

De maatschappelijke onderneming als rechtsvorm in het onderwijs

Nr. 20070271/919, oktober 2007

Onderwijsraad
Nassaulaan 6
2514 JS Den Haag
email: secretariaat@onderwijsraad.nl
(070) 310 00 00 of via de website: www.onderwijsraad.nl

OAS KENMERK
20070271/919

UW KENMERK
5494615/07/06

CONTACTPERSOON

DOORKIESNUMMER

PLAATS / DATUM
Den Haag, 15 oktober 2007

ONDERWERP
*Advies De maatschappelijke onder-
neming als rechtsvorm in het onder-
wijs*

Aan de Minister van Justitie
De heer dr. E.M.H. Hirsch Ballin
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Mijnheer de Minister,

In uw brief van 12 juli j.l. verzocht u de raad te adviseren over de proeve voor een nieuwe rechtsvorm, te weten de maatschappelijke onderneming.


Met genoegen zendt de Onderwijsraad u hierbij het advies getiteld *De maatschappelijke onderneming als rechtsvorm in het onderwijs*. De Onderwijsraad is voorstander van de principes die ten grondslag liggen aan de maatschappelijke onderneming, zoals verantwoording over het handelen van de instelling tegenover belanghebbenden.

De raad is echter van oordeel dat de voorliggende proeve een gemiste kans betreft. Veel van de onderwerpen die in de proeve staan, zoals een functionele scheiding tussen bestuur en toezicht, zijn of worden al geregeld voor de diverse onderwijssectoren. Mede ingegeven door de grondwettelijke vrijheid van inrichting, is zelfregulering hier het uitgangspunt.

De raad voorziet verder problemen bij de gekozen constructie met belanghebbendenvertegenwoordigers. Er zijn onduidelijkheden rondom de samenloop met de medezeggenschapsregelingen en een en ander kan leiden tot vergroting van de bestuurslast. Daar staan geen aanwijsbare voordelen tegenover; noch ten aanzien van de bedoelde belanghebbenden, noch ten aanzien van leerlingen en studenten (toch altijd het eerste oogmerk).

De raad kiest voor een onderwijsspecifieke regeling van goed bestuur en horizontale verantwoording en voor variëteit in bestuursvormen. In de huidige vorm is de maatschappelijke onderneming in dat opzicht voor het onderwijs geen aantrekkelijke optie. Alternatieven, zoals een keurmerk, verdienen in dit opzicht nader onderzoek.

Namens de Onderwijsraad,



Prof.dr. A.M.L. van Wieringen
Voorzitter



Drs. A. van der Rest
Secretaris

ONDERWIJSraad

NASSAULAAN 6
2514 JS DEN HAAG
TELEFOON 070 310 00 00
FAX 070 356 14 74
E-MAIL SECRETARIAAT@ONDERWIJSRAAD.NL
WEBSITE WWW.ONDERWIJSRAAD.NL

Inhoudsopgave

1	Inleiding en adviesvragen	7
1.1	Achtergrond en noodzaak van een regeling van de maatschappelijke onderneming	7
1.2	De vragen van de minister van Justitie	9
1.3	Over dit advies	10
2	Toetsingskader	11
2.1	Grondwettelijk kader en kader Onderwijsraad	11
2.2	De rechtsfiguur maatschappelijke onderneming in het onderwijs	13
2.3	Conclusies: twijfel over nut en noodzaak	14
3	Beoordeling van de proeve	16
3.1	Korte schets proeve	16
3.2	Benoemingsprocedures	17
3.3	De positie van de raad van toezicht	17
3.4	De positie van belanghebbenden	18
3.5	Vormgeving van geschillenbeslechting	20
3.6	Rol van de overheid	21
3.7	Aanvullende financiering of winstuitkering	22
4	Conclusies	24
4.1	Geen noodzaak voor regeling maatschappelijke onderneming voor de onderwijssector	24
4.2	Maatschappelijke onderneming geen doelmatig model	25
4.3	Alternatieven voor maatschappelijke verantwoording in het onderwijs	26
	Afkortingen	28
	Literatuur	29
	Geraadpleegde deskundigen	30
	Bijlage 1	31
	Adviesvraag	31

1 Inleiding en adviesvragen

Dit hoofdstuk gaat beknopt in op de achtergrond van het concept-wetsvoorstel tot regeling van de maatschappelijke onderneming. Waarom moet er een aparte rechtsvorm komen voor de maatschappelijke onderneming? Wat is de meerwaarde ervan? Vervolgens komen de vragen van de minister van Justitie aan de raad aan de orde. Het slot van deze paragraaf bevat een leeswijzer.

1.1 Achtergrond en noodzaak van een regeling van de maatschappelijke onderneming

Definitie van de maatschappelijke onderneming

Het begrip maatschappelijke onderneming is een poging om organisaties die publieke en private elementen met elkaar combineren, te typeren.¹ Een maatschappelijke onderneming is “een onderneming die is vormgegeven als privaatrechtelijk rechtspersoon, die een maatschappelijk doel nastreeft dat parallel loopt aan het algemeen belang en waarvan de winst niet wordt uitgekeerd, maar geheel en alleen wordt aangewend voor het realiseren van het maatschappelijk doel dat de onderneming nastreeft”.²

Waarom een nieuwe rechtspersoon, de maatschappelijke onderneming?

Het rapport van de commissie-Wijffels³ geeft een aantal redenen waarom er behoefte zou zijn aan een nieuwe rechtsvorm voor het bestuur van ziekenhuizen, woningcorporaties, scholen en andere instellingen die zich met maatschappelijke taken bezighouden.

Met name de stichtingsfiguur zou niet voldoen aan de eisen van de tijd: “De stichting is op zichzelf gericht; belanghebbenden kunnen alleen invloed uitoefenen als de statuten daarin voorzien, of specifieke wettelijke bepalingen de instelling daartoe verplichten; een verantwoording aan belanghebbenden (waartoe in ieder geval doch niet uitsluitend de afnemers van het dienstenaanbod – patiënten, studenten en woningzoekenden – worden gerekend) is niet structureel verankerd. [...] Aan een gebrek aan interne controle en horizontale verantwoording wordt een mouw gepast door in sectorspecifieke wetten regelgeving aan de inrichting van de instellingen op toezicht en verantwoording betrekking hebbende procedurele of zelfs materieel-inhoudelijke eisen te stellen. Dit heeft [...] bij gebrek aan een eenvormige wettelijke structuur voor de instellingen in de semi-publieke sectoren geleid tot een grote diversiteit aan verschijningsvormen. Door de uiteenlopende invulling van de vrijheid om rechtspersonen nader vorm te geven, missen zij herkenbaarheid als maatschappelijke onderneming terwijl daaraan in het economisch en rechtsverkeer bij zowel de dienstverleners als de afnemers van die diensten wel behoefte bestaat.

De eerder geschetste ontwikkeling naar professionalisering van de instellingen heeft ook geleid tot het ter discussie stellen van de verhouding tussen overheid en dienstverleners. De gewenste professionaliteit komt beter tot zijn recht als de instellingen meer op eigen benen kunnen staan en zelf kunnen bepalen hoe zij inspelen op de behoeften van de afnemers van de aangeboden diensten en die van andere belanghebbenden.”⁴

Het gebruik van de ‘ondemocratische’ stichting en de ‘onvoldoende herkenbaarheid’ bij gebruikers van maatschappelijke diensten zouden aldus nopen tot een meer herkenbare rechtsfiguur.

¹ Algemene Rekenkamer, 2006.

² Ru, Burggraaf & Spaans, 2005.

³ Rapport van de projectgroep maatschappelijke onderneming, 2006.

⁴ Rapport van de projectgroep maatschappelijke onderneming, 2006, p.4.

De SER (Sociaal Economische Raad, 2005) heeft zich eerder in het advies *Ondernemerschap voor de publieke zaak* in gelijke bewoordingen uitgedrukt. De maatschappelijke instellingen moeten volgens de SER beter worden ingebed in hun directe omgeving. Het is noodzakelijk dat ze een actieve dialoog en verantwoordingsrelatie met de belanghebbenden onderhouden. Hieraan ontleent de maatschappelijke onderneming haar legitimiteit van handelen. Het is de taak van de politiek om aan te geven wat een publiek belang inhoudt en hoe dit het best geborgd kan worden. Wanneer de horizontale verantwoording op orde is, kan de overheid ook meer afstand nemen.

Legitimatie en doelstellingen van de maatschappelijke onderneming

Op 12 juli 2007 heeft de minister van Justitie een brief doen uitgaan aan verschillende organisaties, met daarin een 'proeve' (een voorontwerp van wet) voor een regeling van de maatschappelijke onderneming in Boek 2 BW (Burgerlijk Wetboek). Volgens de mvt (memorie van toelichting) bij de proeve Rechtsvorm Maatschappelijke Onderneming (die vrijwel naadloos aansluit bij de overwegingen van het rapport van de commissie-Wijffels) moet de maatschappelijke onderneming gezien worden in het licht van de ontwikkelingen in de semi-publieke sector. Kleine vrijwilligersorganisaties hebben daarbij plaatsgemaakt voor grootschaliger verbanden. De financiële belangen van de organisaties zijn toegenomen en de eisen vanuit de overheid (op het gebied van goed bestuur) en vanuit de maatschappij (goede kwaliteit) zijn toegenomen. Een en ander heeft geleid tot het instellen van raden van toezicht, governancecodes voor goed bestuur en het betrekken van belanghebbenden bij de instellingen.

