.

Saknar bolagsordningen uppgift om ett sådant aktiebolag eller finns inte det eller de aktiebolag som anges i bolagsordningen, skall tillgångarna tillfalla Allmänna arvsfonden.

Byte av bolagskategori, m.m.

15 §

I ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning får inte beslutas att bolaget inte längre skall vara ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning.

Liquidatie

§ 13

Een algemene rechtbank dient te besluiten dat een vennootschap met specifiek beperkte dividenduitkering in liquidatie moet gaan, indien de vennootschap de bepalingen in § 5 of § 8 heeft overtreden.

Een aanvraag voor liquidatie overeenkomstig de eerste alinea wordt getoets na aanmelding door Bolagsverket of op verzoek van het bestuur, een bestuurslid, de algemeen directeur, een accountant van de vennootschap of een aandeelhouder.

Het besluit tot liquidatie dient niet te worden bekendgemaakt indien tijdens de behandeling van de zaak door de arrondissementsrechtbank wordt aangetoond dat de waarde van hetgeen in strijd met de bepalingen in § 5 of § 8 is overgedragen, is terugbetaald aan de vennootschap.

Bij de behandeling door een algemene rechtbank dient hoofdstuk 25, § 25 te worden toegepast.

Het besluit tot liquidatie is met onmiddellijke werking van kracht.

§ 14

Bij verdeling in verband met liquidatie van een vennootschap met specifiek beperkte dividenduitkering dient aan de aandeelhouders ten hoogste een bedrag te worden toegekend dat overeenkomt met

1. het kapitaal dat is bijgedragen aan de vennootschap als betaling voor aandelen, en
2. een deel van de resterende bedrijfsmiddelen met de beperking als blijkt uit § 5.

Wat daarna overblijft, dient toe te komen aan de andere vennootschap(pen) met specifiek beperkte dividenduitkering die in de statuten wordt (worden) vermeld.

Mocht in de statuten een vermelding van een dergelijke vennootschap ontbreken, of mocht (mochten) de vennootschap(pen) die in de statuten wordt (worden) vermeld niet bestaan, dan dienen de middelen toe te komen aan het Allmänna arvsfonden, het Zweedse fonds ter ondersteuning van de zorg voor kinderen en jongeren, alsmede de zorg voor gehandicapten.

Wijziging van vennootschapscategorie e.d.

§ 15

In een vennootschap met specifiek beperkte dividenduitkering mag niet besloten worden dat de vennootschap niet langer een vennootschap met specifiek beperkte dividenduitkering is.

16 §

Ett beslut om att ett sådant privat aktiebolag som inte omfattas av bestämmelserna i detta kapitel skall bli ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning fattas av bolagsstämman enligt bestämmelserna i 7 kap. om ändring av bolagsordningen. Beslutet är dock giltigt endast om det har biträtts av samtliga aktieägare som är närvarande vid bolagsstämman och dessa tillsammans företräder minst nio tiondelar – eller den högre andel som föreskrivs i bolagsordningen – av samtliga aktier i bolaget.

Ett beslut enligt första stycket skall anmälas för registrering i aktiebolagsregistret.

Aktiebolaget skall anses ha blivit ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning när beslutet om att bolaget skall vara ett sådant aktiebolag har blivit registrerat.

Bolagets firma

17 §

Firman för ett aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning får följas av beteckningen (svb).

18 §

Andra aktiebolag än aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning får inte använda beteckningen (svb).

§ 16

Een besluit dat een dergelijke particuliere vennootschap die niet onder de bepalingen in dit hoofdstuk valt een vennootschap met specifiek beperkte dividenduitkering wordt, wordt genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders overeenkomstig de bepalingen in hoofdstuk 7 inzake statutewijziging.

Het besluit is echter alleen geldig als het gesteund wordt door alle aandeelhouders die aanwezig zijn bij de algemene vergadering van aandeelhouders en deze samen ten minste negen tiende – of een in de statuten voorgeschreven hoger aandeel – van de alle aandelen in de vennootschap vertegenwoordigen.

Een besluit ingevolge de eerste alinea moet worden aangemeld ter registratie in het vennootschapsregister.

De vennootschap dient te worden geacht een vennootschap met specifiek beperkte dividenduitkering te zijn geworden, wanneer het besluit dat de vennootschap een dergelijke vennootschap moet zijn, geregistreerd is.

De onderneming van de vennootschap

§ 17

De onderneming van een vennootschap met specifiek beperkte dividenduitkering moet gevolgd worden door de aanduiding (svb).

§ 18

Andere vennootschappen dan vennootschappen met specifiek beperkte dividenduitkering mogen de aanduiding (svb) niet gebruiken.

Bijlage X. Wettekst CIC

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/27/part/2>

PART 2 COMMUNITY INTEREST COMPANIES

Introductory

26. Community interest companies

- (1) There is to be a new type of company to be known as the community interest company.
- (2) In accordance with this Part—
 - (a) a company limited by shares or a company limited by guarantee and not having a share capital may be formed as or become a community interest company, and
 - (b) a company limited by guarantee and having a share capital may become a community interest company.
- (3) A community interest company established for charitable purposes is to be treated as not being so established and accordingly—
 - (a) is not a charity, and
 - (b) must not be given such intimation as is mentioned in section 1(7) of the Law Reform (Miscellaneous Provisions) (Scotland) Act 1990 (c. 40) (Scottish charities).

27. Regulator

- (1) There is to be an officer known as the Regulator of Community Interest Companies (referred to in this Part as “the Regulator”).
- (2) The Secretary of State must appoint a person to be the Regulator.
- (3) The Regulator has such functions relating to community interest companies as are conferred or imposed by or by virtue of this Act or any other enactment.
- (4) The Regulator must adopt an approach to the discharge of those functions which is based on good regulatory practice, that is an approach adopted having regard to—
 - (a) the likely impact on those who may be affected by the discharge of those functions,
 - (b) the outcome of consultations with, and with organisations representing, community interest companies and others with relevant experience, and
 - (c) the desirability of using the Regulator’s resources in the most efficient and economic way.
- (5) The Regulator may issue guidance, or otherwise provide assistance, about any matter relating to community interest companies.
- (6) The Secretary of State may require the Regulator to issue guidance or otherwise provide assistance

about any matter relating to community interest companies which is specified by the Secretary of State.

- (7) Any guidance issued under this section must be such that it is readily accessible to, and capable of being easily understood by, those at whom it is aimed; and any other assistance provided under this section must be provided in the manner which the Regulator considers is most likely to be helpful to those to whom it is provided.
- (8) Schedule 3 (further provisions about the Regulator) has effect.

28. Appeal Officer

- (1) There is to be an officer known as the Appeal Officer for Community Interest Companies (referred to in this Part as “the Appeal Officer”).
- (2) The Secretary of State must appoint a person to be the Appeal Officer.
- (3) The Appeal Officer has the function of determining appeals against decisions and orders of the Regulator which under or by virtue of this Act or any other enactment lie to the Appeal Officer.
- (4) An appeal to the Appeal Officer against a decision or order of the Regulator may be brought on the ground that the Regulator made a material error of law or fact.
- (5) On such an appeal the Appeal Officer must—
 - (a) dismiss the appeal,
 - (b) allow the appeal, or
 - (c) remit the case to the Regulator.
- (6) Where a case is remitted the Regulator must reconsider it in accordance with any rulings of law and findings of fact made by the Appeal Officer.
- (7) Schedule 4 (further provisions about the Appeal Officer) has effect.

29. Official Property Holder

- (1) There is to be an officer known as the Official Property Holder for Community Interest Companies (referred to in this Part as “the Official Property Holder”).
- (2) The Regulator must appoint a member of the Regulator’s staff to be the Official Property Holder.
- (3) The Official Property Holder has such functions relating to property of community interest companies as are conferred or imposed by or by virtue of this Act or any other enactment.
- (4) Schedule 5 (further provisions about the Official Property Holder) has effect.

Requirements

30. Cap on distributions and interest

- (1) Community interest companies must not distribute assets to their members unless regulations make provision authorising them to do so.
- (2) If regulations authorise community interest companies to distribute assets to their members, the regulations may impose limits on the extent to which they may do so.
- (3) Regulations may impose limits on the payment of interest on debentures issued by, or debts of, community interest companies.
- (4) Regulations under this section may make provision for limits to be set by the Regulator.
- (5) The Regulator—
 - (a) may set a limit by reference to a rate determined by any other person (as it has effect from time to time), and
 - (b) may set different limits for different descriptions of community interest companies.
- (6) The Regulator must (in accordance with section 27)—
 - (a) undertake appropriate consultation before setting a limit, and
 - (b) in setting a limit, have regard to its likely impact on community interest companies.
- (7) Regulations under this section may include power for the Secretary of State to require the Regulator to review a limit or limits.
- (8) Where the Regulator sets a limit he must publish notice of it in the Gazette.

31. Distribution of assets on winding up

- (1) Regulations may make provision for and in connection with the distribution, on the winding up of a community interest company, of any assets of the company which remain after satisfaction of the company's liabilities.
- (2) The regulations may, in particular, amend or modify the operation of any enactment or instrument.

32. Memorandum and articles

- (1) The memorandum of a community interest company must state that the company is to be a community interest company.
- (2) Section 7(1) of the Companies Act 1985 (c. 6) (articles) applies in relation to a community interest company limited by shares as if it were a company limited by guarantee (so that articles must be registered).
- (3) The memorandum and articles of a community interest company of any description—
 - (a) must at all times include such provisions as regulations require to be included in the memorandum and articles of every community interest company or a community interest company of that description, and

- (b) must not include such provisions as regulations require not to be so included.
- (4) The provisions required by regulations under subsection (3)(a) to be included in the memorandum or articles of a community interest company may (in particular) include—
 - (a) provisions about the transfer and distribution of the company's assets (including their distribution on a winding up),
 - (b) provisions about the payment of interest on debentures issued by the company or debts of the company,
 - (c) provisions about membership of the company,
 - (d) provisions about the voting rights of members of the company,
 - (e) provisions about the appointment and removal of directors of the company, and
 - (f) provisions about voting at meetings of directors of the company.
- (5) The memorandum and articles of a community interest company are of no effect to the extent that they—
 - (a) are inconsistent with provisions required to be included in the memorandum or articles of the company by regulations under subsection (3)(a), or
 - (b) include provisions required not to be included by regulations under subsection (3)(b).
- (6) Regulations may make provision for and in connection with restricting the ability of a community interest company under section 4 of the Companies Act 1985 (c. 6) to alter its memorandum with respect to the statement of its objects.

33. Names

- (1) The name of a community interest company which is not a public company must end with—
 - (a) "community interest company", or
 - (b) "c.i.c."
- (2) But the name of such a company may (instead) end with—
 - (a) "cwmni buddiant cymunedol", or
 - (b) "c.b.c.",if the memorandum of the company states that the company's registered office is to be situated in Wales.
- (3) The name of a community interest company which is a public company must end with—
 - (a) "community interest public limited company", or
 - (b) "community interest p.l.c."
- (4) But the name of such a company may (instead) end with—
 - (a) "cwmni buddiant cymunedol cyhoeddus cyfyngedig", or
 - (b) "cwmni buddiant cymunedol c.c.c.",

if the memorandum of the company states that the company's registered office is to be situated in Wales.

- (5) Section 25 of the Companies Act 1985 (company name to end with "public limited company" or "limited" or equivalent) does not apply to community interest companies.
- (6) Schedule 6 (further provisions about names) has effect.

34. Community interest company reports

- (1) The directors of a community interest company must prepare in respect of each financial year a report about the company's activities during the financial year (a "community interest company report").
- (2) Section 242(1) of the Companies Act 1985 is to be treated as requiring the directors of a community interest company to deliver to the registrar of companies a copy of the community interest company report.
- (3) Regulations—
 - (a) must make provision requiring community interest company reports to include information about the remuneration of directors,
 - (b) may make provision as to the form of, and other information to be included in, community interest company reports, and
 - (c) may apply provisions of the Companies Act 1985 (c. 6) relating to directors' reports to community interest company reports (with any appropriate modifications).
- (4) The registrar of companies must forward to the Regulator a copy of each community interest company report delivered to the registrar by virtue of this section.

35. Community interest test and excluded companies

- (1) This section has effect for the purposes of this Part.
- (2) A company satisfies the community interest test if a reasonable person might consider that its activities are being carried on for the benefit of the community.
- (3) An object stated in the memorandum of a company is a community interest object of the company if a reasonable person might consider that the carrying on of activities by the company in furtherance of the object is for the benefit of the community.
- (4) Regulations may provide that activities of a description prescribed by the regulations are to be treated as being, or as not being, activities which a reasonable person might consider are activities carried on for the benefit of the community.

- (5) "Community" includes a section of the community (whether in Great Britain or anywhere else); and regulations may make provision about what does, does not or may constitute a section of the community.
- (6) A company is an excluded company if it is a company of a description prescribed by regulations.

Becoming a community interest company

36. New companies

- (1) If a company is to be formed as a community interest company, the documents delivered to the registrar of companies under section 10 of the Companies Act 1985 (memorandum, articles and statement of names and particulars of directors and secretary) must be accompanied by the prescribed formation documents.
- (2) "The prescribed formation documents" means such statutory declarations or other declarations or statements as are required by regulations to accompany the documents delivered under that section, in such form as may be approved in accordance with the regulations.
- (3) On receiving the documents delivered under that section and the prescribed formation documents the registrar of companies must (instead of registering the memorandum and articles)—
 - (a) forward a copy of each of the documents to the Regulator, and
 - (b) retain the documents pending the Regulator's decision.
- (4) The Regulator must decide whether the company is eligible to be formed as a community interest company.
- (5) A company is eligible to be formed as a community interest company if—
 - (a) the memorandum and articles comply with the requirements imposed by and by virtue of section 32 and the company's name complies with section 33, and
 - (b) the Regulator, having regard to the documents delivered under section 10 of the Companies Act 1985 (c. 6), the prescribed formation documents and any other relevant considerations, considers that the company will satisfy the community interest test and is not an excluded company.
- (6) The Regulator must give notice of the decision to the registrar of companies (but the registrar is not required to record it).
- (7) If the Regulator gives notice of a decision that the company is eligible to be formed as a community interest company, section 12 of the Companies Act 1985 (registration of memorandum and articles) applies; and if the registrar registers the

memorandum and articles he must also retain and record the prescribed formation documents.

- (8) The certificate of incorporation under section 13 of the Companies Act 1985 (effect of registration) is to contain a statement that the company is a community interest company.
- (9) The fact that the certificate of incorporation contains such a statement is conclusive evidence that the company is a community interest company.
- (10) If the Regulator decides that the company is not eligible to be formed as a community interest company, any subscriber to the memorandum may appeal to the Appeal Officer against the decision.