Om recht te doen aan zowel de veranderende positie van de instellingen in de samenleving als aan de wens om garanties te bieden, waardoor instellingen zich vrijer ten opzichte van de overheid kunnen bewegen, wil het voorstel een nadere ordening geven van de instellingen en hun organen. Voorgesteld wordt een rechtsvorm te introduceren die geschikt is vorm te geven aan het bestuur van scholen, zorginstellingen, woningcorporaties en andere instellingen in de semi-publieke sfeer, op een wijze die hen in staat stelt "zich ondernemend op te stellen en tevens garanties bevat voor kwalitatief hoogwaardig bestuur en voor verantwoording aan belanghouders".

De noodzaak van een regeling is volgens de mvt gelegen in het feit dat "deze rechtsvormen [voor de publieke sector] open regelingen [kennen], die geen garanties bieden voor intern toezicht, de medezeggenschap van belanghebbenden en de financiële verantwoording. Ook de wettelijke garanties voor geschillenbeslechting en controle op de toezichthouders, als die er zijn, ontbreken".

Aangegeven wordt dat in eerste instantie instellingen zelf de keuze hebben om een maatschappelijke onderneming te worden. Blijkbaar wordt echter de mogelijkheid opengelaten dat naderhand bij specifieke regeling voor bepaalde sectoren de maatschappelijke onderneming als verplichte rechtsvorm voorgeschreven wordt.

De doelen van de regeling zijn volgens de mvt divers:

- *Codificatie en harmonisatie van ontwikkelingen:* in veel verschillende sectoren is er sprake van hybride publiek-private organisaties, ander toezicht door de overheid, de wens om cliënten, ouders, bewoners enzovoort bij de ontwikkelingen te betrekken; het is zinvol hierin eenheid aan te brengen.
- *Vastlegging van een sterke positie van de raad van toezicht en van belangenvertegenwoordiging.*
- *Basis voor verdere ontwikkelingen:* "Het is mogelijk het model door wetswijziging op enig moment aan te vullen met bevoegdheden zoals het doen van winstuitkeringen op vreemd kapitaal, die armslag van instellingen vergroten". Klaarblijkelijk wordt hier gezinspeeld op het op een andere manier (privaat) financieren van semi-publieke instellingen.
- *Basis voor wijzigingen in de verhouding overheid - instellingen;* daarbij gaat het om mogelijke vermindering van overheidstoezicht. Volgens de toelichting kan dit per departement verschillen.

Dit voorontwerp is aangekondigd in het coalitieakkoord. Na kennis genomen te hebben van de opvattingen van verschillende instanties zal een definitief wetsvoorstel worden voorbereid, waarover het kabinet een besluit zal nemen. Het is de bedoeling dat dit eind dit jaar zal plaatsvinden.

1.2 De vragen van de minister van Justitie

De vragen van de minister van Justitie gaan enerzijds over nut en noodzaak van de rechtsfiguur maatschappelijke onderneming en over eventuele consequenties (verplichtend of niet), en anderzijds over de juridische inrichting ervan (toedeling van bevoegdheden aan organen van de rechtspersoon). De reikwijdte van de toepassing van de rechtsfiguur maatschappelijke onderneming is in de proeve niet bepaald, maar voor het onderwijs moet deze in ieder geval beperkt worden tot het bijzonder onderwijs. Voor zover het openbaar onderwijs uitgaat van publiekrechtelijke rechtspersonen is de maatschappelijke onderneming alleen al uitgesloten, omdat deze een privaatrechtelijke figuur vormt. Maar bovendien: voor het openbaar onderwijs geldt dat dit onderwijs slechts bestuurd kan worden binnen die rechtsvormen die de overwegende invloed van de overheid en de garantiebepalingen ten aanzien van het openbaar onderwijs regelen.⁵ Dit valt niet te combineren met de autonome positie van de raad van toezicht (artikel 307j, lid 2).

De gestelde vragen zijn:

- 1) Welke waarde heeft de regeling van deze rechtsvorm voor de instellingen die u vertegenwoordigt, c.q. hoe zou de rechtsvorm voor deze instellingen ingericht moeten worden om hem zo goed mogelijk bruikbaar te maken? Of hebt u behoefte aan een rechtsfiguur met andere kenmerken die u beter passen?
- 2) Kan uw organisatie zich vinden in de wijze waarop de benoeming van bestuurders, toezichthouders en belanghebbenden is vormgegeven?
- 3) Hoe ziet u de positie van de raad van toezicht; met name is dan van belang welke belangrijke besluiten voor akkoord aan deze raad voorgelegd dienen te worden. Kunt u zich vinden in de keuze die in de proeve is gedaan?
- 4) Hoe ziet u de positie van belanghebbenden? Kunt u zich vinden in de wijze waarop de positie van belanghebbenden in het voorontwerp is geïnstitutionaliseerd? Zijn de bevoegdheden afdoende geregeld en laat de proeve voldoende ruimte voor het treffen van nadere regelingen in de statuten die voor instellingen die u vertegenwoordigt van belang zijn?
- 5) Wat vindt uw organisatie van de wijze waarop geschillenbeslechting tussen de organen van de onderneming is vormgegeven? Thans is in de proeve gekozen voor het toedelen van het enquête-recht aan de belangenvertegenwoordiging en de geschillenbeslechting tussen bestuur, raad van toezicht en belanghebbendenvertegenwoordiging overigens te regelen naar analogie van de geschillenbeslechting in de Wet op de Ondernemingsraden
- 6) Kunt u zich vinden in het idee, om de raad van toezicht de bevoegdheid te geven het bestuur op te dragen kwaliteitsbevorderende instrumenten zoals visitaties in te zetten?
- 7) Is het nodig om een aanvullende regeling te treffen voor de wijze waarop instellingen die u vertegenwoordigt worden gefinancierd, bijvoorbeeld door het eigen vermogen en moet er dan naar uw mening een beperkte rendementsvergoeding, dan wel enige vorm van winstuitkering mogelijk zijn?
- 8) Is bij toepassing van een nieuwe rechtsvorm voor de Maatschappelijke Onderneming een andere rol van de overheid nodig, in het bijzonder als het om de noodzaak van het toezicht gaat?
- 9) De proeve gaat uit van een facultatief gebruik van de rechtsvorm door instellingen. Zou u het wenselijk vinden als deze vorm in uw sector verplicht werd?
- 10) Is het nodig om het gebruik van de term maatschappelijke onderneming nader af te bakenen dan in de proeve wordt gedaan?

⁵ Vgl. artikel 23, vierde lid Grondwet, en zie ook Onderwijsraad, 2002, p.45.

1.3 Over dit advies

Leeswijzer

De eerste vraag – betreffende de noodzaak van een nieuwe rechtsvorm – zal in het volgende hoofdstuk aan de orde komen. Daarbij toetst de raad aan criteria die hij in eerdere adviezen over degelijk onderwijsbestuur en over artikel 23 Grondwet heeft geformuleerd. De negende vraag en de tiende vraag (over het al dan niet facultatieve karakter van de rechtsvorm, en over de vraag of de rechtsvorm nader afgebakend dient te worden) komen hier ook aan de orde. Hoofdstuk 3 gaat vervolgens in op de vragen 2 tot en met 8 en is met name gericht op de technisch-juridische inrichting van de maatschappelijke onderneming. Bezien wordt of die inrichting een wezenlijke meerwaarde biedt voor besturen en belanghebbenden in het onderwijs. Tot slot bevat hoofdstuk 4 een beknopte samenvatting van de visie van de raad op de maatschappelijke onderneming – daaronder begrepen een oordeel over de bruikbaarheid voor het onderwijs – en enkele aanbevelingen over het implementatietraject.

Bij de voorbereiding van dit advies is gesproken met verschillende besturen- en belangenorganisaties uit het onderwijs. Een lijst is opgenomen achterin het advies.

2 Toetsingskader

Dit hoofdstuk beschrijft het toetsingskader dat de raad hanteert bij de beantwoording van de gestelde vragen. De Grondwet, en dan met name artikel 23 over de vrijheid van onderwijs, en eerdere adviezen van de raad vormen daarvoor de grondslag. Nut en noodzaak van de rechtsfiguur maatschappelijke onderneming moeten aangetoond worden indien de wetgever tot regeling wil overgaan. De raad zal dit punt specifiek benaderen vanuit de bijdrage aan onderwijsdoelstellingen en de meerwaarde ten opzichte van de huidige regelingen voor belanghebbenden. Tevens zou een voorgestelde regeling voor een nieuwe rechtsvorm moeten voldoen aan algemene eisen van transparantie, duidelijkheid en conflictvermijding.

2.1 Grondwettelijk kader en kader Onderwijsraad

Grondwettelijk kader

De vrijheid van onderwijs⁶ kent drie deelaspecten: de vrijheid van richting (de vrijheid om godsdienstige en levensbeschouwelijke aspecten in het onderwijs tot uitdrukking te brengen), de vrijheid van stichting (het recht een school op te richten⁷) en de hier van belang zijnde vrijheid van inrichting. De vrijheid van inrichting kan globaal omschreven worden als het recht om de school naar eigen inzicht in te richten, bijvoorbeeld waar het gaat om de inhoud en organisatie van het onderwijs en de instelling.

De vrijheid van het bijzonder onderwijs vloeit (mede) voort uit de vrijheid van vereniging. Het bijzonder onderwijs moet een bepaalde mate van organisatorische autonomie kunnen behouden, en dit veronderstelt terughoudendheid van de wetgever, bijvoorbeeld waar het gaat om het regelen van de samenstelling van het schoolbestuur. Dit volgt mede uit de parlementaire behandeling van de wetsontwerpen 13 874 en 19 032 (voorstellen tot wijziging van het onderwijsgrondwetsartikel), waarin de regering erkende dat de vrijheid van onderwijs niet slechts inhoudt de vrijheid van richting, doch ook de niet in de Grondwet genoemd vrijheden van stichting en inrichting. Volgens Kortmann impliceert dit dat “de besturen van de rechtspersonen waarvan de bijzondere instellingen uitgaan vrij zijn in de inrichting van de bestuurlijke organisatie en de huishoudelijke gang van zaken binnen de instelling, ook indien deze niet direct met de vrijheid van richting samenhangen”.⁸ Kortmann is van mening dat ten aanzien van de interne organisatie grote terughoudendheid van de wetgever en het bestuur is geboden, daar wetgever en bestuur zich anders een eigen oordeel aannemen over datgene wat de vrijheid van onderwijs met zich brengt op het bestuurlijke niveau.

Deugdelijkheidseisen worden uitsluitend gesteld in de rechtsverhouding tussen overheid en schoolbestuur.⁹ De wetgever mag niet royaal omspringen met het stellen van dit soort eisen, daar er wat het bijzonder onderwijs betreft een klassiek grondrecht in het geding is. Overheidszorg en autonomie staan hier op gespannen voet met elkaar.

Al bij de eerste subsidiewet-Mackay van 1889 werd het principe geformuleerd dat een beperking van de inrichtingsvrijheid slechts gerechtvaardigd is als deze als noodzakelijk kan worden gekwalificeerd. Deze eis vinden we nu, in algemene termen, terug in de geldende Aanwijzingen voor de regelgeving. Hierbij kan verwezen worden naar de aanwijzingen 6 tot en met 9, waaraan het proportionaliteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel ten grondslag liggen. Zo schrijft aanwijzing 6 voor

⁶ Onderwijsraad, 2002, p.25.

⁷ In het huidige systeem is voor bekostiging tevens vereist dat de school uitgaat van een erkende (godsdienstig of levensbeschouwelijke) richting.

⁸ Kortmann, 2005, p.145-146.

⁹ Onderwijsraad, 2002, p.24.

dat tot het tot stand brengen van nieuwe regelingen alleen wordt besloten indien de noodzaak daarvan is komen vast te staan. Aanwijzing 8 bepaalt dat direct overheidsingrijpen pas op zijn plaats is indien van het zelfregulerend vermogen onvoldoende resultaten zijn te verwachten.

Hoewel de wetgever zich de afgelopen jaren als gevolg van toenemende aandacht voor toezicht en verantwoording in het onderwijs meer heeft beziggehouden met de bestuurlijke inrichting van scholen, heeft hij tot nu toe bijvoorbeeld bij de medezeggenschapsregelingen het primaat van het bevoegd gezag grotendeels onaangetast gelaten.

Uitgangspunten voor degelijk onderwijsbestuur: functiescheiding en bestuurlijke variëteit

In zijn advies *Degelijk onderwijsbestuur (2004)* heeft de raad een functiescheiding tussen bestuur en intern toezicht als een centraal principe voor goed bestuur aangemerkt. De wijze waarop deze functiescheiding tussen bestuur en intern toezicht vorm kan krijgen verschilt per onderwijssector. In het primair en voortgezet onderwijs ligt het primaat hiervoor, in het licht van de hiervoor genoemde vrijheid van inrichting, bij het bevoegd gezag. In het bijzonder onderwijs is functiescheiding daarbij een zaak die in statuten en in andere eigen regelingen tot uitdrukking komt; in het openbaar onderwijs gaat het om gemeentelijke regelingen of – voor zover het om de stichting voor openbaar onderwijs gaat – statuten. Voor het mbo (middelbaar beroepsonderwijs) is en voor het hbo (hoger beroepsonderwijs) was een wetsvoorstel in voorbereiding waarin is opgenomen een scheiding tussen toezichthoudende (raad van toezicht) en bestuurlijke taken (college of raad van bestuur).¹⁰

De raad adviseerde de minister van OCW (Onderwijs, Cultuur en Wetenschap) in het advies *Hoe kan governance in het onderwijs verder vorm krijgen?* (2006d) om de mogelijkheden voor bestuurlijke variëteit niet te verminderen, maar daar waar mogelijk uit te breiden. Het huidige onderwijsbestel kenmerkt zich door een variatie aan bestuursvormen. De raad constateerde dat het gevaar bestaat dat deze variatie sterk ingeperkt zou kunnen worden door de eisen van goed bestuur die aan de instellingen worden gesteld – in de richting van de stichtingsvorm en een raad-van-toezichtmodel. De keuze voor een bepaalde bestuursvorm dient echter op grond van overwegingen van vrijheid van inrichting (bijzonder onderwijs) en van decentralisatie (openbaar onderwijs) aan de instellingen en gemeentebesturen te blijven. De minister werd geadviseerd de wetgeving rond goed bestuur te toetsen op de criteria van vrijheid van inrichting en van decentralisatie.

De raad adviseerde de minister ook om waar mogelijk uitbreiding van bestuursvormen in het onderwijs te onderzoeken. De raad wees in dat verband op de discussie rond bijvoorbeeld coöperaties die ook voor onderwijsinstellingen interessant zouden kunnen zijn. In het advies *Leraarschap is eigenaarschap* (2007) heeft de raad de minister geadviseerd specifiek met het oog op de beroepsbeoefenaar in het onderwijs de onderwijsmaatschap en de lerencoöperatie als mogelijke bestuursvorm te onderzoeken. Daarnaast heeft de raad in diverse adviezen, zoals *Duurzame onderwijsrelaties* (2006a), gepleit voor het faciliteren van de inbreng van (externe) belanghebbenden door de mogelijkheid te creëren om anderen dan ouders, leerlingen/studenten en personeel te benoemen in de medezeggenschapsraad.

Beheersbare bestuurslast

Of onderwijsinstellingen zullen kiezen voor de vorm van de maatschappelijke onderneming, is onder meer afhankelijk van de praktische bruikbaarheid en van de mogelijkheid die deze vorm biedt om conflicten tussen verschillende betrokken partijen te voorkomen of te beheersen (creëert de rechtsvorm stabiele verhoudingen?). De raad heeft in het advies *Hoe kan governance in het onderwijs verder vorm krijgen?* (2006d) aangegeven dat de uitvoeringslast voor het bestuur van een onderwijsinstelling de afgelopen jaren, onder meer in het funderend onderwijs, steeds verder is toegenomen. Deze bestuurslast moet teruggedrongen worden, mede in het licht van doelstellingen als behoud van bestuurlijke variëteit en het tegengaan van bureaucratie binnen instellingen. Het principe van uitvoerbaarheid en hanteerbaarheid van bestuur houdt echter in dat, mede met het oog op behoud van bestuurlijke variëteit, de last ook voor relatief kleine besturen in het primair onderwijs te dragen is. In dit licht mag horizontale verantwoording ook niet onnodig geformaliseerd

¹⁰ Voor het mbo: TK 2005-2006, 30599, nr. 2. Het wetsvoorstel voor het hbo is ingetrokken, TK 2006-2007, 30382, nr. 18.

worden. De overheid zal bijvoorbeeld de exacte wijze waarop scholen en belanghebbenden in hun omgeving zich tegenover elkaar verantwoorden, om die reden niet moeten regelen.

2.2 De rechtsfiguur maatschappelijke onderneming in het onderwijs

Definitie maatschappelijke onderneming in relatie tot het onderwijs

Wat de maatschappelijke onderneming in het onderwijs precies inhoudt, is lang niet altijd duidelijk. Verschillende zaken zijn hiermee verbonden, zoals horizontale verantwoording, dienstbaarheid aan leerlingen, ouders en studenten, ruimte geven aan onderwijsinstellingen bij de invulling van hun maatschappelijke taakopdracht, de introductie van nieuwe vormen van besturen in het onderwijs en de behoefte aan teruggedringing van de bureaucratie en aan deregulering.¹¹

In het hoger onderwijs en het mbo zullen sommige instellingen zich mogelijk kunnen vinden in de *benaming* maatschappelijke onderneming; een en ander blijkt bijvoorbeeld uit de stukken van de brancheorganisaties.

Mbo-instellingen als maatschappelijke ondernemingen

“Instellingen voor beroepsonderwijs en volwasseneneducatie (bve-instellingen) ontwikkelen zich tot maatschappelijke ondernemingen. Dat zijn ondernemingen, die publieke taken op private basis uitvoeren. Zij worden voor deze publieke taken geheel of gedeeltelijk gefinancierd door de rijks-overheid.

De ontwikkeling naar maatschappelijke ondernemingen en de nieuwe bestuurlijke verhoudingen tussen de bve-instellingen en de rijksoverheid maken het onder meer noodzakelijk dat de instellingen hun governance op professionele en eigentijdse wijze regelen.”

Bron: governancecode bve

Behoeft en bruikbaarheid

Dat de benaming instellingen mogelijk aanspreekt is echter te onderscheiden van de vraag in hoeverre onderwijsinstellingen gebruik zullen gaan maken van de *rechtsvorm* maatschappelijke onderneming. De raad heeft in verscheidene adviezen op het terrein van governance en medezeggenschap met name gewezen op vereisten van noodzakelijkheid en proportionaliteit. Deze twee elementen zou de raad nu weer willen hanteren.

- Er moet een noodzaak tot overheidsinterventie zijn. Het principe van zelfregulering moet als uitgangspunt gelden.
- Indien overheidsinterventie noodzakelijk is, moet onderzocht worden of de doelstellingen bereikt kunnen worden door aanpassing of beter gebruik van bestaande instrumenten of alternatieven.