37. Existing companies: requirements

- (1) If a company is to become a community interest company, the company must—
 - (a) by special resolution alter its memorandum to state that it is to be a community interest company,
 - (b) by special resolutions under the Companies Act 1985 make such alterations of its memorandum and articles as it considers necessary to comply with requirements imposed by and by virtue of section 32 or otherwise appropriate in connection with becoming a community interest company, and
 - (c) by special resolution change its name to comply with section 33.
- (2) Section 380(1) of the Companies Act 1985 (forwarding of copies of special resolutions to registrar of companies) must be complied with in relation to each of the special resolutions at the same time.
- (3) If the special resolutions include one under section 4 or 17 of the Companies Act 1985 (alterations of memorandum)—
 - (a) copies of the special resolutions must not be forwarded to the registrar of companies before the relevant date, and
 - (b) section 380(1) has effect in relation to them as if it referred to 15 days after the relevant date.
- (4) If an application is made under section 5 of the Companies Act 1985 (c. 6) (objection to alteration of memorandum under section 4 or 17), the relevant date is—
 - (a) the date on which the court determines the application (or, if there is more than one application, the date on which the last to be determined by the court is determined), or
 - (b) such later date as the court may order.
- (5) If there is no application under section 5 of that Act, the relevant date is the end of the period for making such an application.
- (6) The copies of the special resolutions forwarded to the registrar of companies must be accompanied by—

- (a) a copy of the memorandum and articles of the company as altered by the special resolutions, and
- (b) the prescribed conversion documents.
- (7) “The prescribed conversion documents” means such statutory declarations or other declarations or statements as are required by regulations to accompany the copies of the special resolutions, in such form as may be approved in accordance with the regulations.

38. Existing companies: decisions etc.

- (1) On receiving under section 37 the copies of the special resolutions, the memorandum and articles as altered by the special resolutions and the prescribed conversion documents, the registrar of companies must (instead of recording the special resolutions and entering a new name on the register)—
 - (a) forward a copy of each of the documents to the Regulator, and
 - (b) retain the documents pending the Regulator’s decision.
- (2) The alterations of the memorandum and articles made by the special resolutions are to take effect only as provided by this section.
- (3) The Regulator must decide whether the company is eligible to become a community interest company.
- (4) A company is eligible to become a community interest company if—
 - (a) the memorandum and articles as altered by the special resolutions comply with the requirements imposed by and by virtue of section 32 and the company’s name as so altered complies with section 33, and
 - (b) the Regulator, having regard to the special resolutions, the memorandum and articles as altered, the prescribed conversion documents and any other relevant considerations, considers that the company will satisfy the community interest test and is not an excluded company.
- (5) The Regulator must give notice of the decision to the registrar of companies (but the registrar is not required to record it).
- (6) If the Regulator gives notice of a decision that the company is eligible to become a community interest company, section 28(6) of the Companies Act 1985 (registration of new name) applies; and if the registrar of companies enters the new name of the company on the register the registrar must also retain and record the special resolutions and the prescribed conversion documents.
- (7) On the special resolutions being recorded, the alterations to the company’s articles and memorandum made by the special resolutions take effect.

- (8) The certificate of incorporation under section 28(6) of the Companies Act 1985 (c. 6) is to contain a statement that the company is a community interest company.
- (9) The fact that the certificate of incorporation contains such a statement is conclusive evidence that the company is a community interest company.
- (10) If the Regulator decides that the company is not eligible to become a community interest company, the company may appeal to the Appeal Officer against the decision.

39. Existing companies: charities

- (1) A charitable company may not by special resolution change its name to comply with section 33 without the prior written consent of the Charity Commissioners.
- (2) If a charitable company contravenes subsection (1), the Charity Commissioners may apply to the High Court for an order quashing any altered certificate of incorporation issued under section 28(6) of the Companies Act 1985.
- (3) If a charitable company becomes a community interest company, that does not affect the application of—
 - (a) any property acquired under any disposition or agreement previously made otherwise than for full consideration in money or money's worth, or any property representing property so acquired,
 - (b) any property representing income which has previously accrued, or
 - (c) the income from any such property.
- (4) "Charitable company" means a company which is a charity, other than one to which section 40 applies.

40. Existing companies: Scottish charities

- (1) A Scottish charitable company may not become a community interest company.
- (2) If a Scottish charitable company purports by special resolution to change its name to comply with section 33, the Commissioners of Inland Revenue may apply to the Court of Session for an order quashing any altered certificate of incorporation issued under section 28(6) of the Companies Act 1985.
- (3) Regulations may repeal subsections (1) and (2); and subsections (4) to (7) have effect on and after the day on which regulations under this subsection come into force.
- (4) A Scottish charitable company may not by special resolution change its name to comply with section 33 without the prior written consent—
 - (a) if the company's registered office is situated in Scotland, of the Scottish Charity Regulator, or

- (b) if the company's registered office is situated in England and Wales (or Wales), of both the Scottish Charity Regulator and the Charity Commissioners.
- (5) If a Scottish charitable company contravenes subsection (4)(a), the Scottish Charity Regulator may apply to the Court of Session for an order quashing any altered certificate of incorporation issued under section 28(6) of the Companies Act 1985 (c. 6).
- (6) If a Scottish charitable company contravenes subsection (4)(b), the Scottish Charity Regulator or the Charity Commissioners may apply to the High Court for such an order.
- (7) If a Scottish charitable company becomes a community interest company, that does not affect the application of—
 - (a) any property acquired under any disposition or agreement previously made otherwise than for full consideration in money or money's worth, or any property representing property so acquired,
 - (b) any property representing income which has previously accrued, or
 - (c) the income from any such property.
- (8) In this section "Scottish charitable company" means a company which—
 - (a) is a Scottish charity, or
 - (b) not being a Scottish charity, is registered in Scotland and established for charitable purposes only.
- (9) Regulations under subsection (3) may define the expression "the Scottish Charity Regulator" for the purposes of this section.

Supervision by Regulator

41. Conditions for exercise of supervisory powers

- (1) In deciding whether and how to exercise the powers conferred by sections 42 to 51 the Regulator must adopt an approach which is based on the principle that those powers should be exercised only to the extent necessary to maintain confidence in community interest companies.
- (2) No power conferred on the Regulator by—
 - (a) section 45 (appointment of director),
 - (b) section 46 (removal of director),
 - (c) section 47 (appointment of manager), or
 - (d) section 48 (property),
 is exercisable in relation to a community interest company unless the company default condition is satisfied in relation to the power and the company.
- (3) The company default condition is satisfied in relation to a power and a company if it appears to the Regulator necessary to exercise the power in relation to the company because—
 - (a) there has been misconduct or mismanagement in the administration of the company,

- (b) there is a need to protect the company's property or to secure the proper application of that property,
 - (c) the company is not satisfying the community interest test, or
 - (d) if the company has community interest objects, the company is not carrying on any activities in pursuit of those objects.
- (4) The power conferred on the Regulator by section 49 (transfer of shares etc.) is not exercisable in relation to a community interest company unless it appears to the Regulator that the company is an excluded company.

42. Investigation

- (1) The Regulator may—
 - (a) investigate the affairs of a community interest company, or
 - (b) appoint any person (other than a member of the Regulator's staff) to investigate the affairs of a community interest company on behalf of the Regulator.
- (2) Subsection (1)(b) is in addition to paragraph 5 of Schedule 3 (powers of Regulator exercisable by authorised members of staff) and does not affect the application of that paragraph to the Regulator's power under subsection (1)(a).
- (3) Schedule 7 (further provision about investigations under this section) has effect.

43. Audit

- (1) The Regulator may by order require a community interest company to allow the annual accounts of the company to be audited by a qualified auditor appointed by the Regulator.
- (2) A person is a qualified auditor if he is eligible for appointment as a company auditor under section 25 of the Companies Act 1989 (c. 40) (eligibility for appointment as auditor).
- (3) Sections 389A and 389B of the Companies Act 1985 (c. 6) (auditor's rights to information) apply in relation to an auditor appointed under this section as in relation to an auditor appointed under Chapter 5 of Part 11 of that Act.
- (4) On completion of the audit the auditor must make a report to the Regulator on such matters and in such form as the Regulator specifies.
- (5) The expenses of the audit, including the remuneration of the auditor, are to be paid by the Regulator.
- (6) An audit under this section is in addition to, and does not affect, any audit required by or by virtue of any other enactment.

44. Civil proceedings

- (1) The Regulator may bring civil proceedings in the name and on behalf of a community interest company.
- (2) Before instituting proceedings under this section the Regulator must give written notice to the company stating—
 - (a) the cause of action,
 - (b) the remedy sought, and
 - (c) a summary of the facts on which the proceedings are to be based.
- (3) Any director of the company may apply to the court for an order—
 - (a) that proposed proceedings are not to be instituted under this section, or
 - (b) that proceedings instituted under this section are to be discontinued.
- (4) On an application under subsection (3) the court may make such order as it thinks fit.
- (5) In particular the court may (as an alternative to ordering that proposed proceedings are not to be instituted under this section or that proceedings instituted under this section are to be discontinued) order—
 - (a) that the proposed proceedings may be instituted under this section, or the proceedings instituted under this section may be continued, on such terms and conditions as the court thinks fit,
 - (b) that any proceedings instituted by the company are to be discontinued, or
 - (c) that any proceedings instituted by the company may be continued on such terms and conditions as the court thinks fit.
- (6) The Regulator must indemnify the company against any costs (or expenses) incurred by it in connection with proceedings brought under this section.
- (7) Any costs (or expenses)—
 - (a) awarded to the company in connection with proceedings brought under this section, or
 - (b) incurred by the company in connection with the proceedings and which it is agreed should be paid by a defendant (or defender), are to be paid to the Regulator.

45. Appointment of director

- (1) The Regulator may by order appoint a director of a community interest company.
- (2) The person appointed may be anyone whom the Regulator thinks appropriate, other than a member of the Regulator's staff.
- (3) A person may be appointed as a director of a company under this section—
 - (a) whether or not the person is a member of the company, and

- (b) irrespective of any provision made by the memorandum or articles of the company or a resolution of the company in general meeting.
 - (4) An order appointing a person to be a director of a company under this section must specify the terms on which the director is to hold office; and those terms have effect as if contained in a contract between the director and the company.
 - (5) The terms specified must include the period for which the director is to hold office, and may include terms as to the remuneration of the director by the company.
 - (6) A director appointed under this section has all the powers of the directors appointed by the company (including powers exercisable only by a particular director or class of directors).
 - (7) A director appointed under this section may not be removed by the company, but may be removed by the Regulator at any time.
 - (8) Where—
 - (a) a person is appointed to be a director of the company under this section, or
 - (b) a person so appointed ceases to be a director of the company,
 the obligation which would otherwise be imposed on the company under section 288(2) of the Companies Act 1985 (c. 6) (requirement that company notify change among directors to registrar) is instead an obligation of the Regulator.
 - (9) But if subsection (10) applies, section 288(2) applies as if the period within which the Regulator must send a notification to the registrar of companies is 14 days from the date on which the Regulator receives notification under that subsection.
 - (10) Where a person appointed to be a director of the company under this section ceases to be a director of the company (otherwise than by removal under subsection (7)), the company must give notification of that fact to the Regulator in a form approved by the Regulator before the end of the period of 14 days beginning with the date on which the person ceases to be a director.
 - (11) If the company fails to comply with subsection (10) it commits an offence.
 - (12) A person guilty of an offence under subsection (11) is liable on summary conviction to a fine not exceeding level 5 on the standard scale.
 - (13) The company may appeal to the Appeal Officer against an order under this section.
- (a) the company may not subsequently appoint him a director of the company, and
 - (b) any assignment to the person of the office of director of the company is of no effect (even if approved by special resolution of the company).
 - (3) The Regulator may by order suspend a director of the company pending a decision whether to remove him.
 - (4) The maximum period for which a director may be suspended under subsection (3) is one year.
 - (5) If the Regulator suspends a director under subsection (3) the Regulator may give directions in relation to the performance of the director's functions.
 - (6) The Regulator may discharge an order made under subsection (1).
 - (7) The discharge of an order made under subsection (1) does not reinstate the person removed by the order as a director of the company, but on the discharge of the order subsection (2) ceases to apply to the person.
 - (8) The Regulator must from time to time review any order made under subsection (3) and, if it is appropriate to do so, discharge the order.
 - (9) Before making an order under subsection (1) or (3) in relation to a director, the Regulator must give at least 14 days' notice to—
 - (a) the director, and
 - (b) the company.
 - (10) Where an order is made in relation to a director under subsection (1) or (3) the director may appeal against the order—
 - (a) in England and Wales, to the High Court, or
 - (b) in Scotland, to the Court of Session.
 - (11) The Regulator must, before the end of the period of 14 days beginning with the date on which—
 - (a) an order under subsection (1) is made or discharged,
 - (b) an order under subsection (3) is made or discharged or expires, or
 - (c) an order under subsection (1) or (3) is quashed on appeal,
 give notification of that event to the registrar of companies in a form approved by the registrar of companies.
 - (12) Where subsection (11) imposes an obligation to notify the registrar of companies of an event, section 288(2) of the Companies Act 1985 (c. 6) (requirement that company notify change among directors to registrar) does not apply in respect of the event.

46. Removal of director

- (1) The Regulator may by order remove a director of a community interest company.
- (2) If a person has been removed under subsection (1)—

47. Appointment of manager

- (1) The Regulator may by order appoint a manager in respect of the property and affairs of a community interest company.

- (2) The person appointed may be anyone whom the Regulator thinks appropriate, other than a member of the Regulator's staff.
- (3) An order under subsection (1) may make provision as to the functions to be exercised by, and the powers of, the manager.
- (4) The order may in particular provide—
 - (a) for the manager to have such of the functions of the company's directors as are specified in the order, and
 - (b) for the company's directors to be prevented from exercising any of those functions.
- (5) In carrying out his functions the manager acts as the company's agent; and a person dealing with the manager in good faith and for value need not inquire whether the manager is acting within his powers.
- (6) The appointment of the manager does not affect—
 - (a) any right of any person to appoint a receiver or manager of the company's property (including any right under section 51 of the Insolvency Act 1986 (c. 45)), or
 - (b) the rights of a receiver or manager appointed by a person other than the Regulator.
- (7) The manager's functions are to be discharged by him under the supervision of the Regulator; and the Regulator must from time to time review the order by which the manager is appointed and, if it is appropriate to do so, discharge it in whole or in part.
- (8) In particular, the Regulator must discharge the order on the appointment of a person to act as administrative receiver, administrator, provisional liquidator or liquidator of the company.
- (9) The Regulator may apply to the court for directions in relation to any matter arising in connection with the manager's functions or powers.
- (10) On an application under subsection (9) the court may give such directions or make such orders as it thinks fit.
- (11) The costs of any application under subsection (9) are to be paid by the company.
- (12) Regulations may authorise the Regulator—
 - (a) to require a manager to make reports,
 - (b) to require a manager to give security (or, in Scotland, to find caution) for the due exercise of the manager's functions, and
 - (c) to remove a manager in circumstances prescribed by the regulations.
- (13) Regulations may—
 - (a) provide for a manager's remuneration to be payable from the property of the company, and
 - (b) authorise the Regulator to determine the amount of a manager's remuneration and to disallow any

amount of remuneration in circumstances prescribed by the regulations.

- (14) The company may appeal to the Appeal Officer against an order under this section.

48. Property

- (1) The Regulator may by order—
 - (a) vest in the Official Property Holder any property held by or in trust for a community interest company, or
 - (b) require persons in whom such property is vested to transfer it to the Official Property Holder.
- (2) The Regulator—
 - (a) may order a person who holds property on behalf of a community interest company, or on behalf of a trustee of a community interest company, not to part with the property without the Regulator's consent, and
 - (b) may order any debtor of a community interest company not to make any payment in respect of the debtor's liability to the company without the Regulator's consent.
- (3) The Regulator may by order restrict—
 - (a) the transactions which may be entered into by a community interest company, or
 - (b) the nature or amount of the payments that a community interest company may make, and the order may in particular provide that transactions may not be entered into or payments made without the Regulator's consent.
- (4) The vesting or transfer of property under subsection (1) does not constitute a breach of a covenant or condition against alienation, and no right listed in subsection (5) operates or becomes exercisable as a result of the vesting or transfer.
- (5) The rights are—
 - (a) a right of reverter (or, in Scotland, the right of the fiar on the termination of a liferent),
 - (b) a right of pre-emption,
 - (c) a right of forfeiture,
 - (d) a right of re-entry,
 - (e) a right of irritancy,
 - (f) an option, and
 - (g) any right similar to those listed in paragraphs (a) to (f).
- (6) The Regulator must from time to time review any order under this section and, if it is appropriate to do so, discharge the order in whole or in part.
- (7) On discharging an order under subsection (1) the Regulator may make any order as to the vesting or transfer of the property, and give any directions, which he considers appropriate.
- (8) If a person fails to comply with an order under subsection (1)(b), the Regulator may certify that fact in writing to the court.
- (9) If, after hearing—

- (a) any witnesses who may be produced against or on behalf of the alleged offender, and
- (b) any statement which may be offered in defence, the court is satisfied that the offender failed without reasonable excuse to comply with the order, it may deal with him as if he had been guilty of contempt of the court.
- (10) A person who contravenes an order under subsection (2) or (3) commits an offence, but a prosecution may be instituted in England and Wales only with the consent of the Regulator or the Director of Public Prosecutions.
- (11) A person guilty of an offence under subsection (10) is liable on summary conviction to a fine not exceeding level 5 on the standard scale.
- (12) Subsections (8) to (10) do not prevent the bringing of civil proceedings in respect of a contravention of an order under subsection (1)(b), (2) or (3).
- (13) The company and any person to whom the order is directed may appeal to the Appeal Officer against an order under subsection (1) or (2).
- (14) The company may appeal to the Appeal Officer against an order under subsection (3).

49. Transfer of shares etc.

- (1) If a community interest company has a share capital, the Regulator may by order transfer specified shares in the company to specified persons.
- (2) If a community interest company is a company limited by guarantee, the Regulator may by order—
 - (a) extinguish the interests in the company of specified members of the company (otherwise than as shareholders), and
 - (b) appoint a new member in place of each member whose interest has been extinguished.
- (3) An order under subsection (1) may not transfer any shares in respect of which—
 - (a) a dividend may be paid, or
 - (b) a distribution of the company's assets may be made if the company is wound up.
- (4) An order under this section in relation to a company—
 - (a) may only transfer shares to, and appoint as new members, persons who have consented to the transfer or appointment, and
 - (b) may be made irrespective of any provision made by the memorandum or articles of the company or a resolution of the company in general meeting.
- (5) The company and any person from whom shares are transferred by the order may appeal to the Appeal Officer against an order under subsection (1).
- (6) The company and any person whose interest is extinguished by the order may appeal to the Appeal Officer against an order under subsection (2).
- (7) "Specified", in relation to an order, means specified in the order.

50. Petition for winding up

- (1) The Regulator may present a petition for a community interest company to be wound up if the court is of the opinion that it is just and equitable that the company should be wound up.
- (2) Subsection (1) does not apply if the company is already being wound up by the court.
- (3) In section 124 of the Insolvency Act 1986 (c. 45) (application for winding up), after subsection (4) insert—

"(4A) A winding-up petition may be presented by the Regulator of Community Interest Companies in a case falling within section 50 of the Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004."

51. Dissolution and striking off

- (1) If a community interest company has been dissolved, the Regulator may apply under section 651 of the Companies Act 1985 (c. 6) for an order declaring the dissolution to have been void.
- (2) If a community interest company has been struck off the register under section 652 of the Companies Act 1985 (defunct companies), the Regulator may apply under section 653(2) of that Act for an order that the company's name be restored.
- (3) If an application under section 652A of the Companies Act 1985 (application to strike name of private company off register) is made on behalf of a community interest company, section 652B(6) of that Act (persons to be notified of application) is to be treated as also requiring a copy of the application to be given to the Regulator.

Change of status

52. Re-registration

- (1) A community interest company is excluded from re-registering under section 49 of the Companies Act 1985 (c. 6) (re-registration of limited company as unlimited).
- (2) If a community interest company which is not a public company re-registers as a public company under section 43 of the Companies Act 1985, or a community interest company which is a public company re-registers as a private company under section 53 of that Act, the certificate of incorporation issued under section 47(1)(b) or 55(1)(b) of that Act is to contain a statement that the company is a community interest company.
- (3) The fact that the certificate of incorporation contains such a statement is conclusive evidence that the company is a community interest company.

53. Ceasing to be a community interest company

A community interest company may not cease to be a community interest company except by dissolution or as provided—

- (a) by sections 54 and 55 (becoming a charity or a Scottish charity), or
- (b) if regulations are made under section 56 (becoming an industrial and provident society), by the regulations.

54. Becoming a charity or a Scottish charity: requirements

- (1) If a community interest company is to cease being a community interest company and become a charity or a Scottish charity, the company must—
 - (a) by special resolution alter its memorandum so that it does not state that it is to be a community interest company,
 - (b) by special resolutions under the Companies Act 1985 make such alterations of its memorandum and articles as it considers appropriate, and
 - (c) by special resolution change its name so that it does not comply with section 33.
- (2) Section 380(1) of the Companies Act 1985 (forwarding of copies of special resolutions to registrar of companies) must be complied with in relation to each of the special resolutions at the same time.
- (3) If the special resolutions include one under section 4 or 17 of the Companies Act 1985 (alterations of memorandum)—
 - (a) copies of the special resolutions must not be forwarded to the registrar of companies before the relevant date, and
 - (b) section 380(1) has effect in relation to them as if it referred to 15 days after the relevant date.
- (4) If an application is made under section 5 of the Companies Act 1985 (objection to alteration of memorandum under section 4 or 17), the relevant date is—
 - (a) the date on which the court determines the application (or, if there is more than one application, the date on which the last to be determined by the court is determined), or
 - (b) such later date as the court may order.
- (5) If there is no application under section 5 of that Act, the relevant date is the end of the period for making such an application.
- (6) The copies of the special resolutions forwarded to the registrar of companies must be accompanied by—
 - (a) a copy of the memorandum and articles of the company as altered by the special resolutions, and
 - (b) a statement under subsection (7) or, if the company's registered office is situated in Scotland and the company is to become a Scottish charity, a statement under subsection (8).

- (7) A statement under this subsection is a statement by the Charity Commissioners that in their opinion, if the special resolutions take effect and the company ceases to be a community interest company the company will be a charity and will not be an exempt charity.
- (8) A statement under this subsection is a statement by the Commissioners of Inland Revenue that—
 - (a) the company has claimed exemption under section 505(1) of the Income and Corporation Taxes Act 1988 (c. 1), and
 - (b) if the special resolutions take effect and the company ceases to be a community interest company the company will be given such intimation as is mentioned in section 1(7) of the Law Reform (Miscellaneous Provisions) (Scotland) Act 1990 (c. 40).
- (9) "Exempt charity" has the same meaning as in the Charities Act 1993 (c. 10) (see section 96 of that Act).

55. Becoming a charity or a Scottish charity: decisions etc.

- (1) On receiving under section 54 the copies of the special resolutions, the memorandum and articles as altered by the special resolutions and the statement, the registrar must (instead of recording the special resolutions and entering a new name on the register)—
 - (a) forward a copy of each of the documents to the Regulator, and
 - (b) retain them pending the Regulator's decision.
- (2) The alterations of the memorandum and articles made by the special resolutions are to take effect only as provided by this section.
- (3) The Regulator must decide whether the company is eligible to cease being a community interest company.
- (4) The company is eligible to cease being a community interest company if it has complied with section 54 and none of the following applies—
 - (a) the Regulator has under section 43 appointed an auditor to audit the company's annual accounts and the audit has not been completed,
 - (b) civil proceedings instituted by the Regulator in the name of the company under section 44 have not been determined or discontinued,
 - (c) a director of the company holds office by virtue of an order under section 45,
 - (d) a director of the company is suspended under section 46(3),
 - (e) there is a manager in respect of the property and affairs of the company appointed under section 47,
 - (f) the Official Property Holder holds property as trustee for the company,

- (g) an order under section 48(2) or (3) is in force in relation to the company,
- (h) a petition has been presented for the company to be wound up.
- (5) The Regulator must give notice of the decision to the registrar of companies (but the registrar is not required to record it).
- (6) If the Regulator gives notice of a decision that the company is eligible to cease being a community interest company, section 28(6) of the Companies Act 1985 (c. 6) (registration of new name) applies; and if the registrar of companies enters the new name of the company on the register he must also retain and record the special resolutions and the statement.
- (7) On the date on which the certificate of incorporation is issued the alterations to the company's articles and memorandum made by the special resolutions take effect and the company ceases to be a community interest company.
- (8) If the Regulator decides that the company is not eligible to cease being a community interest company, the company may appeal to the Appeal Officer against the decision.

56. Becoming an industrial and provident society

- (1) Unless regulations make provision to the contrary, a community interest company may not convert itself into a registered society under section 53 of the Industrial and Provident Societies Act 1965 (c. 12).
- (2) If regulations make provision allowing the conversion of community interest companies under that section they may include provision modifying that section in its application by virtue of the regulations.

Supplementary

57. Fees

- (1) Regulations may require the payment of such fees in connection with the Regulator's functions as may be specified in the regulations.
- (2) The regulations may provide for fees to be paid to the registrar of companies (rather than to the Regulator).
- (3) The Regulator may charge a fee for any service which is provided otherwise than in pursuance of an obligation imposed by law, other than the provision of guidance which the Regulator considers to be of general interest.
- (4) Fees paid by virtue of this section are to be paid into the Consolidated Fund.

58. Extension of provisions about registrar etc.

Regulations may make amendments or modifications of any provision contained in—

- (a) Part 24 of the Companies Act 1985 (registrar), or
 - (b) Part 25 of that Act (miscellaneous and supplementary),
- in consequence of any provision contained in, or made under, this Part (in particular, so as to provide that references to the Companies Acts are to include provisions contained in, or made under, this Part).

59. Information

- (1) Regulations may require the registrar of companies—
 - (a) to notify the Regulator of matters specified in the regulations, and
 - (b) to provide the Regulator with copies of documents specified in the regulations.
- (2) After section 71 of the Bankruptcy (Scotland) Act 1985 (c. 66) insert—

“71A Further duty of Accountant in Bankruptcy
The Accountant in Bankruptcy shall, on receiving any notice under section 109(1) of the Insolvency Act 1986 in relation to a community interest company, forward a copy of that notice to the Regulator of Community Interest Companies.”
- (3) In section 31(2) of the Data Protection Act 1998 (c. 29) (restricted access to data processed for specified purposes)—
 - (a) in paragraphs (b), (c) and (d), after “charities” insert “ or community interest companies ”, and
 - (b) in paragraph (b), after “trustees” insert “ , directors ”.
- (4) A public authority may disclose to the Regulator, for any purpose connected with the exercise of the Regulator's functions, information received by the authority in connection with its functions.
- (5) The Regulator may disclose to a public authority any information received by the Regulator in connection with the functions of the Regulator—
 - (a) for a purpose connected with the exercise of those functions, or
 - (b) for a purpose connected with the exercise by the authority of its functions.
- (6) In deciding whether to disclose information to a public authority in a country or territory outside the United Kingdom the Regulator must have regard to the considerations listed in section 243(6) of the Enterprise Act 2002 (c. 40) (overseas disclosures), but as if the reference to information of a kind to which section 237 of that Act applies were to information of the kind the Regulator is considering disclosing.
- (7) The powers to disclose information in subsections (4) and (5) are subject to—

- (a) any restriction on disclosure imposed by or by virtue of an enactment, and
- (b) any express restriction on disclosure subject to which information was supplied.
- (8) Information may be disclosed under subsection (4) or (5) subject to a restriction on its further disclosure.
- (9) A person who discloses information in contravention of a restriction imposed under subsection (8) is guilty of an offence, but a prosecution may be instituted in England or Wales only with the consent of the Regulator or the Director of Public Prosecutions.
- (10) A person guilty of an offence under subsection (9) is liable on summary conviction to a fine not exceeding level 3 on the standard scale.
- (11) “Public authority” means a person or body having functions of a public nature.

60. Offences

- (1) If an offence under this Part committed by a body corporate is proved—
 - (a) to have been committed with the consent or connivance of an officer, or
 - (b) to be attributable to any neglect on the part of an officer,
 the officer as well as the body corporate is guilty of the offence and liable to be proceeded against and punished accordingly.
- (2) “Officer” means a director, manager, secretary or other similar officer of the body corporate, or a person purporting to act in any such capacity.
- (3) “Director”—
 - (a) includes a shadow director, and
 - (b) if the affairs of a body corporate are managed by its members, means a member of the body.

61. Orders made by Regulator

- (1) An order made by the Regulator under this Part must be given to the community interest company in relation to which it is made and—
 - (a) if the order is under section 46(1) or (3), to the director removed or suspended,
 - (b) if the order is under section 48(1)(b) or (2), to the person to whom the order is directed,
 - (c) if the order is under section 49(1), to the persons from and to whom shares are transferred,
 - (d) if the order is under section 49(2), to the person whose interest is extinguished and any person appointed in his place.
- (2) Orders made by the Regulator under or by virtue of this Part may contain any incidental or supplementary provisions the Regulator considers expedient.

- (3) When discharging an order made under or by virtue of this Part, the Regulator may make savings and transitional provisions.
- (4) A document certified by the Regulator to be a true copy of an order made by the Regulator is evidence of the order without further proof; and a document purporting to be so certified shall, unless the contrary is proved, be taken to be so certified.
- (5) Where the Regulator makes an order or decision against which an appeal lies under or by virtue of this Part, the Regulator must give reasons for the order or decision to the persons entitled to appeal against it.

62. Regulations

- (1) Any power to make regulations under this Part is exercisable by the Secretary of State by statutory instrument.
- (2) Regulations under this Part may make different provision for different cases.
- (3) Regulations under this Part may confer or impose functions on the Regulator or any other person specified in the regulations (and, unless made under paragraph 4 of Schedule 4, may provide for appeals to the Appeal Officer from a person on whom functions are conferred by the regulations).
- (4) No regulations to which this subsection applies are to be made unless a draft of the statutory instrument containing the regulations (whether or not together with other provisions) has been laid before, and approved by a resolution of, each House of Parliament.
- (5) Subsection (4) applies to regulations under—
 - (a) section 30,
 - (b) section 31,
 - (c) section 32,
 - (d) section 34,
 - (e) section 35,
 - (f) section 36,
 - (g) section 37,
 - (h) section 47, and
 - (i) section 56.
- (6) A statutory instrument containing regulations under this Part is (unless a draft of it has been approved by each House of Parliament under subsection (4)) subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament.