Daarnaast zou volgens de raad de maatschappelijke onderneming ook een positieve bijdrage moeten leveren aan het verwezenlijken van onderwijsdoelstellingen of van kerntaken.

Ten aanzien van de bijdrage aan de verwezenlijking van de onderwijsdoelstellingen en de kerntaken van de school kan het volgende worden opgemerkt. Het is mogelijk dat in de toekomst meer onderwijsinstellingen in het funderend onderwijs kiezen voor het model van de brede school (een samenwerkingsverband van onderwijs, kinderopvang, welzijn, sport en cultuurinstellingen) of een model van een educatieve voorziening¹² voor nul- tot twaalfjarigen. Zo een voorziening zal veelal drie afdelingen hebben: de basisschool, een afdeling voor zorg en educatie van nul- tot vierjarigen en een afdeling voor zorg en educatie in de buitenschoolse tijd voor vier- tot twaalfjarigen, respectievelijk vier- tot acht- en acht- tot twaalfjarigen. Ook de tussenschoolse opvang krijgt hierin een plek. Ouders krijgen te maken met één instituut waarin alle diensten zijn ondergebracht. Een dergelijke

¹¹ Vergelijk voor een aantal van deze aspecten: Vijlder, 2003, p.21 e.v.

¹² Zie Onderwijsraad, 2006b.

instelling met verschillende typen personeel en verschillende belanghebbenden vraagt om een juridische vormgeving die de huidige onderwijswetgeving vermoedelijk overstijgt.¹³

Wanneer het mogelijk wordt dergelijke educatieve instituties op te richten en in te richten zou de rechtsvorm maatschappelijke onderneming gebruikt kunnen worden. Een dergelijk educatief centrum vereist echter een speciaal traject en gaat verder dan alleen het vormgeven van een maatschappelijke onderneming. Ook dan blijft de vraag of daarvoor een aparte, nieuwe rechtsvorm nodig is, of dat de bestaande rechtsvormen voldoende ruimte bieden voor het organiseren van diverse maatschappelijke taken. De raad heeft in dat kader in zijn advies *Een vlechtwerk van onderwijs en opvang* (2006b) geadviseerd de doelstellingsbepalingen in de onderwijswetten uit te breiden, zodat daarover geen twijfel mogelijk is.

De praktische bruikbaarheid en de vraag of de rechtsvorm al dan niet zorgt voor 'bestuurlijke drukte' zullen voor onderwijsinstellingen belangrijke criteria vormen om al dan niet te kiezen voor de maatschappelijke onderneming. In de volgende twee hoofdstukken zullen we daar bij de beantwoording van enkele specifieke vragen nader op ingaan.

2.3 Conclusies: twijfel over nut en noodzaak

De raad heeft de afgelopen jaren voor wat betreft de bestuurlijke inrichting van onderwijsinstellingen bij voortduring drie zaken aanbevolen. In de eerste plaats vrijheid van inrichting van de rechtspersoon (met name voor het funderend onderwijs), waaruit voortvloeit dat in principe volstaan moet worden met enkel de vastlegging van de grondprincipes voor degelijk onderwijsbestuur – zoals functiescheiding tussen bestuur en toezicht. In de tweede plaats heeft hij gepleit voor een variëteit aan bestuursvormen voor het (funderend) onderwijs en ruimte voor nieuwe bestuursvormen zoals de vereniging voor het openbaar onderwijs, de (leraren)coöperatie of de onderwijsmaatschap. Tot slot heeft hij gepleit voor de regeling van degelijk onderwijsbestuur, waarbij er geen verzwaring van de bestuurslast plaatsvindt.

De raad beoordeelt de maatschappelijke onderneming dus vanuit een andere optiek dan de toelichting op het in paragraaf 1.1 genoemde voorontwerp van wet (proeve), die is gebaseerd op het rapport van de commissie-Wijffels. De commissie-Wijffels is van mening dat de variëteit in rechtsvormen tot slechte herkenbaarheid bij de gebruikers zou leiden. De raad is van mening dat variëteit juist winst oplevert, in de zin van maatwerk voor instellingen. Voor de raad is er op dit moment, ondanks enkele in het oog springende incidenten¹⁴, geen empirisch bewijs dat de stichtingsvorm dermate grote problemen oplevert dat deze figuur voor het onderwijs uitgesloten zou moeten worden. Er is dus voor de raad geen reden om één rechtsvorm – de maatschappelijke onderneming – dwingend aan het onderwijsveld op te leggen. De raad acht een regeling van de rechtsvorm maatschappelijke onderneming in het onderwijs dan ook alleen zinvol om daarmee de variëteit te vergroten, niet om deze te beperken. Op de negende vraag, namelijk de wenselijkheid van het facultatieve karakter, kan de raad dus, in ieder geval voor het funderend onderwijs, volmondig ja antwoorden. Niet alleen komt dit tegemoet aan de praktijk, maar ook aan de grondwettelijke randvoorwaarden. Het opleggen van één model, dat van de maatschappelijke onderneming, zou volgens de raad in strijd zijn met de vrijheid van inrichting.

Of er grote behoefte zal bestaan aan deze rechtsfiguur zal voornamelijk afhangen van de vraag of instellingen een meerwaarde zien ten opzichte van de bestaande bestuursvormen zoals de vereniging of stichting. De maatschappelijke onderneming lijkt met name bedoeld om het vermeende ondemocratische karakter van de stichtingsfiguur te compenseren door inrichting van organen naast het bestuur, zoals een belangenvertegenwoordiging. Voor wat betreft het bekostigde onderwijs kan er echter op gewezen worden dat democratische 'tekortkomingen' al in belangrijke mate worden gecompenseerd door de WMS (Wet medezeggenschap scholen), die zowel het personeel als de

¹³ Vgl. Zoontjes, 2006.

¹⁴ Verwezen zij naar de problemen rond het SIBA-bestuur, TK 2006-2007, 30 800 VIII, nr. 138.

ouders en de leerlingen stem geeft in de besluiten die hen direct aangaan.¹⁵ Ook anderszins twijfelt de raad overigens aan het nut van de maatschappelijke onderneming zoals deze thans wordt voorgesteld; een en ander komt in de volgende hoofdstukken nader aan de orde.

We zullen in het komende hoofdstuk nader ingaan op de positionering van de verschillende organen binnen de maatschappelijke onderneming en de bruikbaarheid van deze rechtsvorm voor het onderwijs, met name ten opzichte van bestaande regelingen. Ook de vraag of het overheidstoezicht kan terugtreden als gekozen wordt voor de rechtsvorm van een maatschappelijke onderneming komt aan de orde.

¹⁵ Voor het mbo is vooralsnog de WMO van toepassing, voor het hoger onderwijs gelden de bepalingen in de sectorale WHW.

3 Beoordeling van de proeve

Dit hoofdstuk gaat – na een korte algemene schets van de proeve – in op de inrichting van de maatschappelijke onderneming en de bruikbaarheid ervan voor het onderwijs. De raad concludeert dat er ten opzichte van de huidige en komende wettelijke borging van de positie van belanghebbenden weinig meerwaarde is. Bovendien zijn er nog heel wat uitwerkingsvragen te beantwoorden voordat de maatschappelijke onderneming als rechtsfiguur in brede zin aantrekkelijk kan zijn voor de onderwijssector.

3.1 Korte schets proeve

De maatschappelijke onderneming (ook aangeduid als M.O.)¹⁶ is een nieuwe rechtspersoon, welke geregeld zal worden in het BW naast de al bestaande rechtspersonen zoals de stichting en de vereniging.

Contouren van de maatschappelijke onderneming

De maatschappelijke onderneming kent naast een bestuur (307g) een verplichte raad van toezicht (307j) en een orgaan dat gericht is op belangenvertegenwoordiging (307o). Het bestuur is belast met het bestuur van de maatschappelijke onderneming. De raad van toezicht controleert het bestuur, keurt belangrijke besluiten van het bestuur goed en staat het bestuur met advies terzijde. De mogelijkheid wordt geopend om per instelling een raad van toezicht te hebben (307j eerste lid).

De belangenvertegenwoordiging heeft in ieder geval het recht van advies met betrekking tot de besluiten waar de goedkeuring van de raad van toezicht voor nodig is en verder ten aanzien van alle besluiten die daartoe zijn aangewezen in de statuten (307o lid 4). Ook kunnen de statuten bepalen dat bepaalde besluiten aan de goedkeuring van de belanghebbendenvertegenwoordiging onderworpen zijn (307o lid 7). De wettelijke regeling kent voorts een geschillenregeling indien het advies van de belangenvertegenwoordiging niet wordt opgevolgd (307p). De vertegenwoordiging krijgt ook het recht een enquête uit te lokken bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam.

Het doel van de maatschappelijke onderneming is maatschappelijke dienstverrichting; doel mag niet zijn het doen van uitkeringen, tenzij deze aan personen of instanties buiten de maatschappelijke onderneming toekomen en een ideële of sociale strekking hebben (307a lid 2). De maatschappelijke onderneming heeft zelfstandige rechtsbevoegdheid en wordt opgericht en bestuurd door een bestuur of bestuurder (er kan dus ook een éénhoofdig bestuur zijn).

De toezichthoudende functie van de raad van toezicht krijgt met name gestalte door middel van zijn bevoegdheid het bestuur te benoemen en te ontslaan (artikel 307i), en zijn goedkeuringsbevoegdheden genoemd in artikel 307m. De belanghebbendenvertegenwoordiging heeft adviesrecht over de bestuursbesluiten die de goedkeuring van de raad van toezicht behoeven, en verder ten aanzien van andere, door de statuten aan te wijzen onderwerpen (artikel 307o lid 4).