63. Interpretation

- (1) In this Part—
 - “administrative receiver” has the meaning given by section 251 of the Insolvency Act 1986 (c. 45),
 - “the Appeal Officer” has the meaning given by section 28(1),

“charity” (except in the phrase “Scottish charity”) has the same meaning as in the Charities Act 1993 (c. 10) (see section 96 of that Act), “community interest object” is to be construed in accordance with section 35(3), “the community interest test” is to be construed in accordance with section 35(2), “enactment” includes an Act of the Scottish Parliament, “excluded company” is to be construed in accordance with section 35(6), “the Official Property Holder” has the meaning given by section 29(1), “the Regulator” has the meaning given by section 27(1), and “Scottish charity” has the meaning given by section 1(7) of the Law Reform (Miscellaneous Provisions) (Scotland) Act 1990 (c. 40).

- (2) Any expression used in this Part and in the Companies Act 1985 (c. 6) has the same meaning in this Part as in that Act.

Bijlage XI.

Modelwet Benefit Corporation

Version of 7-30-12

MODEL BENEFIT CORPORATION LEGISLATION

[Chapter] __

Benefit Corporations

[Subchapter]

1. Preliminary Provisions
2. Corporate Purposes
3. Accountability
4. Transparency

[Subchapter] 1

Preliminary Provisions

Section

101. Application and effect of [chapter].
102. Definitions.
103. Incorporation of benefit corporation.
104. Election of benefit corporation status.
105. Termination of benefit corporation status.

§ 101. Application and effect of [chapter].

- (a) **General rule.** – This [chapter] shall be applicable to all benefit corporations.
- (b) **Application of business corporation law generally.** – The existence of a provision of this [chapter] shall not of itself create an implication that a contrary or different rule of law is applicable to a business corporation that is not a benefit corporation. This [chapter] shall not affect a statute or rule of law that is applicable to a business corporation that is not a benefit corporation.
- (c) **Laws applicable.** – Except as otherwise provided in this [chapter], [the enacting state’s business corporation law] shall be generally applicable to all benefit corporations. The specific provisions of this [chapter] shall control over the general provisions of [cite the business corporation law]. A benefit corporation may be subject simultaneously to this [chapter] and one or more other [cite any statutes that provide for the incorporation of a specific type of business corporation, such as a professional corporation].
- (d) **Organic records.** – A provision of the articles of incorporation 39 or bylaws of a benefit corporation may not limit, be inconsistent with, or supersede a provision of this [chapter].

§ 102. Definitions.

The following words and phrases when used in this [chapter] shall have the meanings given to them in this section unless the context clearly indicates otherwise:

“Benefit corporation.” A business corporation:

- (1) which has elected to become subject to this [chapter]; and
- (2) the status of which as a benefit corporation has not been terminated.

“Benefit director.” [Either:]

- [(1)] the director designated as the benefit director of a benefit corporation under section 302[; or
- (2) a person with one or more of the powers, duties or rights of a benefit director to the extent provided in the bylaws under section 302(f)].

“Benefit enforcement proceeding.” Any claim or action for:

- (1) failure of a benefit corporation to pursue or create general public benefit or a specific public benefit purpose set forth in its articles; or
- (2) violation of any obligation, duty, or standard of conduct under this [chapter].

“Benefit officer.” The individual designated as the benefit officer of a benefit corporation under section 304.

“General public benefit.” A material positive impact on society and the environment, taken as a whole, assessed against a third-party standard, from the business and operations of a benefit corporation.

“Independent.” Having no material relationship with a benefit corporation or a subsidiary of the benefit corporation. Serving as benefit director or benefit officer does not make an individual not independent. A material relationship between an individual and a benefit corporation or any of its subsidiaries will be conclusively presumed to exist if any of the following apply:

- (1) The individual is, or has been within the last three years, an employee other than a benefit officer of the benefit corporation or a subsidiary.
- (2) An immediate family member of the individual is, or has been within the last 108 three years, an executive officer other than a benefit officer of the benefit corporation or a subsidiary.
- (3) There is beneficial or record ownership of 5% or more of the outstanding shares of the benefit corporation, calculated as if all outstanding rights to

acquire equity interests in the benefit corporation had been exercised, by:

- (i) the individual; or
- (ii) an entity:
 - (A) of which the individual is a director, an officer, or a manager; or
 - (B) in which the individual owns beneficially or of record 5% or more of the outstanding equity interests, calculated as if all outstanding rights to acquire equity interests in the entity had been exercised.

“Minimum status vote.”

- (1) In the case of a business corporation, in addition to any other required approval or vote, the satisfaction of the following conditions:
 - (i) The shareholders of every class or series shall be entitled to vote as a [separate voting group] [class] on the corporate action regardless of a limitation stated in the 132 articles of incorporation or bylaws on the voting rights of any class or series.
 - (ii) The corporate action must be approved by vote of the shareholders of each class or series entitled to cast at least two-thirds of the votes that all shareholders of the class or series are entitled to cast on the action.
- [(2) In the case of a domestic entity other than a business corporation, in addition to any other required approval, vote, or consent, the satisfaction 139 of the following conditions:
 - (i) The holders of every class or series of equity interest in the entity that are entitled to receive a distribution of any kind from the entity shall be entitled to vote on or consent to the action regardless of any otherwise applicable limitation on the voting or consent rights of any class or series.
 - (ii) The action must be approved by vote or consent of the holders described in subparagraph (i) entitled to cast at least two-thirds of the votes or consents that all of those holders are entitled to cast on the action.]

“Publicly traded corporation.” A business corporation that has shares listed on a national securities exchange or traded in a market maintained by one or more members of a national securities association.

“Specific public benefit.” Includes:

- (1) providing low-income or underserved individuals or communities with beneficial products or services;
- (2) promoting economic opportunity for individuals or communities beyond the creation of jobs in the normal course of business;
- (3) protecting or restoring the environment;
- (4) improving human health;

- (5) promoting the arts, sciences, or advancement of knowledge;
- (6) increasing the flow of capital to entities with a purpose to benefit society or the environment; and
- (7) conferring any other particular benefit on society or the environment.

“Subsidiary.” In relation to a person, an entity in which the person owns beneficially or of record 50% or more of the outstanding equity interests.

“Third-party standard.” A recognized standard for defining, reporting, and assessing corporate social and environmental performance that is:

- (1) Comprehensive because it assesses the effect of the business and its operations upon the interests listed in section 301(a)(1)(ii), (iii), (iv) and (v).
- (2) Developed by an entity that is not controlled by the benefit corporation.
- (3) Credible because it is developed by an entity that both:
 - (i) has access to necessary expertise to assess overall corporate social and environmental performance; and
 - (ii) uses a balanced multistakeholder approach to develop the standard including a reasonable public comment period.
- (4) Transparent because the following information is publicly available:
 - (i) About the standard:
 - (A) The criteria considered when measuring the overall social and environmental performance of a business.
 - (B) The relative weightings, if any, of those criteria.
 - (ii) About the development and revision of the standard:
 - (A) The identity of the directors, officers, material owners, and the governing body of the entity that developed and controls revisions to the standard.
 - (B) The process by which revisions to the standard and changes to the membership of the governing body are made.
 - (C) An accounting of the revenue and sources of financial support for the entity, with sufficient detail to disclose any relationships that could reasonably be considered to present a potential conflict of interest.

§ 103. Incorporation of benefit corporation.

A benefit corporation shall be incorporated in accordance with [cite incorporation provisions of the business corporation law], but its articles of incorporation must also state that it is a benefit corporation.

§ 104. Election of benefit corporation status.

(a) Amendment. – An existing business corporation may become a benefit corporation under this [chapter] by amending its articles of incorporation so that they contain, in addition to the requirements of [cite section of the business corporation law on the required contents of articles of incorporation], a statement that the corporation is a benefit corporation. In order to be effective, the amendment must be adopted by at least the minimum status vote.

(b) Fundamental transactions. –

- (1) This subsection applies if both of the following subparagraphs apply:
 - (i) An entity that is not a benefit corporation is:
 - (A) a party to a merger[, consolidation, or conversion]; or
 - (B) the exchanging entity in a share exchange].
 - (ii) The surviving[, new, or resulting] entity in the merger, [consolidation, conversion, or share exchange] is to be a benefit corporation.
- (2) In order to be effective, a plan of merger[, consolidation, conversion, or share exchange] subject to this subsection must be adopted by at least the minimum status vote.

§ 105. Termination of benefit corporation status.

(a) Amendment. – A benefit corporation may terminate its status as such and cease to be subject to this [chapter] by amending its articles of incorporation to delete the provision required by section 103 or 104 to be stated in the articles of a benefit corporation. In order to be effective, the amendment must be adopted by at least the minimum status vote.

(b) Fundamental transactions. – If a plan of merger[, consolidation, conversion, or share exchange] would have the effect of terminating the status of a business corporation as a benefit corporation, the plan must be adopted by at least the minimum status vote in order to be effective.

Any sale, lease, exchange, or other disposition of all or substantially all of the assets of a benefit corporation, unless the transaction is in the usual and regular course of business, shall not be effective unless the transaction is approved by at least the minimum status vote.

**Subchapter 2
Corporate Purposes**

Section
201. Corporate purposes

§ 201. Corporate purposes.

(a) General public benefit purpose. – A benefit corporation shall have a purpose of creating general public benefit. This purpose is in addition to its

purpose under [cite section of the business corporation law on the purpose of business corporations].

- (b) **Optional specific public benefit purpose.** – The articles of incorporation of a benefit corporation may identify one or more specific public benefits that it is the purpose of the benefit corporation to create in addition to its purposes under [cite section of the business corporation law on the purpose of business corporations] and subsection (a). The identification of a specific public benefit under this subsection does not limit the obligation of a benefit corporation under subsection (a).
- (c) **Effect of purposes.** – The creation of general public benefit and specific public benefit under subsections (a) and (b) is in the best interests of the benefit corporation.
- (d) **Amendment.** – A benefit corporation may amend its articles of incorporation to add, amend, or delete the identification of a specific public benefit that it is the purpose of the benefit corporation to create. In order to be effective, the amendment must be adopted by at least the minimum status vote.
- (e) **Professional corporations.** – A professional corporation that is a benefit corporation does not violate [cite section of professional corporation law, if any, that restricts the business in which a professional corporation may engage] by having the purpose to create general public benefit or a specific public benefit.

Subchapter 3 Accountability

- 301. Standard of conduct for directors.
- 302. Benefit director.
- 303. Standard of conduct for officers.
- 304. Benefit officer.
- 305. Right of action.

§ 301. Standard of conduct for directors.

- (a) **Consideration of interests.** – In discharging the duties of their respective positions and in considering the best interests of the benefit corporation, the board of directors, committees of the board, and individual directors of a benefit corporation:
 - (1) shall consider the effects of any action or inaction upon:
 - (i) the shareholders of the benefit corporation;
 - (ii) the employees and work force of the benefit corporation, its subsidiaries, and its suppliers;
 - (iii) the interests of customers as beneficiaries of the general public benefit or specific public benefit purposes of the benefit corporation;
 - (iv) community and societal factors, including those of each community in which offices or facilities

of the benefit corporation, its subsidiaries, or its suppliers are located;

- (v) the local and global environment;
 - (vi) the short-term and long-term interests of the benefit corporation, including benefits that may accrue to the benefit corporation from its long-term plans and the possibility that these interests may be best served by the continued independence of the benefit corporation; and
 - (vii) the ability of the benefit corporation to accomplish its general public benefit purpose and any specific public benefit purpose; and
- (2) may consider:
- [(i) the interests referred to in [cite constituencies provision of the business corporation law if it refers to constituencies not listed above]; and
 - (ii) other pertinent factors or the interests of any other group that they deem appropriate; but
 - (3) need not give priority to the interests of a particular person or group referred to in paragraph (1) or (2) over the interests of any other person or group unless the benefit corporation has stated in its articles of incorporation its intention to give priority to certain interests related to its accomplishment of its general public benefit purpose or of a specific public benefit purpose identified in its articles.

- (b) **Coordination with other provisions of law.** –

The consideration of interests and factors in the manner required by subsection (a)[:

- (1) does not constitute a violation of [cite provision of the business corporation law on the duties of directors generally] [; and
- (2) is in addition to the ability of directors to consider interests and factors as provided in [cite constituencies provision of the business corporation law]].

- (c) **Exoneration from personal liability.** – Except as provided in the [articles of incorporation] [bylaws], a director is not personally liable for monetary damages for:

- (1) any action or inaction in the course of performing the duties of a director under subsection (a) if the director performed the duties of office in compliance with [cite provision of the business corporation law on the duties of directors generally]; or
- (2) failure of the benefit corporation to pursue or create general public benefit or specific public benefit.

- (d) **Limitation on standing.** – A director does not have a duty to a person that is a beneficiary of the general public benefit purpose or a specific public benefit purpose of a benefit corporation arising from the status of the person as a beneficiary.

- (e) **Business judgments.** – A director who makes a business judgment in good faith fulfills the duty under this section if the director:
- (1) is not interested in the subject of 539 the business judgment;
 - (2) is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and
 - (3) rationally believes that the business judgment is in the best interests of the benefit corporation.

§ 302. Benefit director.

- (a) **General rule.** – The board of directors of a benefit corporation that is a publicly traded corporation shall, and the board of any other benefit corporation may, include 589 a director, who:
- (1) shall be designated the benefit director; and
 - (2) shall have, in addition to the powers, duties, rights, and immunities of the other directors of the benefit corporation, the powers, duties, rights, and immunities provided in this [subchapter].
- (b) **Election, removal, and qualifications.** – The benefit director shall be elected, and may be removed, in the manner provided by [cite provisions of the business corporation law on the election and removal of directors generally]. [Except as provided in subsection (g),] the benefit director shall be an individual who is independent. The benefit director may serve as the benefit officer at the same time as serving as the benefit director. The articles of incorporation or bylaws of a benefit corporation may prescribe additional qualifications of the benefit director not inconsistent with this subsection.
- (c) **Annual compliance statement.** – The benefit director shall prepare, and the benefit corporation shall include in the annual benefit report to shareholders required by section 401, the opinion of the benefit director on all of the following:
- (1) Whether the benefit corporation acted in accordance with its general public benefit purpose and any specific public benefit purpose in all material respects during the period covered by the report.
 - (2) Whether the directors and officers complied with sections 301(a) and 303(a), respectively.
 - (3) If, in the opinion of the benefit director, the benefit corporation or its directors or officers failed to comply with paragraph (2), a description of the ways in which the benefit corporation or its directors or officers failed to comply.
- (d) **Status of actions.** – The act or inaction of an individual in the capacity of a benefit director shall constitute for all purposes an act or inaction of

that individual in the capacity of a director of the benefit corporation.