Belanghebbenden zijn volgens de mvt in ieder geval de reguliere afnemers van diensten van de onderneming “en anderen”. Het bestuur is verplicht de belanghebbendenvertegenwoordiging alle informatie te verschaffen die zij nodig heeft om de belangen van de achterban te kunnen behartigen en heeft het recht het bestuur te horen en rechtsvorderingen in te stellen. De statuten bepalen wie belanghebbenden zijn en wie zij vertegenwoordigen en hoe ze in de gelegenheid worden gesteld

¹⁶ Deze aanduiding zouden de toekomstige rechtspersonen ook in de titel moeten voeren, net zoals de aanduidingen bv of nv.

om te worden gehoord, dan wel op welke andere wijze aan hen verantwoording wordt afgelegd. Bij het niet volgen van adviezen moet het voor de belanghebbendenvertegenwoordiging mogelijk zijn om een geschil daarover te beslechten en zo nodig vernietiging van het besluit te vragen. Voor het geval er naar de mening van de belanghebbendenvertegenwoordiging sprake is van wanbeleid, heeft ze recht van onderzoek door de Ondernemingskamer.

In de volgende paragrafen zal, naar aanleiding van de behandelde vragen, nader ingegaan worden op de afzonderlijke bepalingen.

3.2 Benoemingsprocedures

De tweede door de minister gestelde vraag is, of de Onderwijsraad zich kan vinden in de wijze waarop de benoeming van bestuurders, toezichthouders en belanghebbenden is vormgegeven.

Volgens artikel 307i van de proeve geschiedt de benoeming van bestuurders voor de eerste maal bij akte van oprichting en nadien door de raad van toezicht. De statuten kunnen voorzien in een bindende voordracht van bestuurders door de belanghebbendenvertegenwoordiging. Volgens artikel 307j geschiedt de benoeming van leden van de raad van toezicht door de raad van toezicht zelf (coöptatie), met inachtneming van een openbare profielschets als bedoeld in het derde lid van deze bepaling. Artikel 307o stelt dat de belanghebbendenvertegenwoordiging "representatief" dient te zijn voor de in de statuten genoemde belanghebbenden.

Ten aanzien van de benoemingsprocedure voor het bestuur kan de raad zich vinden in de voorgestelde formulering. Wel vraagt hij zich af in hoeverre een bindend voordrachtsrecht van de belanghebbendenvertegenwoordiging een reële optie is. In het onderwijs is thans voorzien in een vergelijkbare regeling voor de stichting voor openbaar onderwijs (artikel 42 lid 6b WVO (Wet op het voortgezet onderwijs) en artikel 48 lid 6b WPO (Wet op het primair onderwijs)) waarbij minstens een derde maar niet meer dan de helft van de bestuurszetels wordt benoemd op bindende voordracht van de ouders. Bepalingen als deze maken het in de praktijk moeilijk om professionele colleges van bestuur in te richten, die vaak (om financiële redenen) slechts kunnen bestaan uit één of twee leden.

De voorgestelde benoemingsprocedure voor de raad van toezicht sluit grotendeels aan op de visie zoals door de raad in verschillende adviezen naar voren is gebracht. Naar het oordeel van de raad moet het toezichthoudend orgaan als collegiaal orgaan onafhankelijk kunnen opereren zonder last of ruggespraak. Het uitoefenen van het toezicht mag niet worden belemmerd door deelbelangen of bestuurlijke bevoegdheden. Dit sluit ook benoeming of bindende voordracht van leden van het toezichthoudende orgaan door belanghebbenden uit.¹⁷

Wat opvalt is dat nog niet is voorzien in een benoemings- of verkiezingsprocedure voor de belanghebbendenvertegenwoordiging. Het zou zinvol kunnen zijn een bepaling op te nemen die stelt dat de belanghebbendenvertegenwoordiging wordt gekozen door de in de statuten genoemde belanghebbenden.

3.3 De positie van de raad van toezicht

De derde vraag van de minister van Justitie gaat in op de positie van de raad van toezicht en de besluiten die ter goedkeuring moeten worden voorgelegd.

Artikel 307j stelt dat de "raad van toezicht zodanig is samengesteld dat de toezichthouders ten opzichte van elkaar, het bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren". "Bij de vervulling van hun taak richten de toezichthouders zich naar het belang van de maatschappelijke onderneming en de met haar verbonden onderneming [...] en het door middel daarvan behartigde maatschappelijke belang". Lid 5 bepaalt dat de raad van toezicht het bestuur

¹⁷ Vgl. Onderwijsraad, 2004.

kan opdragen kwaliteitsbevorderende instrumenten zoals visitatie te gebruiken en daarover te rapporteren. Lid 1 stelt dat de statuten kunnen bepalen dat elke instelling een afzonderlijke raad van toezicht heeft (volgens de mvt geïnspireerd op het model van medezeggenschapsraad in het onderwijs).

In de visie van de raad moet het toezichthoudend orgaan als collegiaal orgaan optreden; zij moet naar buiten toe met één mond spreken. Dit volgt tevens uit artikel 2:8 BW en uit relevante jurisprudentie.¹⁸ Een bepaling waarbij leden *ten opzichte van elkaar* onafhankelijk moeten kunnen opereren, spoort daar niet mee. De raad geeft in overweging deze specifieke passage te schrappen.

Dat er een raad van toezicht *per instelling* zou zijn, vindt de Onderwijsraad niet voor de hand liggend. De raad van toezicht ziet immers toe op het bestuur van de *rechtspersoon*, niet op de individuele instellingen die de rechtspersoon in stand houdt – in het geval van onderwijs de individuele scholen. In die zin is een raad van toezicht wezenlijk iets anders dan een medezeggenschapsraad, die juist specifiek toeziet op de individuele school. Instelling van een raad van toezicht per school zou ook buitengewoon onpraktisch zijn. Het zou betekenen dat in het geval van een schoolbestuur met meerdere scholen onder zich, besluiten tot benoeming en ontslag van bestuursleden en de bestuursbesluiten als bedoeld in artikel 307m aan de goedkeuring van de verschillende raden van toezicht onderworpen zou zijn.

Dat de raad van toezicht het bestuur kan opdragen bepaalde kwaliteitsbevorderende instrumenten te gebruiken (artikel 307j lid 4), is voor te stellen vanuit intern handhavingsperspectief; toezicht houden betekent immers ook in sommige gevallen interveniëren. Het is de Onderwijsraad echter niet duidelijk of zo'n bevoegdheid bijdraagt aan een duidelijke rolverdeling tussen raad van toezicht en bestuur (het principe van functiescheiding). In beginsel moet het bestuur besturen en verantwoordelijk zijn voor de kwaliteit. Daartoe kan het bestuur ook externen inzetten en gebruikmaken van bepaalde instrumenten. Wanneer de raad van toezicht bepaalde (kwaliteits)sturende bevoegdheden gaat uitoefenen, vertroebelt dat de verhoudingen. Gesteld bijvoorbeeld de situatie dat een raad van toezicht het bevoegd gezag van een school opdraagt een bepaald kwaliteitsinstrument in te zetten en achteraf blijkt dat dit de onderwijskwaliteit juist heeft doen verslechteren, dan scheidt dit mogelijk een medeverantwoordelijkheid/aansprakelijkheid van de raad van toezicht. Dergelijke bepalingen doen het raad-van-toezichtmodel opschuiven naar een raad-van-beheermodel met een algemeen en een dagelijks bestuur. Concluderend twijfelt de raad op dit moment aan de meerwaarde van een dergelijke wettelijke bepaling.

3.4 De positie van belanghebbenden

De vierde vraag gaat in op de positie van de belanghebbendenvertegenwoordiging en op haar bevoegdheden.

De belanghebbendenvertegenwoordiging is geregeld in artikel 307o. De statuten kunnen bepalen dat er per instelling een vertegenwoordiging is. In ieder geval moet één maal per jaar de gelegenheid worden gegeven advies te geven over het strategisch beleid en verder advies over een aantal door de wet aangewezen onderwerpen zoals overdracht van de onderneming, verbreken van duurzame samenwerking met een andere rechtspersoon, het voorstel tot ontbinding, belangrijke investeringen en statutenwijziging.

Belanghebbenden onderscheiden in indirecte en directe belanghebbenden

Als het gaat om de vraag wie de belanghebbenden zijn in het kader van de maatschappelijke verantwoording is er volgens de Onderwijsraad een onderscheid tussen directe en indirecte belanghebbenden.¹⁹ De eerstgenoemden zijn direct betrokken bij het onderwijsleerproces (als werknemer of onderwijsontvanger) en hebben op dit moment een formele positie in de vorm van medezeggenschap over het bestuur van de instelling. De Onderwijsraad gaat er voetstoots van uit dat deze

¹⁸ Zo bijvoorbeeld de HES-uitspraak, zie P.W.A. Huisman, Algemene beginselen van goed toezien bij een raad van toezicht, School en Wet 2004, nr. 9.

¹⁹ Onderwijsraad, 2004.

formele positie, neergelegd in de WMS en andere medezeggenschapsregelingen, intact blijft, ook als gekozen wordt voor de rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming.