- (e) **Exoneration from personal liability.** – Regardless of whether the articles of incorporation or bylaws of a benefit corporation include a provision eliminating or limiting the personal liability of directors authorized by [cite section of the business corporation law permitting exoneration of directors], a benefit director shall not be personally liable for an act or omission in the capacity of a benefit director unless the act or omission constitutes self-dealing, willful misconduct, or a knowing violation of law.
- [(f) **Alternative governance arrangements.** –
- (1) The articles of incorporation or bylaws of a benefit corporation must provide that the persons or shareholders who perform the duties of the board of directors include a person with the powers, duties, rights and immunities of a benefit director if either of the following applies:
 - (i) The articles of incorporation or bylaws of the benefit corporation provide that the powers and duties conferred or imposed upon the board of directors 639 shall be exercised or performed by a person other than the directors under [cite section, if any, of the business corporation law permitting alternative governance arrangements].
 - (ii) The articles of incorporation or bylaws of a statutory close corporation that is a benefit corporation provide that the business and affairs of the corporation shall be managed by or under the direction of the shareholders.
 - (2) A person that exercises one or more of the powers, duties or rights of a benefit director under this subsection:
 - (i) does not need to be independent of the benefit corporation;
 - (ii) shall have the immunities of a benefit director;
 - (iii) may share the powers, duties, and rights of a benefit director with one or more other persons; and
 - (iv) shall not be subject to the procedures for election or removal of directors in [cite applicable provisions of the business corporation law] unless:
 - (A) the person is also a director of the benefit corporation; or
 - (B) the articles or bylaws make those procedures applicable.]
- [(g) **Professional Corporations.** – The benefit director of a professional corporation does not need to be independent.]
- § 303. Standard of conduct for officers.**
- (a) **General rule.** – Each officer of a benefit corporation shall consider the interests and factors described in section 301(a) in the manner provided in that subsection if:
- (1) the officer has discretion to act with respect to a matter; and
 - (2) it reasonably appears to the officer that the matter may have a material effect on the creation by the

benefit corporation of general public benefit or a specific public benefit identified in the articles of incorporation of the benefit corporation.

- (b) **Coordination with other provisions of law.** – The consideration of interests and factors in the manner described in subsection (a) shall not constitute a violation of [cite provision of the business corporation law on the duties of officers].
- (c) **Exoneration from personal liability.** – Except as provided in the [articles of incorporation] [bylaws], a officer is not personally liable for monetary damages for:
- (1) an action or inaction as an officer in the course of performing the duties of an officer under subsection (a) if the officer performed the duties of the position in compliance with [cite provision of the business corporation law on the duties of officers] and this section; or
 - (2) failure of the benefit corporation to pursue or create general public benefit or specific public benefit.
- (d) **Limitation on standing.** – An officer does not have a duty to a person that is a beneficiary of the general public benefit purpose or a specific public benefit purpose of a benefit corporation arising from the status of the person as a beneficiary.
- (e) **Business judgments.** – An officer who makes a business judgment in good faith fulfills the duty under this section if the officer:
- (1) is not interested in the subject of the business judgment;
 - (2) is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and
 - (3) rationally believes that the business judgment is in the best interests of the benefit corporation.

§ 304. Benefit officer.

- (a) **Designation.** – A benefit corporation may have an officer designated the benefit officer.
- (b) **Functions.** – A benefit officer shall have:
- (1) the powers and duties relating to the purpose of the corporation to create general public benefit or specific public benefit provided:
 - (i) by the bylaws; or
 - (ii) absent controlling provisions in the bylaws, by resolutions or orders of the board of directors.
 - (2) the duty to prepare the benefit report required by section 401.

§ 305. Right of action.

(a) Limitations. –

- (1) Except in a benefit enforcement proceeding, no person may bring an action or assert a claim against a benefit corporation or its directors or officers with respect to:
 - (i) failure to pursue or create general public benefit or a specific public benefit set forth in its articles of incorporation; or
 - (ii) violation of an obligation, duty, or standard of conduct under this [chapter].
- (2) A benefit corporation shall not be liable for monetary damages under this [chapter] for any failure of the benefit corporation to pursue or create general public benefit or a specific public benefit.

(b) Standing. – A benefit enforcement proceeding may be commenced or maintained only:

- (1) directly by the benefit corporation; or
- (2) derivatively [in accordance with [cite sections of business corporation law on derivative suits]] by:
 - (i) a person or group of persons that owns beneficially or of record at least 2% of the total number of shares of all classes and series outstanding on the date the benefit enforcement proceeding is commenced;
 - (ii) a director;
 - (iii) a person or group of persons that owns beneficially or of record 5% or more of the outstanding equity interests in an entity of which the benefit 839 corporation is a subsidiary; or
 - (iv) other persons as specified in the articles of incorporation or bylaws of the benefit corporation.

- (c) **Beneficial ownership.** – For purposes of this section, a person is the beneficial owner of shares or equity interests if the shares or equity interests are held in a voting trust or by a nominee on behalf of the beneficial owner.

Subchapter 4 Transparency

Section

401. Preparation of annual benefit report.
402. Availability of annual benefit report.

§ 401. Preparation of annual benefit report.

- (a) **Contents.** – A benefit corporation shall prepare an annual benefit report including all of the following:
- (1) A narrative description of:
 - (i) The ways in which the benefit corporation pursued general public benefit during the year and the extent to which general public benefit was created.
 - (ii) Both:

- (A) the ways in which the benefit corporation pursued a specific public benefit that the articles of incorporation state it is the purpose of the benefit corporation to create; and
- (B) the extent to which that specific public benefit was created.
- (iii) Any circumstances that have hindered the creation by the benefit corporation of general public benefit or specific public benefit.
- (iv) The process and rationale for selecting or changing the third-party standard used to prepare the benefit report.
- (2) An assessment of the overall social and environmental performance of the benefit corporation against a third-party standard:
 - (i) applied consistently with any application of that standard in prior benefit reports; or
 - (ii) accompanied by an explanation of the reasons for:
 - (A) any inconsistent application; or
 - (B) the change to that standard from the one used in the immediately prior report.
- (3) The name of the benefit director and the benefit officer, if any, and the address to which correspondence to each of them may be directed.
- (4) The compensation paid by the benefit corporation during the year to each director in the capacity of a director.
- (5) The name of each person that owns 5% or more of the outstanding shares of the benefit corporation either:
 - (i) beneficially, to the extent known to the benefit corporation without investigation; or
 - (ii) of record.
- (6) The statement of the benefit director described in section 302(c).
- (7) A statement of any connection between the organization that established the third-party standard, or its directors, officers or any holder of 5 percent or more of the governance interests in the organization, and the benefit corporation or its directors, officers or any holder of 5 percent or more of the outstanding shares of the benefit corporation, including any financial or governance relationship which might materially affect the credibility of the use of the third-party standard.
- [(8) If the benefit corporation has dispensed with, or restricted 939 the discretion or powers of, the board of directors, a description of:
 - (i) the persons that exercise the powers, duties, and rights and who have the immunities of the board of directors; and
 - (ii) the benefit director, as required by section 302(f).]

(b) Change of benefit director. – If, during the year covered by a benefit report, a benefit director resigned from or refused to stand for reelection to the position of benefit director, or was removed

from the position of benefit director, and the benefit director furnished the benefit corporation with any written correspondence concerning the circumstances surrounding the resignation, refusal, or removal, the benefit report shall include that correspondence as an exhibit.

- (c) **Audit not required.** – Neither the benefit report nor the assessment of the performance of the benefit corporation in the benefit report required by subsection (a)(2) needs to be audited or certified by a third party standards provider.

§ 402. Availability of annual benefit report.

- (a) **Timing of report.** – A benefit corporation shall send its annual benefit report to each shareholder:
 - (1) within 120 days following the end of the fiscal year of the benefit corporation; or
 - (2) at the same time that the benefit corporation delivers any 989 other annual report to its shareholders.
- (b) **Internet website posting.** – A benefit corporation shall post all of its benefit reports on the public portion of its Internet website, if any; but the compensation paid to directors and 994 financial or proprietary information included in the benefit reports may be omitted from the benefit reports as posted.
- (c) **Availability of copies.** – If a benefit corporation does not have an Internet website, the benefit corporation shall provide a copy of its most recent benefit report, without charge, to any person that requests a copy, but the compensation paid to directors and financial or proprietary information included in the benefit report may be omitted from the copy of the benefit report provided.
- (d) **Filing of report.** –
 - (1) Concurrently with the delivery of the benefit report to shareholders under subsection (c), the benefit corporation shall deliver a copy of the benefit report to the [Secretary of State] for filing, but the compensation paid to directors and financial or proprietary information included in the benefit report may be omitted from the benefit report as delivered to the [Secretary of State].
 - (2) The [Secretary of State] shall charge a fee of \$__ for filing a benefit report.

Literatuurlijst

A

van Aartsen

C. van Aartsen (april 2007), *Dealen met de NMa, Lessen in fuseren, Zorgvisie 4*

ACT

Ambtelijke Commissie Toezicht (2000), *Vertrouwen in onafhankelijkheid, Den Haag*

Aedesnet

Aedesnet nieuws (2007/02), *Maatschappelijke onderneming in BW is ultieme erkenning*

Algemene Rekenkamer (2004)

Verbreding van de publieke verantwoording. Ontwikkelingen in maatschappelijke verslaggeving, kwaliteitszorg en governance

Algemene Rekenkamer (2008)

Goed bestuur in uitvoering, *De praktijk van onderwijsinstellingen, woningcorporaties, zorgorganisaties en samenwerkingsverbanden, op 30 september 2008 aangeboden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal*

Asser-Maeijer

J.M.M. Maeijer (1997), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, Deel II. De rechtspersoon, Deventer: Tjeenk Willink*

Asser-Maeijer-van Solinge-Nieuwe Weme

G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (2009), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, Deel II. De naamloze en besloten vennootschap, Deventer: Kluwer*

Asser-Rensen

G.J.C. Rensen (2012), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Vertegenwoordiging en rechtspersoon,*

Deel III. Overige rechtspersonen, Deventer: Kluwer

B

Balkenende (1992)

J.P. Balkenende, diss. (1992), *Overheidsregelgeving en maatschappelijke organisaties, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink*

Balkenende (1995)

J.P. Balkenende, *Verantwoordelijkheid en recht. Een beschouwing over pluriformiteit, maatschappelijke verantwoordelijkheid en verdeling van taken en bevoegdheden. W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle*

Balkenende (2002)

J.P. Balkenende (2002), *Anders en beter, Soesterberg: Uitgeverij Aspect*

Balkenende/Dolsma

J.P. Balkenende, G. Dolsma (2000). *De maatschappelijke onderneming in de gezondheidszorg, in: Christen Democratische Verkenningen, 2000/7-9*

Bartman/Dorresteijn

S.M. Bartman, A., F.M. Dorresteijn (2003), *Van het concern, vijfde druk, Deventer: Kluwer*

Bier

B. Bier (2007), *De winst van de mogelijkheid tot het doen van uitkeringen in een maatschappelijke onderneming, in Ondernemingsrecht, nummer 2007-16, Deventer: Kluwer*

Bierens c.s. (2011)

B. Bierens, C.M. Grundmann-van de Krol, D.J.R. Lemstra, T.M. Stevens (red.) (2011), *Handboek Beursgang, Deventer: Kluwer*

Bierlaagh

H.M.M. Bierlaagh, *Stichting of vereniging over de grens. De behandeling van stichting en vereniging in het*

internationale belastingrecht, Stichting en Vereniging 1998

Bijlagen kapitaallastenbrief

Transparante en integrale tarieven in de gezondheidszorg”, bijlage bij de brief van 8 maart 2005 van de Minister en de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, bekend als de eerste kapitaallastenbrief, TK 2004/2005, 27659 nummer 52

Van Bijsterveld

S.C. van Bijsterveld (2010), *De relatie overheid-maatschappelijke onderneming (2), in BTMO jaargang 2, nummer 4, Den Haag: Sdu*

Van Bijsterveld (2012)

S.C. van Bijsterveld (2012), *Algemene Vergadering van Maatschappelijke Aandeelhouders biedt perspectief, in BoardRoom ZORG, jaargang 28 nummer 8, blz. 24 e.v., Rotterdam: MYbusinessmedia*

Boekman

S. Boekman (1977), *De handelsnaam, tweede druk, Deventer: Kluwer*

Boot

W.J.J. Boot (2007), *Een Eeuw Eigen, N.V. Texels Eigen Stoomboot Onderneming 1907-2007, Texel: N.V. Texels Eigen Stoomboot Onderneming*

De Bos & Lückeraht

A. de Bos, M. Lückeraht-Rovers (2013), *Nationaal Commissarissen Onderzoek (NCO) 2012, Nyenrode Business Universiteit*

Botter

F. Botter (2010), *Maatschappelijke ondernemingen, naar een andere benadering van maatschappelijk ondernemen (diss.), Delft: Eburon*

Bouma

J.L. Bouma (1998), *Corporate governance in Nederland: bestuur en toezicht, in S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, E. Loesberg (1998), Corporate Go-*

vernance in perspectief, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink

Branchecode HBO

J.R. Glasz e.a. (2005), *De raad van toezicht in het hbo. Transparant, onafhankelijk en deskundig toezicht. Waarin opgenomen: Branchecode Governance, concept 3 november 2005. HBO-raad.*

Branson

D.M. Branson (2001), *The Very Uncertain: Prospects of 'Global' Convergence in Corporate Governance*, in: Th. Clark (2004), *Theories of Corporate Governance*, New York: Routledge

Brouwer

P.W. Brouwer (2003) *Beginselen van legaliteit*, P.E.R.M. Themis 2003, 2

Bryan c.s.

B. Bryan, M. Goodman en J. Schaveling (2006), *Systeemdenken, Ontdekken van onze organisatiepatronen*, Den Haag: Academic Service

Burger/Dekker

A. Burger, P. Dekker (2001), *Noch markt, noch staat*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau

Burgess

The Regulator of Community Interest Companies (Sara Burgess, 2010), *Information Pack Community Interest Companies*, Londen: Department for Business Innovation & Skills

Buijs (2012)

G.J. Buijs (3 februari 2012), *Publieke liefde. Agapè als bron voor maatschappelijke vernieuwing in tijden van crisis* (oratie), Amsterdam: Vrije Universiteit

Buijs/Van der Ploeg

S.G.M. Buijs/T.J. van der Ploeg (2000), *Verenigingen- en stichtingenrecht internationaal: non-profitorganisaties in de Verenigde Staten, een rechtsvergelijkende blik*, Stichting & Vereniging 2000-3

C

Calkoen

W.J.L. Calkoen (1998), *Who holds the reins*, in S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, E. Loesberg (1998), *Corporate Governance in perspectief*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink

Calkoen (2011)

W.J.L. Calkoen (2011), *The One-Tier Board in the Changing and Converging World of Corporate Governance*, diss. Rotterdam 10-10-2011

Camps

Th. Camps (2010), *Ontsporingsmomenten in maatschappelijke ondernemingen*, in BTMO platform bestuur en toezicht maatschappelijke onderneming, jaargang 2, nummer 3, blz. 20 e.v., Den Haag: Sdu uitgevers

Canton c.s.

E. Canton, S. Adamini, M. Canoy, L. Lubberman, G. Molenaar en B. Volkerink (2010), *Governance in semi-publieke instellingen: welke lessen kunnen we leren uit het buitenland?*, Rotterdam: Ecorys Nederland B.V. in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken

Capriccioso c.s.

C. Capriccioso, R. Zwetsch, E. Shaver (2010), *Who is the L3C Entrepreneur*, Longmont, Colorado, USA: interSector Partners, L3C.