Onderwijsinstellingen hebben echter ook de zorgplicht om een bredere kring van belanghebbenden een positie te geven. Wie deze indirecte belanghebbenden zijn, is volgens de raad in de eerste plaats uit te maken door de instelling zelf. De raad heeft in het advies *Degelijk Onderwijsbestuur* (2004) verschillende varianten geschetst van horizontale verantwoording. Sommige scholen opteren bijvoorbeeld voor institutionalisering van de invloed van belanghebbenden in de omgeving van de school door de instelling van een adviesraad. Deze kan een adviesrecht hebben of déchargebevoegdheid ten aanzien van gestelde (maatschappelijke) doelen.

De raad stelde in het eerdergenoemde advies voor, hiertoe een beperkt aantal criteria te hanteren. Uit onderzoek blijkt overigens dat in de praktijk mbo-instellingen belanghebbenden kiezen die voor de hand liggen, namelijk zij die een belang hebben bij de realisering van de productie- en service-doelstellingen van de instelling.²⁰

Uit de proeve wordt niet duidelijk wat de verhouding is tussen de bevoegdheden van de interne belanghebbenden, gewaarborgd in de WMS en vergelijkbare regelingen, en die van externe belanghebbenden, gewaarborgd in het voorgestelde artikel 307o. Staan zij op gelijke voet? Wat te doen als bevoegdheden overlappen? Volgens de raad ligt het voor de hand voorrang te geven aan de directe belanghebbenden, die dagelijks met de instelling te maken hebben (ouders, leerlingen, personeel). Overige belanghebbenden hebben slechts een afgeleid belang.

Betrekken van belanghebbenden

Het betrekken van belanghebbenden bij de maatschappelijke instelling is niet altijd even makkelijk. Zo functioneert de huidige belanghebbendenregelingen in het onderwijs, zoals de medezeggenschap, niet altijd optimaal.²¹ Belanghebbenden zijn niet altijd bereid om zitting te nemen in speciaal voor hen bestemde organen en gremia. Zo zijn de meeste leerlingen/studenten niet bereid zelf te participeren in een raad vanwege de tijdsinspanning die dit vraagt. Over de aard en omvang van medezeggenschap in de beleidsontwikkeling wordt wisselend geoordeeld. De leden van medezeggenschapsorganen zelf zijn van mening dat zij in staat zijn om 'op hoofdlijnen' het beleid te controleren. Anderzijds achten sommige leden van medezeggenschapsraden de doorwerking van hun handelen op het beleid gering. Gebrekkige informatie, tijdsgebrek en onvoldoende vaardigheden worden als oorzaken hiervoor genoemd.

Personeel en studenten zijn vaak niet op de hoogte van wat er in de medezeggenschap gebeurt, maar vinden wel dat hun belangen voldoende worden behartigd en dat ze voldoende invloed hebben op het onderwijs. De medezeggenschapsraden hebben duidelijk een functie om de formele inspraak van belanghebbenden op een aantal onderdelen te regelen. Tegelijkertijd schieten de raden soms tekort als platform voor elk van de deelnemende geledingen ten aanzien van onderwijsinhoudelijke onderwerpen. Het zijn juist deze onderwerpen die de interesse van ouders, leerlingen en studenten hebben en waarop zij meer inspraak zouden willen. Veel scholen voor funderend onderwijs kennen naast de wettelijk verplichte vormen van inspraak ouderraden, leerlingenraden of andere organen, die geen wettelijke positie innemen maar wel gehoord of geraadpleegd worden door het bestuur of de directie. Instellingen voor hoger onderwijs kennen soortgelijke mogelijkheden voor inspraak van studenten.

Volgens de raad zullen bovenstaande conclusies in nog sterkere mate gelden voor de belanghebbendenvertegenwoordiging in de maatschappelijke onderneming. De raad constateert dat het al moeilijk is om *directe belanghebbenden* te betrekken bij zaken die hen rechtstreeks aangaan, zoals de vormgeving en inrichting van onderwijsprogramma's. Dit wordt nog moeilijker als het erom gaat betrokkenheid op te brengen bij onderwerpen die verderaf staan, zoals het strategisch beleid van de instelling en zaken zoals statutenwijzigingen of belangrijke investeringen. Een en ander blijkt ook uit het functioneren van gmr'en (gemeenschappelijke medezeggenschapsraad) in het onderwijs, die

²⁰ Hooge, 2005.

²¹ Zie Onderwijsraad, 2006a.

vaak met zulk soort meer strategische besluiten te maken krijgt; de belangstelling voor de gmr is nog minder dan die voor de mr op schoolniveau.²²

De raad vraagt zich dus af in hoeverre de belanghebbendenvertegenwoordiging in de praktijk haar bevoegdheden kan waarmaken. Voor het instellingsbestuur komt dan de vraag op in hoeverre een orgaan dat slecht functioneert effectief betrokken moet worden bij belangrijke besluiten zoals het doen van belangrijke investeringen.

De medezeggenschapsregelingen in het onderwijs zijn op dit moment al uitgebreider dan in de andere 'maatschappelijke' sectoren. Het betreft hier met name bevoegdheden die de belangen van de onderscheiden geledingen (personeel, ouders, studenten) direct aangaan. Maar ook zaken zoals fusiebesluiten of besluiten over langdurige samenwerking met andere instellingen zijn instemmingsplichtig. In het advies *Duurzame onderwijsrelaties* (2006a) heeft de raad aangegeven dat de formele invloed van ouders, leerlingen en personeel op dit moment ook op andere manieren voldoende is geborgd, zoals via het 'marktmechanisme' van de schoolkeuze: als ouders zich niet kunnen vinden in de aanpak of opbrengsten van de school, kunnen ze (collectief) voor een andere school kiezen of de weg kiezen van bestaande procedures en informatieverplichtingen zoals de klachtenregeling en de schoolgids.

Wat hier verder van zij, wil de maatschappelijke onderneming een voor het onderwijs zinvolle variant gaan vormen, dan zal de verhouding van de belanghebbendenvertegenwoordiging ten opzichte van de bestaande medezeggenschapsorganen helder geregeld moeten worden.

3.5 Vormgeving van geschillenbeslechting

De vijfde vraag betreft de kwestie van de vormgeving van de geschillenbeslechting.

De proeve stelt in artikel 307p voor, de belanghebbendenvertegenwoordiging een beroepsrecht toe te kennen bij de Ondernemingskamer voor sommige adviesplichtige besluiten, en voor het overige geschillenbeslechting tussen organen van de rechtspersoon te regelen naar analogie van de regeling in de WOR (Wet op de ondernemingsraden). Artikel 307k bepaalt dat de Ondernemingskamer op verzoek van de maatschappelijke onderneming een toezichthouder kan 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. Volgens de mvt is deze bepaling terug te voeren op een regeling in het vennootschapsrecht. De belanghebbendenvertegenwoordiging krijgt in de proeve het recht van enquête (onderzoek naar wanbeleid van de onderneming), waarbij de redelijkerwijs noodzakelijke kosten voor rekening komen van de maatschappelijke onderneming (artikel 346).

Voor zover het de geschillenprocedure betreft, functioneert op dit moment in het onderwijs het geschillenregime krachtens de WMS voor primair en voortgezet onderwijs, de WMO 1992 voor het mbo, en de WOR voor zover universiteiten hebben gekozen voor een ondernemingsraad, dan wel een specifieke geschillenregeling; voor het hbo geldt een systeem van ongedeelde medezeggenschap volgens artikel 10.17 en volgende WHW (Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek). In het primair en voortgezet onderwijs wordt gewerkt aan één landelijke geschillencommissie. Er is daarna beroep mogelijk op de Ondernemingskamer. De huidige geschillenregeling functioneert in zijn algemeenheid als adequate, laagdrempelige en professionele voorziening. Naar analogie van de vorige paragraaf kan geconcludeerd worden dat het huidige medezeggenschapsstelsel in het onderwijs, inclusief de geschillenregeling, de belanghebbenden goed in positie brengt.

De raad stelde in het advies *Duurzame onderwijsrelaties* (2006a) de vraag of een extra, externe toezichtsvoorziening, bijvoorbeeld in de vorm van een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof in Amsterdam, nu een noodzakelijke stap is die genomen moet worden in het funderend onderwijs. De raad was er niet van overtuigd dat er aanwijzingen zijn voor een

²² Smit & Kuijk, 2004.

dusdanig democratisch tekort van het toezicht op – met name – stichtingsbesturen, dat de invloed van belanghebbenden via de Ondernemingskamer vergroot moet worden.

Verwezen werd ook naar het rapport van de commissie-Wijffels, waarin is gesteld dat cliënten, of in het geval van funderend onderwijs ouders en leerlingen, vooral in de *dienstverlening* van de maatschappelijke onderneming geïnteresseerd zijn. “Een verzoek om een enquête te houden vanwege lange wachttijden in de zorg, om een volstrekt willekeurig voorbeeld te noemen, is niet ontvankelijk wanneer het verzoek niet valt terug te voeren op het beleid en de gang van zaken in de onderneming, maar op tekortschietende budgetten of de kwaliteit van de ingekochte zorg, hetgeen meer waarschijnlijk is”, aldus het rapport. Deze passage wordt overigens ook meerdere malen genoemd in de artikelsgewijze toelichting van de proeve.²³

De enquêteprocedure kan daarnaast samenlopen met andere procedures, indien daar geen voorzieningen voor zijn getroffen. Te denken valt aan procedures voortvloeiend uit medezeggenschaps-geschillen. Met het recht van enquête moet niet lichtvaardig om worden gegaan, omdat de (reputatie)schade voor de instelling omvangrijk kan zijn. Het toekennen van het enquêterecht aan directe belanghebbenden heeft wat de raad betreft geen voorkeur vanwege nadelen zoals onvoldoende distantie, mogelijk oneigenlijk gebruik, gebrekkige representativiteit en geen reëel kostenverhaal.²⁴ Om die reden heeft bijvoorbeeld de ondernemingsraad in de meeste gevallen – tenzij bij overeenkomst toegekend²⁵ - ook niet het recht van enquête.