CCG

W. van den Goorbergh e.a./Stichting Kunst & Zaken (2006), *Code Cultural Governance*, Amstelveen: Lenthe Publishers

CGC

Nederlandse Corporate Governance Code (2003) ("Code Tabaksblad") Clark c.s. W.H. Clark Jr. en L. Vranka (red.) (2011), *The Need and Rationale for the Benefit Corporation*, gepubliceerd op <http://benefitcorp.net/storage/>

[The_Need_and_Rational_for_Benefit_Corporations__11-16_version.pdf](#)

Clarke

Th. Clarke (ed.) (2004), *Theories of Corporate Governance*, London/New York: Routledge Taylor Francis Group

Coalitieakkoord

Coalitieakkoord tussen de Tweede Kamer fracties van CDA, PvdA en ChristenUnie. (7 februari 2007)

Coates

Astrid Coates (2008), *Juridische aspecten eigen aan ondernemingen in de sociale economie*, Antwerpen/Leuven: Universiteit Antwerpen, Steunpunt Werk en Sociale Economie

Commissie Verdam

Eindrapport d.d. 26 november 1964 van de Commissie ingesteld bij beschikking van de Minister van Justitie van 8 april 1960

Cools

K. Cools (2008), *Ondernemerschap in de zorg*, advies aan de NZa met het oog op een experiment met winst-oogmerk in de ziekenhuiszorg

Cornelis c.s.

L. Cornelis, E. De Keyser, D. D'Hooghe, F. Vandendriessche (2000), *De N.V. van publiek recht*, in: *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen: Maklu

D

Denef/Van der Ploeg

M.E.R. Deneff/T.J. van der Ploeg (2006), *Nieuwe verenigingen- en stichtingenrecht in België, een vergelijking met Nederland en een uitdaging in twee richtingen*, Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2006-1

Beschrijver

D.A.R. Beschrijver (2003), *Enkele fiscaalrechtelijke aspecten van naar Belgisch recht opgerichte verenigingen en stichtingen na de wet van 2 mei 2002*. RW 2002-2003, blz. 1010 e.v.

Dijk/Van der Ploeg (1997)

P.L. Dijk, T.J. van der Ploeg (1997), *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, derde druk, Deventer: Gouda Quint

Dijk/Van der Ploeg (2002)

P.L. Dijk, T.J. van der Ploeg (2002), *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, vierde druk, Deventer: Gouda Quint

Dijk/Van der Ploeg (2013)

P.L. Dijk, T.J. van der Ploeg (2013), *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, zesde druk, Deventer: Gouda Quint

Dijkstra

G.S.A. Dijkstra, *Nieuwe rechtsvorm 'maatschappelijke onderneming' voegt niets toe*, Staatscourant 13 mei 2008, blz. 5.

Doeringer

Matt Doeringer (2010), *Reevaluating the L3C: Mistaken Assumptions and Potential Solutions*, Duke University: Philanthropy, Voluntarism, and Not-for-Profit Management Paper Series.

Dommering

E.J. Dommering (1982), *Algemene belangen in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer

Van Dongen

R.C. van Dongen (1995), *Identificatie in het rechtspersonenrecht*, Kluwer: Deventer

Dumoulin

S.H.M.A. Dumoulin, diss. (1999), *Besluitvorming in rechtspersonen*, Deventer: Kluwer.

Voorontwerp (2008)

Ministerie van Justitie (12 juli 2007), *Proeve van een voorstel van wet tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de introductie van een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming*, kenmerk 6594615/07/06

E

Eijsvogel

P.V. Eijsvogel (2008), *Winstuitkering door zorginstellingen: als het (straks) mag, hoe kan het dan precies*, in *Zorg & Financiering* 7-2008

Ernst & Young

Ernst & Young, *Corporate Governance Zorginstellingen Jaarverslagen 2005 – meting 2006. Kwaliteit jaarverslagen zorginstellingen steeds beter*, Health Sciences

Den Exter en Buijsen

A. den Exter en M. Buijsen (22 september 2007), *Patiënt staat nog niet centraal in zorgbeleid*, Nederlands Dagblad

G

Galle

R.C.J. Galle (2008), *De maatschappelijke onderneming als nieuwe rechtsvorm? In: Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2008-1*, Zutphen: Uitgeverij Paris

GCW

Commissie Governancecode Woningbouw (2006), *Governancecode Woningbouw*, gepubliceerd op www.aedesnet.nl

Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht

van de orde Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (25 oktober 2007), *Advies inzake een proeve van een wetsvoorstel tot wijziging van Boek 2 van het BW in verband met de introductie van een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming*

Geerts

P.G.F.A. Geerts (2004), *Enkele formele aspecten van het enquêterecht*, Deventer: Kluwer

Gerver

P.H.M. Gerver (28 september 2007), *De stichting en de maatschappelijke onderneming, mede in rechtsvergelijkend perspectief*, Afscheidscollege als bijzonder hoogleraar notarieel recht, Universiteit van Amsterdam, 28 september 2007

Van Gestel, Vranken, Gribnau en Tijssen

R.A.J. van Gestel, J.B.M. Vranken, J.L.M. Gribnau en H.E.B. Tijssen, (15 juni 2007), *Rechtswetenschappelijke artikelen. Naar criteria voor methodologische verantwoording*, wetenschap nr. 24

Van Gilse

Y.C.M. van Gilse, LOC (28 september 2007), *brief naar Hirsch Ballin, Rechtsvorm maatschappelijke onderneming*

Van Ginnip

C.E.G. van Ginnip, *Maatschappelijk verantwoord ondernemen*, (15 februari 2007), kenmerk 26.485, Tweede Kamer der Staten-Generaal

Glasz (1992)

J.R. Glasz (1992), *De commissaris, aanbevolen gedragsregels*, Tweede druk, Deventer: Kluwer.

Glasz/Beckman

J.R. Glasz, H. Beckman, J.A.M. Bos (1994), *Bestuur en toezicht*, Deventer: Kluwer.

Glasz (diss.)

J.R. Glasz (1995), *Enige beschouwingen over zinvol commissariaat*, Deventer: Kluwer

Goed bestuur voor Goede Doelen

Commissie Code Goed Bestuur voor Goede Doelen (juni 2005), *Advies voor een code voor de leden van de VFI*

Goodijk

R. Goodijk, *Toezichtdilemma's in complexe maatschappelijke ondernemingen*, in BTMO platform bestuur en toezicht maatschappelijke onderneming, jaargang 2, nummer 3, blz. 29 e.v., Den Haag: Sdu uitgevers

Goodijk (2011)

R. Goodijk (2011), *Toezicht in semi-publieke organisaties, Leren we van de misstanden?*, oratie aan de Universiteit van Tilburg, 11 maart 2011

Goudsmit

C.J. Goudsmit, *Plaatsbepaling van het gezondheidsrecht, Volksgezondheid en recht 1954*, o.a. gepubliceerd in 1966, Vermande

Gribling en Steen

J.W.M. Gribling en S.J. Steen (28 september 2007), *Verenigde bijzondere scholen, VBS reactie op de proeve van een wetsvoorstel over de rechtvorm maatschappelijke onderneming*

Groenboek over diensten van algemeen belang

Groenboek van de Commissie van 21 mei 2003, *diensten van algemeen belang*, SCADPlus

Van de Gronden

J.W. van de Gronden, *EG-recht en het maatschappelijk middenveld*, Kluwer Juridische Uitgevers (eerder

verschenen in SEW, jaargang 2001, afl. 9, pp. 302-313)

De Groot

G.R.J. de Groot (2008), *Winstexperiment en wetgeving, advies aan de NZa met het oog op een experiment met winsttoegmerk in de ziekenhuiszorg*

De Groot (2006)

H. de Groot (2006), *Bestuurdersaansprakelijkheid*, vierde druk, Deventer: Kluwer

H

De Haan c.s.

P. de Haan, Th.G. Drupsteen, R. Fernhout., (2001), *Bestuursrecht in de Sociale Rechtsstaat, Deel I, Ontwikkeling, Organisatie, Instrumentarium*, 5^e druk, Deventer: Kluwer

Harren & Van den Bos

J. Harren, M. vanden Bos (1984), *De RSV Show*, Utrecht: A.W. Bruna & Zoons

HCG (2010)

Zoegbrede Governance Code 2010, gepubliceerd door de Brancheorganisaties Zorg

Health Care Governance

Commissie Health Care Governance (1 oktober 1999), *Aanbevelingen voor goed bestuur, goed toezicht en adequate verantwoording in de Nederlandse gezondheidszorg*

Helder (2007)

E.R. Helder, *De reacties uit het veld*, in: *Ondernemingsrecht 2007-16*, Deventer: Kluwer Juridische Uitgevers

Helder (2009)

E.R. Helder, *Ontwikkelingen inzake de maatschappelijke onderneming*, in: *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, 2009-2, Zutphen: Uitgeverij Paris

2009-2, Zutphen: Uitgeverij Paris

Helder (2009-2)

E.R. Helder, *Wetsvoorstel maatschappelijke onderneming*, in: *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR)*, nummer 6821, 28 november 2009, Den Haag: Sdu Uitgevers

Helder (2010)

E.R. Helder, *De maatschappelijke onderneming in de zorg*, in: *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 7-2010*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers

Hendriks

R.W.F. Hendriks, diss. (1994), *De stichting in concernverband*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.

Hermans

R.M. Hermans (2003), *Het onderzoek in de enquêteprocedure*, in *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation*, Deventer: Kluwer

Herrigel

G. Herrigel (2006), *Corporate Governance: History Without Historians*, prepared for G. Jones & J. Zeitlin, *Handbook of Business History*, Oxford: Oxford University Press

Van den Heuvel

F.A.M. van den Heuvel (TP nr. 6 december 2001, p. 15-19), *Gedachten over de agenda van het nieuwe kabinet, Coöperatie, concessie, nutssector, onderwijs*, Data Juridica 2002/1039

Van der Heijden

G.M.A. van der Heijden (2001), *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van de beginselen van behoorlijk bestuur*, dissertatie UVA, Deventer: Tjeenk Willink
Van der Heijden/Van der Grinten
W.C.L. van der Grinten (1992), *Handboek voor de naamloze en besloten*

vennootschap, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink

Van der Hoeven/Rutte

M.J.A. van der Hoeven/M. Rutte, Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (6 juni 2006), *rapport inzake het voorstel van wet tot vaststelling van een nieuwe regeling voor hoger onderwijs en het onderzoek (Wet op het hoger onderwijs en onderzoek)*

Holtzer

M. Holtzer (2008), *De medezeggenschap van de belangenvertegenwoordiging in de maatschappelijke onderneming*, in *Ondernemingsrecht*, nummer 2007-16, Deventer: Kluwer

Honingh & Helderman

M.E. Honingh & J.K. Helderman (2010), *Voor wie of wat is systeemtoezicht zinvol?*, in *Tijdschrift voor Toezicht*, 2010/2, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers

Hooge c.s.

Onafhankelijke Commissie Governance Code BVE (2007), *Goed bestuur in het mbo*, De Bilt: MBO Raad

De Hoop Scheffer/Dankers

J.G. de Hoop Scheffer, N. Dankers (1999) *Maatschappelijk middenveld met nieuwe spelers*, in: *Christen Democratische Verkenningen 1999/6*

Houwen (2007)

L.G.H.J. Houwen (2007), *Verdiend vertrouwen wordt duur betaald*, Nijmegen: Dirkzwager

Houwen (OR)

L.G.H.J. Houwen (2007), *Health Care Governance*, in: *Ondernemingsrecht 2007-12*, Deventer: Kluwer.

Houwen (2009)

L.G.H.J. Houwen (2009), *De maatschappelijke onderneming: rechtsvorm of sturingsfilosofie (1)*, in *BTMO*, jaargang 1, nummer 1, december 2009, Den Haag: Sdu.

Houwen (2011)

L.G.H.J. Houwen (2011), *Van maatschappelijk belang*, Tilburg University

Van Hulst/Vossen

H.A. van Hulst en A.C. Vossen (2009), *De aangepaste governance code* in *Vennootschap & Onderneming 2009*.

I

Idsinga

N. Idsinga (2011), *De stichting als algemeen nut beogende instelling*, in M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen, D.F.M.M. Zaman, *De stichting, Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtspersoon*, Den Haag: Sdu

J

Janssen Groesbeek

M. Janssen Groesbeek (27 maart 2007), *Aandeelhoudersmodel op de helling*, *Het Financiële Dagblad 2007*

Jongsma

O. Jongsma, *Monster zonder waarde: De maatschappelijke Onderneming*, in *Nederlands Juristen Blad*, 25 januari 2008, nummer 4, blz. 217,

K

Kabinetvisie 'Andere Overheid' 1 december 2003, TK 2003-2004, 29362 nummer 1

Kamerbeek

S.P. Kamerbeek (2012), *De maatschappelijke onderneming naar Amerikaans model?* in *Ondernemingsrecht 2012-7*

Kaplan

R.S. Kaplan & D.P. Norton (2001), *The Strategy-Focused Organisation*, Boston: Harvard Business School Press

Klink en Bussemaker

A. Klink en J. Bussemaker (9 juli 2007), *Met zorg ondernemen*, Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, TK 2006-2007, 29248

Klink (2009)

Brief van de Minister van Volksgezond, Welzijn en Sport aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 9 juli 2009, *Ruimte en rekenschap voor zorg en ondersteuning*, kenmerk MC-U-2941595

Kohnstamm c.s.

Werkgroep Verzelfstandigde Organisaties op Rijksniveau onder voorzitterschap van J. Kohnstamm (2004), *Een herkenbare staat: investeren in de overheid* Den Haag: Interdepartementaal Beleidsonderzoek

Kokkini c.s.

D. Kokkini-Iatridou e.a. (1988), *Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek*, Deventer: Kluwer

De Koning c.s.

P. de Koning, G. Möller, R. Pieterse, P.P. de Vries, A. Westerlaken, J. Winter (9 december 2003), *De Nederlandse corporate governance code. Beginselen van deugdelijk ondernemingsbestuur en best practice bepalingen*. Commissie corporate governance

Korsten/Van Wanroij

L.E.J. Korsten, M. van Wanroij (2008), *Nederlands Mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer

Kortmann c.s.

S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, E. Loesberg (1998), *Corporate Governance in perspectief*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink

Kraakman c.s.

R. Kraakman, P. Davies, H. Hansmann, G. Hertig, K. Hopt, H. Kanda, E. Rock (2004), *The Anatomy of Corporate Law, a comparative and functional approach*, Oxford: Oxford University Press

Van Kreveld

J.H. van Kreveld (1990), *De kwaliteit van wetgeving: rechtstatelijke en bestuurlijke eisen*, in Hirsch Balin bundel, *Recht doen door wetgeving*, Zwolle Tjeenk Willink

Kuiper (1999)

G.M. Kuiper (1999), *Financiële controle op zelfstandige bestuursorganen (diss.)*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen, vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde

Kuiper (2005)

G.M. Kuiper, *Marktwerking niet zaligmakend. Marktwerking in de Zorg leidt tot welvaartsverlies in: Medisch Contact 13 april 2005, nummer 15*

L**Lambooy I**

T.E. Lambooy (2006), *Boekbespreking De maatschappelijke onderneming*, in *Ondernemingsrecht 2006-12*

Lambooy II

T.E. Lambooy (2006), *Rapport Commissie Wijffels over rechtsvorm maatschappelijke onderneming*, *Ondernemingsrecht 2006-17*

Laseur c.s.

S.Laseur-Eelman, A.H. Mars (2013), *Maatschappelijke ondernemingen*, in J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz, D.F.M.M. Zaman (red.), *Handboek Stichting en Vereniging*, Zutphen: Uitgeverij Paris

Van Leeuwen & Simons

W.D. van Leeuwen en P. Simons (2012), *Toezicht en de maatschappelijke*

onderneming. Balanceren in het krachteveld, Assen: Van Gorcum

Lekkerkerker

G.J.C. Lekkerkerker (1 september 2007), *Wanbeheer in een "eenvoudige" stichting; de reikwijdte van artikel 2:298 BW*

Linders

J.J.M. Linders (2007), *Winst in de zorg*, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 2-2007*

Lodewick

L. Lodewick, *crisismangement*, *Zorgvisie Magazine nummer 2/febr. 2008*

Loogman en Van Ginkel

A. Loogman en W. van Ginkel (2007), *Verantwoorden is communiceren. Laat zien wat uw zorg heeft betekend*. *Zorgvisie 4a/april 2007*

Loogman en Van Ginkel

A. Loogman en W. van Ginkel (2 mei 2007), *Trends in de maatschappelijke verantwoording van zorginstellingen*, PriceWaterhouseCoopers

Van Luijk/Schilder

H. van Luijk, A. Schilder (1997), *Patronen van verantwoordelijkheid. Ethiek en corporate governance*, Schoonhoven: Academic Service

M**Meersma**

K. Meersma (2010), *Winstuitkering door ziekenhuizen*, in *Nederlands Juristenblad, jaargang 85, blz. 1456-1463*, Deventer: Kluwer

Meijers c.s.

V.A.E.M. Meijers, A.L. Mohr en W.R. Veldhuijzen (2009), *Het ondernemingsbegrip in de Handelsregisterwet 2007*, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, nummer 6794, jaargang 140, blz. 296 e.v.*

Meindertsma

M.C. Meindertsma, *Vereniging van Toezichthouders in Woningcorporaties (30 september 2007)*, brief naar Hirsch Ballin, *Rechtsvorm maatschappelijke onderneming*

Memelink

P. Memelink (2009) *diss., De verkeerdopvatting*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers

Meuleman

M.P. Meuleman (2010), *Wie is de baas? Leiderschap gevangen in een verblindend spektakel (diss.)*, Nijmegen: Radboud Universiteit

Michielse

G.M.M. Michielse (1998), *Duitse stichtingen en verenigingen – een rechtsvergelijking*, *Stichting & Vereniging 1998*

Ministerie van Binnenlandse Zaken

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (2006), *Minder last, meer effect, Zes principes van goed toezicht*

Directoraat-Generaal Wetgeving, Rechtspleging en Rechtsbijstand, sector Privaatrecht (18 september 2006), *Rechtsvorm maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk*

Mollema

D.F.A. Mollema (2009), *Governance in de gezondheidszorg*, in: *Vennootschap & Onderneming 2009, nummer 10, blz. 201 e.v.*

De Monchy c.s.

C.W. de Monchy en M.H. Legein, red. (2009), *Corporate Governance in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers

Van Montfort

C.J. van Montfort (2010), *Ontwikkelingen in toezicht en verantwoording bij instellingen op afstand*, in *Tijdschrift voor Toezicht, 2010/1*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers

Mouwen (2009)

C.A.M. Mouwen (2009), *De maatschappelijke onderneming. Een nieuwe ondernemingsvorm tussen markt, overheid en burger* in: BTMO jaargang 1 nummer 1, Den Haag: Sdu

Mouwen (2010)

C.A.M. Mouwen (2010), *De relatie maatschappelijke onderneming – overheid (1)*, in: BTMO jaargang 2 nummer 3, Den Haag: Sdu

Murray

J.H. Murray (2012), *Benefit Corporations – State Statute Comparison Chart*, te raadplegen op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1988556

MvT (2008)

Memorie van Toelichting bij het Voorstel tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek houdende regels voor de vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming, zoals op 5 december 2008 door de Minister van Justitie voor advies gezonden aan de Raad van State

MvT (2009)

Memorie van Toelichting bij het Voorstel tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek houdende regels voor de vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming, zoals op 6 juli 2009 ingediend bij te Tweede Kamer der Staten-Generaal.

N

Nederlandse School voor Openbaar bestuur

Governance van zelfstandige uitvoeringsorganisaties en maatschappelijke ondernemingen (GOV)

Nieuwe rechtsvorm maatschappelijke onderneming

Wetgeving Nieuwe rechtsvorm maatschappelijke onderneming (map 8.8)

Nijland

J. Nijland (2005), *De 'maatschappelijke onderneming': wenselijkheid en noodzaak nader bezien*, in: Maandblad voor Vermogensrecht, april 2005, nummer 4

NTMO (2003)

Netwerk Toekomst Maatschappelijke Onderneming (NTMO) (2003), *De waarde van de maatschappelijke onderneming geborgd*

NTMO (2008)

Netwerk Toekomst Maatschappelijke Ondernemingen (2008), *Een Volwassen Relatie, voorstel NTMO inzake de verankering van de maatschappelijke onderneming in het Burgerlijk Wetboek*, gepresenteerd aan de Minister van Justitie op 13 mei 2008.

NVTZ

J.J.K. Gerards (28 september 2007), brief naar Hirsch Ballin alsmede interne notitie adviesreactie NVTZ in vraag en antwoordvorm, *Rechtsvorm maatschappelijke onderneming*

Nza

Nederlandse Zorgautoriteit (2008), *Advies Experiment met winsttoegmerk in de ziekenhuiszorg*, aan de Minister van VWS

O

Obbink

H. Obbink (2007), "Regels zijn altijd van gisteren" (publicaties), SER

Onderwijsraad (2004)

Onderwijsraad (2004), *Degelijk Onderwijsbestuur. Bestuur toezicht en verantwoording in primair onderwijs, het voortgezet onderwijs, de bve-sector*

en het hoger onderwijs, advies uitgebracht aan de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap

Onderwijsraad (2006)

Onderwijsraad (30 oktober 2006), *Hoe kan governance in het onderwijs verder vorm krijgen*, advies aan de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap

Oranje c.s.

F.J. Oranje en R. van der Goes-Lunneker (2009), *Een verantwoorde maatschappelijke onderneming? In Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk*, nummer 7, november 2009, Den Haag: Sdu.

P

Piersma en Roerink

J. Piersma en R. Roerink (14 mei 2007), *Zorg wil geen status aparte*, Het Financiële Dagblad

Pitlo-Raaijmakers (2000)

M.J.G.C. Raaijmakers, (2000), *Het Nederlands burgerlijk recht, deel 2, Vennootschaps- en rechtspersonenrecht*, vierde druk, Deventer: Gouda Quint.

Pitlo-Raaijmakers (2006)

M.J.G.C. Raaijmakers, (2006), *Het Nederlands burgerlijk recht, deel 2, Vennootschaps- en rechtspersonenrecht*, vijfde druk, Deventer: Kluwer.

Van der Ploeg (1999)

T.J. van der Ploeg (1999), *Verenigen- en stichtingenrecht internationaal; West Europa*, Stichting & Vereniging 1999

Van der Ploeg (2008)

T.J. van der Ploeg (2008), *De juridische inkadering van de 'maatschappelijke onderneming'*, in: *Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht'*, Deventer: Kluwer

Plomp

E. Plomp (2009), *Winstuitkering door zorginstellingen*, in: Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 7-2009, Den Haag: Sdu Uitgevers

Plomp (2011)

E. Plomp (2011), *Winst in de zorg, Juridische aspecten van winstuitkering door zorginstellingen (diss.)*, Den Haag: Sdu

Van der Pot-Donner

L. Prakke, J.L. de Reede, G.J.M. van Wissen (2001), *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, veertiende druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink

Proeve

Proeve van een wetsvoorstel voor een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming van 12 juli 2007.

Pijls

A.C.W. Pijls (2007), *De Belgische Vennootschap met Sociaal Oogmerk*, in *Ondernemingsrecht*, nummer 2007-16, Deventer: Kluwer

Pijls (2007)

A.C.W. Pijls (2007), *Modernisering van het rechtspersonenrecht: de Maatschappelijke Onderneming*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers

Pijls (2008)

A.C.W. Pijls (2008), *De winstuitkerende zorgonderneming*, Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2008-1, blz. 10-20, Zutphen: Uitgeverij Paris

R

De Ridder

J. de Ridder (2004), *Een goede raad van toezicht*, oratie aan de Rijksuniversiteit Groningen op 27 april 2004, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers

RvS/INR

Tweede Kamerstukken vergaderjaar 2008-2009 nummer 32003-4, *Advies Raad van State en nader rapport* Het advies is gedateerd 18 maart 2009, nummer Wo3.08.0553/II en het nader rapport 29 juni 2009. Advies en nader rapport zijn als één document aan de Tweede Kamer aangeboden onder wetsvoorstel 32003 nummer 4.

Raad voor de Volksgezondheid en Zorg

(2002), *Winst en gezondheidszorg*

Raaijmakers (2007)

G.T.M.J. Raaijmakers, *De commissaris beloofd*, in *Onderneming en integriteit*, Deventer: Kluwer

Rammeloo

S.F.G. Rammeloo, *Grensoverschrijding door Duitse en Nederlandse commerciële stichting- en vereniging "achtigen"*, Stichting en Vereniging 1998

Rapport van de projectgroep Rechtsvorm maatschappelijk onderneming

Regeerakkoord 2010

Vrijheid en Verantwoordelijkheid. regeerakkoord CDA-VVD, 30 september 2010

Regeerakkoord 2012

Bruggen slaan, regeerakkoord VVD-PvdA, 29 oktober 2012

Riezebos & Lokin

C. Riezebos en M.H.A.F. Lokin (2012), *Voorbereiden van wetgeving: legislative manoeuvres in the dark*, in: *Regelmaat 2012* (27) 1.

Ritzen

J. Ritzen (1998), *De minister, een handboek*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker

De Ru c.s.

H.J. de Ru, J.L. Burggraaf, L.A.J. Spaans (2005) *de maatschappelijke onderneming, een studie naar de*

noodzaak en wenselijkheid van een eigen regeling voor de maatschappelijke onderneming in het rechtspersonenrecht, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers

De Ru (2007)

H.J. de Ru, *De maatschappelijke onderneming in het BW*, in: *congresbundel Maatschappelijke ondernemingen*, 7 juni 2007, Deventer: Kluwer

RVZ

Raad voor Volksgezondheid en Zorg (2002), *Winst en gezondheidszorg*, advies uitgebracht aan de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport.

S

Sanders/Westbroek

P. Schanders/W. Westbroek, F.K. Bruijn, P.M. Storm (2005), *BV en NV Het nieuwe ondernemingsrecht*, negende druk, Deventer: Kluwer

Scheltema (2007)

M. Scheltema (2007), *Het voorontwerp voor de maatschappelijke onderneming: een goed begin maar nog onvoldragen in Ondernemingsrecht*, nummer 2007-16, Deventer: Kluwer

Van Schilfgaarde/Winter

P. van Schilfgaarde, J. Winter (2006), *Van de BV en de NV*, 14^e druk, Deventer: Kluwer

Scholtes en Abeln

H.H.M. Scholtes en H.J.B.M. Abeln (2008), *Governance in de gezondheidszorg*, in: *Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht'*, Deventer: Kluwer

Schreurs

M.E. Schreurs-Engelaar (1995), *Organen van de coöperatie*, Deventer: Kluwer

Schlössels c.s.

R.J.N. Schlössels, S.E. Zijlstra (2010), *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, zesde druk, Deventer: Kluwer

Schuit

S.R. Schuit (2007), *Onderneming en integriteit: de bestuurder, in Onderneming en integriteit*, Deventer: Kluwer

Schutgens

R.J.B. Schutgens (2012), *Toetsing in het wetgevingsproces versterkt*, in: *Regelmaat 2012* (27) 4.

SER (1969)

Sociaal Economische Raad, 1969 nummer 14, *Advies inzake de herziening van het ondernemingsrecht*

SER (2000)

Sociaal Economische Raad, 00/11, *advies, De winst van waarden*

SER (2005)

Sociaal Economische Raad, 05/04, *advies, Ondernemerschap voor de publieke zaak*

Six

F.E. Six (2010), *Vertrouwen in toezicht*, in: *Tijdschrift voor Toezicht 2010* (1) 4, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers

Smith

Adam Smith (1776), *An inquiry into the nature and causes of The Wealth of Nations*, Pennsylvania State University (2005): Penn State Electronic Classics Series Publications.

Smits

J.M. Smits (2009), *Omstreden rechtswetenschap: over aard, method en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom juridische uitgevers

Snijder-Kuipers

B. Snijder-Kuipers, diss. (2010), *Omzetting als rechtsvormwijziging*, Deventer: Kluwer

Stevens (2007)

S.A. Stevens, *De maatschappelijke onderneming: belast of niet?*, in: *congresbundel Maatschappelijke ondernemingen*, 7 juni 2007, Deventer: Kluwer

Stevens (2009)

S.A. Stevens, *De maatschappelijke onderneming en de uitkering van winst*, in: *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR)*, nummer 6818, 7 november 2009, Den Haag: Sdu Uitgevers

Stevens (2011)

S.A. Stevens (2011), *De winst van de maatschappelijke onderneming*, Tilburg University

Sijmons (2001)

J.G. Sijmons (15 juni 2001), *Verantwoord ondernemen: SER-advies en kabinetsstandpunt*, *Nederlands Juristen Blad*, Kluwer

Sijmons (2006)

J.G. Sijmons (2006), *Aanbodregulering en Wet toelating zorginstellingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers

Sijmons/Van den Ende

J.G. Sijmons en T.A.M. van den Ende (2008), *De juridische herpositionering van de zorginstelling*, in: *Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht'*, Deventer: Kluwer

T

Timmerman (2004)

L. Timmerman (2004), *Een belangrijk boek*, in *Nederlands Juristenblad* aflevering 31, 3 september 2004

Timmerman (2005)

L. Timmerman (2005), *Gedragsrecht, belangenpluralisme en vereenvoudiging van het vennootschapsrecht, Ondernemingsrecht 2005-2*, Deventer: Kluwer.

Timmerman c.s.