De centrale vraag is aldus of de enquêteprocedure nu een nuttig instrument is om eventuele patstellingen op te lossen. Volgens de raad gaat governance in horizontale verhoudingen om het opbouwen van partnerschap en wederkerig vertrouwen, niet om ‘doorzettingmacht’, ‘reële invloed’ of een recht van enquête ten gunste van de ene of de andere partij. In veel relaties tussen de school en de omgeving, met name waarin samenwerking tussen partners van buiten het onderwijs nog van de grond moet komen, is er geen behoefte aan een formele verantwoordingsplicht of wettelijk geborgde ‘reële invloed’ van één van de betrokken partijen. Wettelijke positionering is bovendien geen garantie dat de betrokkenheid ook toeneemt. Mocht er in voorkomende gevallen aanleiding zijn om geschillen binnen of tussen organen van de rechtspersoon op te lossen, dan is de civiele rechter daar zeer wel toe in staat.²⁶

Concluderend; het enquêterecht lijkt volgens de raad geen geëigend middel om de betrokkenheid van belanghebbenden te vergroten bij de zaken waar het werkelijk om gaat: de kwaliteit van het onderwijs en de zorg voor de leerling.

3.6 Rol van de overheid

Een andere vraag van de minister van Justitie veronderstelt dat de figuur van de maatschappelijke onderneming, met bepaalde rechten voor de belanghebbendenvertegenwoordigers, kan betekenen dat de overheid minder toezicht dan voorheen hoeft te houden.

Het raadsadvies *Doortastend onderwijstoezicht* (2006e) concludeerde dat verticaal, hiërarchisch toezicht door of vanwege de overheid zich moeilijk laat vervangen door horizontale, gelijkwaardige vormen van controle op de naleving en uitvoering van bepaalde kwaliteitsvoorschriften. (Extern) toezicht heeft twee belangrijke kenmerken:

- Het is onafhankelijk. De onafhankelijkheid komt onder meer tot uitdrukking in het kader, dat met name het algemeen belang – dus niet het instellingsbelang – in het oog heeft.
- Het is professioneel: het gaat erom wie hij is (een vakman of -vrouw), wat hij doet (objectief onderzoek) en hoe hij dat doet (via eisen en methoden die valide, betrouwbaar en navolgbaar zijn).

²³ Zo bijvoorbeeld in de toelichting bij art. 307p over het enquêterecht.

²⁴ Vgl. Houwen, 2005.

²⁵ Hof Amsterdam, Ondernemingskamer, 1 maart 2005, rekestnr. 255/2005 (n.n.g).

²⁶ Zie bijvoorbeeld de HES-zaak, Huisman, 2004.

Belanghebbendenvertegenwoordigers zien – logischerwijs – vooral toe op belangen die hen aangaan en zijn gericht op de instelling zelf. Extern toezicht, bijvoorbeeld door de Inspectie, is met name gericht op een oordeel: wat is er op een bepaald moment x terechtgekomen van de plannen, wat zijn de resultaten, hoe past het bij de wettelijke doelstellingen, bekostigingsvoorwaarden, enzovoort. Die verschillen in perspectieven, de verschillen in taalgebruik en de verschillende methoden en eisen van onderzoek belemmeren de bruikbaarheid van interne gegevens voor het overheids-toezicht.

De raad ziet voorshands dus niet hoe een figuur als de maatschappelijke onderneming het overheidstoezicht op het onderwijs (zie ook artikel 23, lid 2 Grondwet) meer of anders kan beperken dan bij de huidige bestuursvormen in het onderwijs. Het interne toezicht of de belanghebbenden kunnen niet de plaats van het overheidstoezicht (Inspectie) innemen.

3.7 Aanvullende financiering of winstuitkering

Een zevende vraag die de minister van Justitie stelt is in hoeverre er een aanvullende regeling moet zijn voor extra financiering van instellingen, zoals het vergroten van het eigen vermogen of een vorm van winstuitkering.

De raad constateert dat deze vraag op dit moment voor het (bekostigd) onderwijs niet direct van belang is. Ook de huidige bepalingen in de onderwijswetten schrijven voor dat de (bijzondere) instellingen in stand kunnen worden gehouden door rechtspersonen zonder winstoogmerk.

Zeggenschap over inzet middelen

Hoewel niet direct gerelateerd aan de vraagstelling over het al dan niet uitkeren van eventuele winst, wil de raad hier nog wel iets opmerken over de zeggenschap over de verdeling van financiële middelen. De verantwoording voor en toedeling van financiële middelen binnen de instelling is een zaak van het bestuur van de rechtspersoon. Een eventuele raad van toezicht kan de begroting goedkeuren en décharge verlenen. In het onderwijs is tevens de inbreng van directe belanghebbenden gegarandeerd via de WMS. Artikel 16, tweede lid WMS stelt dat de gmr vooraf de gelegenheid heeft advies uit te brengen over elk door het bevoegd gezag te nemen besluit over de vaststelling of wijziging van de hoofdlijnen van het meerjarig financieel beleid voor de desbetreffende scholen. Hier vallen ook de criteria onder die worden toegepast bij de verdeling van de middelen over voorzieningen op bovenschools niveau en op schoolniveau.

De informatieplicht van het bevoegd gezag geldt volgens artikel 8 WMS tevens voor:

- het jaarlijks verstrekken van de begroting en bijbehorende beleidsvoornemens op financieel, organisatorisch en onderwijskundig gebied;
- het jaarlijks voor 1 mei verstrekken van informatie over de berekening die ten grondslag ligt aan de middelen uit de openbare kas die worden toegerekend aan het bevoegd gezag; en
- het jaarlijks voor 1 juli verstrekken van een jaarverslag als bedoeld in artikel 106 WVO.

Daarnaast is in de WMS die op 1 januari 2007 in werking is getreden een informatierecht voor de (g)mr opgenomen over de hoogte van de inkomens van onder meer het topkader, de bestuurders en de toezichthouders. De wetgever heeft ervoor gekozen met het informatierecht ten aanzien van de beloningsverhoudingen aan te sluiten bij de situatie in de marktsectoren, omdat de maatschappelijke en politieke discussie over beloningsverhoudingen niet aan het onderwijs voorbijgaat. Volgens de wetgever gaat deze discussie over alle sectoren, en bovenal over met publieke middelen gefinancierde sectoren, waartoe het onderwijs behoort. Als gevolg van het bepaalde in artikel 8, vierde lid van de WMS dient het bevoegd gezag bij het geven van informatie over de inkomens inzichtelijk te maken met welk percentage deze arbeidsvoorwaardelijke regelingen en afspraken zich verhouden tot elkaar en tot die van het voorafgaande jaar.

Uitspraak commissie voor geschillen

Naar het oordeel van de Commissie voor medezeggenschapsgeschillen in de BVE/VO voor het katholiek onderwijs is een bestuursbesluit waarbij de salarissen van het college van bestuur door de raad van toezicht worden verhoogd, een besluit waarbij de vaststelling van één van de hoofdlijnen van het meerjarig financiële beleid aan de orde is. De commissie komt op grond daarvan tot de slotsom dat het bevoegd gezag het te nemen besluit over de beloning van de leden van het college van bestuur in het kader van het vaststellen van de hoofdlijnen van het meerjarig financiële beleid voor advies aan de gmr dient voor te leggen.

Bron: Advies 22 januari 2007, BVE/VO NN nr. 07/01

4 Conclusies

Dit hoofdstuk bevat aan de hand van de gestelde vragen kort de visie van de raad op nut en noodzaak van de maatschappelijke onderneming voor het onderwijs en geeft tot slot enkele aanbevelingen over de ontwikkeling van (zelfregulerings)alternatieven.

4.1 Geen noodzaak voor regeling maatschappelijke onderneming voor de onderwijssector

De vraag met betrekking tot de aanvullende regeling eigen vermogen en rendementsvergoeding heeft de raad nagenoeg buiten beschouwing gelaten, omdat deze voor het onderwijs op dit moment niet actueel is.

Over de vragen naar de waarde en behoefte van de maatschappelijke regeling (vraag 1), de eventuele verplichtstelling van de regeling (vraag 9), de andere rol van de overheid (vraag 8) en de afbakening van de term (vraag 10), wil de raad het volgende opmerken.

De algemene vraag die de raad gesteld ziet is of de maatschappelijke onderneming zoals voorgesteld in de proeve een noodzakelijke en nuttige verrijking kan betekenen voor het bestuurlijke landschap in het onderwijs. Belangrijke toetspunten zijn daarbij of de maatschappelijke onderneming de verwezenlijking van onderwijsdoelstellingen ook naderbij brengt en verder of er recht wordt gedaan aan kaders zoals artikel 23 Grondwet over de vrijheid van onderwijs.

De raad is van mening dat een figuur zoals de maatschappelijke onderneming in beginsel past binnen het kader van artikel 23 Grondwet, zolang de vrijheid van inrichting en richting van het bijzonder onderwijs zijn gegarandeerd. De vraag is echter of er op dit moment een noodzaak voor en daadwerkelijke vraag uit het (onderwijs)veld is naar de regeling van een maatschappelijke onderneming.