L. Timmerman, J.M. de Jongh en A.J.P. Schild (2010), *Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW? in: Maatschappelijk verantwoord ondernemen, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2010-I*, Deventer: Kluwer

Tjeenk Willink

W.E.J. Tjeenk Willink (1998), *Maatschappelijke voorzieningen in driehoeksrelatie overheid, cliënt, Utrecht: Niser*

V

Vandermeersch

D. Vandermeersch (2007), *De Mededingingswet*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium

Van der Voet

G.W. van der Voet (2008), *Medezeggenschap van werknemers en cliënten in de zorg – hetzelfde vormgeven? In: Arbeid Integraal*, Den Haag: Sdu Uitgevers

Van Veen (JBN)

W.J.M. van Veen (1 juni 2007), *Elektronische communicatiemiddelen en besluitvorming in rechtspersonen*, JBN: Sdu Uitgevers

Van Veen (2007)

W.J.M. van Veen, *Een nieuwe rechtsvorm voor 'de' maatschappelijke onderneming? in: congresbundel Maatschappelijke ondernemingen*, 7 juni 2007, Deventer: Kluwer

Van Veen (2011)

W.J.M. van Veen, *De stichting en de onzelfstandige stichting, verleden, heden en toekomst*, in M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen, D.F.M.M. Zaman (red.), *De stichting, Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtspersoon*, Den Haag: Sdu

Versteegh

C.R.M. Versteegh, *Aspecten van Duits stichtingenrecht*, Stichting en Vereniging (1998)

Vink

F.W.H. Vink, R.H. van de Kaar (2007), *Inzicht in de ondernemingsraad*, achttiende druk, Den Haag: Sdu Uitgevers

Van der Vlies

I.C. van der Vlies (1984), *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving. De verandering van het legaliteitsbeginsel in de 20^e eeuw*. Amsterdam, dissertatie UVA

Voorontwerp

Proeve van een voorstel van wet tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de introductie van een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming, gepresenteerd door de Minister van Justitie op 12 juli 2007

Vlas/Koppenol-Laforce

P. Vlas/M.E. Koppenol-Laforce, *Ruim baan voor buitenlandse trusts in Nederland*, Stichting en Vereniging 1995

Vlug c.s.

P. Vlug en J.C.A.M. Huntjens (2009), *Ongezonder vertrouwen, een extern evaluatieonderzoek naar de kwaliteit van het interne toezicht bij Rochdale 2004/2009*, Rotterdam: Vlug adviseurs voor economisch, organisatie en sociaal beleid

W

Van Wersch

P.J.M. van Wersch (1979), *Democratisering van het bestuur van non-profit instellingen*, Alphen aan den Rijn: Samsom uitgeverij

Wetenschappelijk Instituut voor het CDA

Kantelingen (21 Januari 2005), *Investeren in de samenleving. Een verkenning naar de missie en positie van de maatschappelijke onderneming*

Wetsvoorstel 2008

Voorstel tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek houdende regels voor de vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming, op 5 december 2008 door de Minister van Justitie voor advies gezonden aan de Raad van State

Wetsvoorstel 2009

Voorstel tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek houdende regels voor de vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming, op 6 juni 2009 door de Minister van Justitie ingediend bij de Tweede Kamer der Staten Generaal, nummer 32003

Van Wieringen en Van der Rest

A.M.L. van Wieringen en A. van der Rest, Onderwijsraad (15 oktober 2007), *Advies De maatschappelijke onderneming als rechtsvorm in het onderwijs*

Wijffels

H.H.F. Wijffels (28 september 2006), *Rapport van de projectgroep Rechtsvorm maatschappelijke onderneming*,

Van Wijmen

F.C.B. van Wijmen (2012), *Naar een wet verantwoorde zorgverlening*, in: J.G. Sijmons, J.K.M. Gevers, J.H.H.M. Dorscheidt (red.), *Recht en zorg van kwaliteit*, Den Haag: Sdu Uitgevers

WRR

Wetenschappelijke raad voor het Regeringsbeleid (2004), *Bewijzen van goede dienstverlening*, Amsterdam: Amsterdam University Press

Z

Zalm

G. Zalm (1998), *Corporate Governance: transparantie, verantwoording en zeggenschap*, in S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, E. Loesberg (1998), *Corporate Governance in perspectief*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink

Zaman (2007)

D.F.M.M. Zaman (2007), *Een nieuwe rechtsvormgeving*, Den Haag: Sdu Uitgevers

Zaman (2009)

D.F.M.M. Zaman (2009), *De Maatschappelijke Onderneming in: Juridische Berichten voor het Notariaat*, 2009, 54

Zaman (2011)

D.F.M.M. Zaman (2011), *De ondernemende stichting en de commerciële stichting*, in M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen, D.F.M.M. Zaman, *De stichting, Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtspersoon*, Den Haag: Sdu

ZGC

(2005), *Zorgbrede Governance-code*, Utrecht: Arcares, Geestelijke Gezondheidszorg Nederland, Nederlandse Federatie van Universiteit medische centra, NVZ, Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland, Z-org.

Samenvatting

Rond de eeuwwisseling raakt de term ‘maatschappelijke onderneming’ in zwang voor privaatrechtelijke organisaties die actief zijn in het algemeen belang, zoals onderwijs, zorg en sociale woningbouw. In 2009 werd een wetsvoorstel gedaan voor een speciale rechtsvorm voor maatschappelijke ondernemingen. De beoogde rechtsvorm zou een modaliteit van de vereniging of de stichting zijn. Dat wetsvoorstel is ingetrokken zonder dat enige parlementaire behandeling heeft plaatsgevonden. In deze studie wordt gezocht naar antwoorden op de volgende onderzoeksvragen:

1. Welke inhoud kan worden gegeven aan de term maatschappelijke onderneming?
 - a. Welk begrip maatschappelijke onderneming lag ten grondslag aan het wetsvoorstel?
 - b. Hoe sluit de term maatschappelijke onderneming aan bij andere juridische begrippen rond de term onderneming?
 - c. Kan een consistente definitie van de maatschappelijke onderneming worden gegeven?
2. Waarin onderscheiden maatschappelijke ondernemingen zich in de praktijk van andere ondernemingen?
3. Is het concept maatschappelijke onderneming inpasbaar in de systematiek van de huidige rechtspersonenwetgeving?
4. Biedt de regulering van de governance een alternatief voor een wettelijke rege-

ling van de maatschappelijke onderneming?

5. Welke motieven en oplossingen zijn met betrekking tot de maatschappelijke onderneming te ontleen aan buitenlandse wettelijke regelingen?
6. Zou het wetsvoorstel hebben voorzien in een maatschappelijke behoefte?
7. Aan welke wettelijke regeling(en) heeft de maatschappelijke onderneming behoefte (als onderdeel van de juridische infrastructuur)?

In hoofdstuk 2 wordt de voorgeschiedenis van het wetsvoorstel beschreven en het wetsvoorstel geanalyseerd. Daaruit komen de volgende knelpunten naar voren:

- a. De herkenbaarheid als maatschappelijke onderneming ten opzichte van publieke instellingen enerzijds en commerciële ondernemingen anderzijds.
- b. De positie en invloed van belanghebbenden en wie daartoe worden gerekend.
- c. De mogelijkheid c.q. de beperking om winst uit te keren aan investeerders.
- d. De relatie van de maatschappelijke onderneming tot de Staat.
- e. Doel en de inrichting van het toezicht op de maatschappelijke onderneming.
- f. Het toezicht op en de regelgeving in relatie tot maatschappelijke ondernemingen die sectoroverschrijdend actief zijn.

In hoofdstuk 3 wordt de anatomie van de maatschappelijke onderneming ontleed, waarbij gezocht wordt naar de kenmerken die de maatschappelijke onderneming

onderscheiden van andere ondernemingen. Dat onderscheid manifesteert in een statutair vastgelegd maatschappelijk belang, dat door de rechtspersoon wordt gediend, en de verplichte aanwezigheid van een toezichthoudend orgaan. In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op governance codes, die voor de maatschappelijke onderneming relevant kunnen zijn. Governance codes bevatten voornamelijk gedragsrichtlijnen. Het is essentieel voor de maatschappelijke onderneming dat zij publiek verantwoording aflegt van haar handelen. Uitkering van winst aan kapitaalverschaffers is ten principale niet in strijd met het wezen van de maatschappelijke onderneming. In hoofdstuk 5 worden enkele buitenlandse rechtsvormen geanalyseerd. Er zijn geen duidelijke parallellen van de Nederlandse wetsgeschiedenis gevonden. Wel zijn er recente voorbeelden van vormen van kapitaalvennootschappen, die gericht zijn op een maatschappelijk belang. Deze zijn aangetroffen in het Verenigd Koninkrijk, de Verenigde Staten van Amerika en in Zweden. Deze lijken sinds kort in een maatschappelijke behoefte te voorzien. In hoofdstuk 6 wordt TESO beschreven, een organisatie die zichzelf uitdrukkelijk beschouwd als maatschappelijke onderneming zonder te behoren tot de zorg, het onderwijs of de sociale woningbouw. TESO is vormgegeven als kapitaalvennootschap en derhalve aan haar rechtsvorm niet als maatschappelijke onderneming herkenbaar, hoewel zij aan de hiervoor beschreven kenmerken van een maatschappelijke onderneming beantwoordt. TESO opereert succesvol in een marktomgeving. Voorts wordt aandacht gegeven aan RSV, een concern dat in de jaren '70 tot stand werd gebracht ter verwezenlijking van een maatschappelijk belang, namelijk het

behoud van werkgelegenheid en expertise in de scheepsbouw in Nederland. Omvangrijke overheidssubsidies onttrokken RSV aan de tucht van de markt. Nadat RSV ten onder was gegaan, bleken de meeste tot het concern behorende ondernemingen in een marktomgeving te kunnen overleven.

In hoofdstuk 7 worden de hiervoor genoemde knelpunten geëvalueerd aan de hand van de conclusies van het onderzoek. Tenslotte wordt op basis van doelmatigheidscriteria een schets voor een wettelijke regeling gegeven, waarbij de maatschappelijke onderneming een modaliteit van de N.V. of de B.V. zal zijn. Hiermee wordt voldaan aan een behoefte van maatschappelijke ondernemingen om als zodanig herkenbaar te zijn. Bovendien wordt een generiek wettelijk kader gecreëerd dat de behoefte aan sectorspecifieke regelingen – in wetten en in governance codes – kan verminderen.

Summary

From the turn of the century on, the term social company (*maatschappelijke onderneming*) came into use for private organizations which serve the public interest, for example education, health care and council housing. In 2009 a bill was put forward, which proposed a special legal form for social companies. This legal form would be a modality of the association (*vereniging*) or the foundation (*stichting*). The bill has been withdrawn before coming up for discussion by the parliament. In this thesis an answer will be found to the following questions:

1. What meaning can be given to the concept social company?
 - A. Which concept of social company underlies the bill?
 - B. How does the concept social company link up with other judicial concepts of companies?
 - C. Can a consistent definition of a social company be given?
2. How do social companies distinguish themselves from other companies in practice?
3. Does the concept of social company fit into the taxonomy of the current legislation for civil legal entities?
4. Does the regulation of the governance offer an alternative for statutory regulation of social companies?
5. Which motives and solutions in relation to the social company can be derived from foreign statutory regulations?

6. Would the bill have been able to meet social needs?
7. Which statutory regulations are needed by the social company (as a part of the judicial infrastructure)?

In chapter 2 the prehistory of the bill is being described and the bill is being analysed. From this analysis the following bottlenecks emerged:

- A. The recognisability of the social company towards public institutions on the one hand and private institutions on the other hand.
- B. The position and the influence of people concerned and who are to be included to this group.
- C. The possibility and/or restriction of distribution of profits to investors.
- D. The relationship of the social company towards the State.
- E. Aim and organization of supervision on the social company
- F. The supervision on and the regulation of social companies who are active in more than one sector.

In chapter 3 the anatomy of the social company is analysed. The characteristics which distinguish social companies from other companies are investigated. This distinction displays a social interest laid down by statute, which is served by the legal personality, and the compulsory presence of a supervising body. Chapter 4 goes into the governance codes which can be relevant for social companies. Governance codes contain mainly guidelines for behaviour. To social companies it is of vital importance to publicly give account for its actions and to make this public. The distribution of profit

to financiers is on the merits not contrary to the nature of the social company. In chapter 5 several foreign legal forms are analysed. There are no clear parallels of the Dutch legal history found. Instead there are more recent examples of forms of capital stock companies which are oriented towards social interests. These examples have been found in the United Kingdom, the United States of America and in Sweden. These seem to fulfil a social need for a short time now. In chapter 6 TESO is being described, an organization which explicitly considers itself as a social company without belonging to the fields of education, health care or council housing. TESO is designed as a capital stock company and consequently because of its legal personality not recognizable as social company despite meeting the written criteria of a social company. TESO operates successfully in a commercial sphere. Furthermore attention is being paid to RSV, a concern which became into being in the 70s as realization of a social interest: the preservation of employment and expertise in the shipbuilding industry in the Netherlands. Extensive government funding made RSV extract from the discipline of the market. It turned out that after the RSV came to grief, most of the companies which belonged to the concern were able to survive in a commercial sphere. In chapter 7 the forgoing bottlenecks are evaluated with the help of the conclusions of the research. To conclude an outline containing a statutory regulation is given, based on criteria of functionality, at which the social company will be a modality of the N.V. or B.V.. With this the need of social companies to be recognized as such is being fulfilled. Moreover, a generic legal framework is created which can reduce the demands for

sector specific regulations both in laws and in governance codes.

Curriculum vitae

Egbert Renso Helder werd geboren op 23 oktober 1965 geboren te Hoogezand-Sappemeer. In 1990 behaalde hij het doctoraal examen notarieel recht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Vervolgens was hij 22 jaar werkzaam als kandidaat-notaris, aanvankelijk in de algemene praktijk.

Vanaf 2002 specialiseerde hij zich bij Nysingh advocaten-notarissen te Zwolle in het ondernemingsrecht met bijzondere aandacht voor governancevraagstukken in de zorg, het onderwijs en bij woningbouwcorporaties. Sinds 2013 is hij werkzaam als universitair docent aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

De juridische infrastructuur van de maatschappelijke onderneming

Rond de eeuwwisseling raakt de term 'maatschappelijke onderneming' in zwang voor privaatrechtelijke organisaties die actief zijn in het algemeen belang, zoals onderwijs, zorg en sociale woningbouw. In 2009 werd een wetsvoorstel gedaan voor een speciale rechtsvorm voor maatschappelijke ondernemingen. De beoogde rechtsvorm zou een modaliteit van de vereniging of de stichting zijn. Dat wetsvoorstel is ingetrokken zonder dat enige parlementaire behandeling heeft plaatsgevonden.

Met deze studie heeft mr. E.R. Helder gezocht naar antwoorden op een zevental onderzoeksvragen, waaronder: Welke inhoud kan worden gegeven aan de term maatschappelijke onderneming? Biedt de regulering van de governance een alternatief voor een wettelijke regeling van de maatschappelijke onderneming? En: Zou het wetsvoorstel hebben voorzien in een maatschappelijke behoefte?

In deze dissertatie wordt de voorgeschiedenis van het wetsvoorstel beschreven en het wetsvoorstel geanalyseerd, waarbij een aantal belangrijke knelpunten worden geïdentificeerd. Ook ontleedt mr. Helder de anatomie van de maatschappelijke onderneming, waarbij gezocht wordt naar de kenmerken die de maatschappelijke onderneming onderscheiden van andere ondernemingen. De hiervoor genoemde knelpunten worden geëvalueerd aan de hand van de conclusies van het onderzoek.

Het boek biedt een goed inzicht in de achtergronden van de maatschappelijke onderneming, governance codes, die voor de maatschappelijke onderneming relevant kunnen zijn en er worden enkele buitenlandse rechtsvormen geanalyseerd. Door het actuele thema vormt het bovendien een waardevol en bruikbaar naslagwerk voor (adviseurs van) zorginstellingen, onderwijsinstellingen en woningbouwcorporaties, maar ook voor andere organisaties die als maatschappelijke onderneming aan de samenleving willen deelnemen.