De raad denkt dat er geen reële vraag kan zijn. Volgens de raad zijn immers redenen zoals het 'democratisch deficit' van de stichting of de eventuele dereguleringswinst voor zover het onderwijs betreft niet valide zonder empirische bewijzen. Voor zover er al evidentie is, zorgen de medezeggenschapsregelingen, klachtenregelingen, codes en verplichtingen voor (financiële) verslaglegging voor voldoende controle op het bestuur van de stichting. Verder is te wijzen op de mogelijkheid van de rechtsvorm vereniging. In het primair en voortgezet onderwijs zijn er veel instellingen die gekozen hebben voor de verenigingsvorm. In het hoger onderwijs is de vereniging VU-Windesheim actief. Via het lidmaatschap en op basis van de wettelijke eisen die aan de verenigingsvorm zijn gesteld (zoals het benoemingsrecht van de ledenvergadering voor het bestuur) kunnen leden invloed uitoefenen. Verder zijn er in het onderwijsveld in toenemende mate initiatieven rond de coöperatie als specifieke vorm van de vereniging, waarbij het gaat om lerencoöperaties of om een vorm die samenwerking mogelijk maakt zonder over te gaan tot een fusie.

Principes van goed bestuur of horizontale verantwoording zouden het beste in de sectorale onderwijswet geregeld kunnen worden. Dergelijke specifiek op het onderwijsrecht gerichte regelingen zijn overigens thans voor primair en voortgezet onderwijs en voor het mbo (wetsvoorstel 30 599) ook in voorbereiding.²⁷ Een vastlegging van governanceprincipes in de onderwijswetten zou tevens tegemoetkomen aan de duale structuur van het onderwijsstelsel. De maatschappelijke onderneming

²⁷ Gedoeld is op het in te dienen Wetsvoorstel goed bestuur po/vo, waarin ook het principe van scheiding tussen bestuur en toezicht zal zijn opgenomen.

is niet bruikbaar voor openbare instellingen, zoals de openbare scholen in het primair en voortgezet onderwijs en de openbare universiteiten, terwijl zaken als intern toezicht en positionering van belanghebbenden toch ook van belang zijn voor deze instellingen.

Er is volgens de raad geen noodzaak tot eenvormigheid qua bestuursvorm; veeleer is in het kader van maatwerk een variëteit aan bestuursvormen wenselijk. Daarbij dient te worden opgemerkt dat de onderwijssector niet noodzakelijkerwijs in het (bestuurlijke) spoor moet lopen van andere maatschappelijke sectoren zoals de gezondheidszorg of de woningbouwcorporaties. De relaties met belanghebbenden zijn in het onderwijs fundamenteel anders dan bijvoorbeeld in de gezondheidszorg (vaak van langere duur, wederzijdse inspanningsplichten, enzovoort).

Het valt niet uit te sluiten dat in de toekomst in toenemende mate rechtspersonen instellingen in stand willen houden waarbij meerdere maatschappelijke functies (onderwijs, zorg, opvang) worden verenigd. In de praktijk zijn er rechtspersonen die bijvoorbeeld de functies onderwijs en opvang in concernverband geregeld hebben.²⁸ Om aan deze vraag te voldoen zou het volgens de raad meer voor de hand liggen de doelstellingsbepalingen in de onderwijswetten te herzien, in plaats van daartoe een nieuwe rechtspersoon in het leven te roepen.

4.2 Maatschappelijke onderneming geen doelmatig model

Als het gaat om de vragen rond de vormgeving van benoeming van bestuurders, toezichthouders en belanghebbenden (vraag 2), de positie van de raad van toezicht (vraag 3), de bevoegdheid van die raad het bestuur op te dragen kwaliteitsbevorderende instrumenten te gebruiken (vraag 6), de wijze van geschillenbeslechting (vraag 5) en de positie van belanghebbenden (vraag 4), wil de raad het volgende opmerken.

Bestuurlijke drukte niet ten dienste van het primaire proces

De voorgestelde constructie met verschillende (voorgescreven) taken en bevoegdheden van de belanghebbendenvertegenwoordiging, de raad van toezicht, het bestuur en daarnaast nog de organen die de medezeggenschapsaangelegenheden behandelen, kan volgens de raad aanleiding zijn tot veel (geformaliseerd) en nodeloos overleg. Buiten de vragen die de proeve oproept ten aanzien van de samenhang en samenloop met de medezeggenschapsregelingen, is het de vraag of belanghebbenden zitten te wachten op inspraak ten aanzien van het strategisch beleid van de rechtspersoon, of dat het hen veeleer gaat om inspraak op het primaire proces.

De figuur van de maatschappelijke onderneming zoals in de proeve voorgesteld is een sterk gejuridiseerd model. Belanghebbenden, besturen en raden van toezicht moeten 'gepositioneerd' worden, bevoegdheden krijgen, enquêteprocedures kunnen aanspannen, enzovoort. Verzwaring van de bestuurslast en reregulering is daarmee verre van denkbeeldig. De raad heeft bij herhaling gepleit voor een ander, meer coöperatief model dat uitgaat van wederkerigheid in betrekkingen. Binnen een onderwijsgemeenschap hebben alle partijen in belangrijke mate parallelle belangen. Dat wil niet zeggen dat interne en externe belanghebbenden geen verschillende posities of belangen voorstaan; het gaat er juist om, deze uiteenlopende posities samen te doen komen in een onderwijsgemeenschap waarin allen willen bijdragen aan het leren en de vorming van de leerlingen.

De raad ziet ten aanzien van de mogelijkheid van enquête op dit moment geen meerwaarde, daar voor de belanghebbenden het toch vooral gaat om het primaire proces (de kwaliteit van het onderwijs) en niet zozeer om het al dan niet gevoerde (wan)beleid. De raad heeft daarnaast een zekere voorkeur voor geschillenbeslechting in eerste instantie op een zo laagdrempelig mogelijk niveau. Binnen het onderwijs voorzien op dit moment de landelijke geschillencommissies, zoals die voor de medezeggenschap, in deze behoefte en beschikken zij over de expertise in de onderwijsspecifieke context.²⁹

²⁸ Een voorbeeld is de stichting H30 in Dordrecht. De stichting streeft naar een volledig aanbod van peuterwerk, naschoolse opvang en primair en voortgezet onderwijs.

²⁹ Zie het raadsadvies Onderwijspecifieke medezeggenschap, 2006c.

Daarnaast ontstaat een stapeling van rechtsgangen wanneer zowel de belanghebbendenvertegenwoordiging als de (g)mr – via de geschillencommissie – bij dezelfde Ondernemingskamer kunnen aankloppen. De proeve maakt niet duidelijk wat de verhoudingen zijn tussen de directe en indirecte belanghebbenden.

De vragen die het model oproept bieden kortom geen zekerheid voor partijen over hun onderlinge verhoudingen.³⁰ Die onzekerheid maakt van de maatschappelijke onderneming geen doelmatig model. Bovendien kunnen naar de mening van de raad bepaalde principes die ten grondslag liggen aan de maatschappelijke onderneming, zoals horizontale verantwoording aan belanghebbenden rond de school, beter binnen de sectorale onderwijswetten tot stand komen.

4.3 Alternatieven voor maatschappelijke verantwoording in het onderwijs

Maatschappelijke verantwoording in verschillende varianten

De directe belanghebbenden in het onderwijs zijn op dit moment goed gepositioneerd door de WMS en de andere medezeggenschapsregelingen. Hun positie zal – als de raad het goed ziet – niet substantieel verbeteren onder het regime van de maatschappelijke onderneming, en mogelijk verslechteren in het geval van overlappende bevoegdheden.

Met betrekking tot de horizontale verantwoording, of beter gezegd de horizontale samenwerking met de omgeving, heeft de raad in het advies *Duurzame onderwijsrelaties* (2006a) voorgesteld de mogelijkheid te scheppen om een aantal maatschappijvertegenwoordigers op te nemen in een adviserende, lokale geleding van de medezeggenschapsraad. Concreet betekent het dat de medezeggenschapsraad ex artikel 3, tweede lid WMS de mogelijkheid krijgt – met instemming van het bevoegd gezag – vertegenwoordigers uit de lokale gemeenschap op te nemen. Deze externe maatschappijgeleding heeft dan adviesrecht over een aantal nader in de wet te omschrijven zaken, zoals het veiligheidsbeleid, de inkrimping of uitbreiding van de werkzaamheden van de school, de samenwerking van de school met instellingen in de omgeving en de buitenschoolse activiteiten. De raad stelde dit nadrukkelijk niet voor als een verplichting, maar als een keuzemogelijkheid.

In het advies *Degelijk Onderwijsbestuur* (2004) heeft de raad verder voor zover het het primair en voortgezet onderwijs betreft voorgesteld, de maatschappelijke verantwoording als zorgplicht voor de scholen wettelijk vast te leggen. Het onderwerp verantwoording aan maatschappelijke belanghebbenden kan in het jaarverslag verplicht gesteld worden. Het is verder aan de scholen om te bepalen welke vorm de maatschappelijke verantwoording krijgt en wie zij als belanghebbenden in dit verband beschouwen. Voorshands is het beter af te zien van een nadere regeling van bevoegdheden van die belanghebbenden.

Bij maatschappelijke verantwoording in het mbo en het hoger onderwijs gaat de onderwijsinstelling, in de opvatting van de raad, bij het uitoefenen van zelfbestuur een (pro)actieve relatie aan met maatschappelijke instanties in de omgeving. De vorm waarin dat geschiedt kan verschillen, maar in alle gevallen zal sprake zijn van enige formalisering van deze relaties op het niveau van de instelling.

De raad heeft in bovengenoemd advies vier varianten geschetst: een lichte variant waarbij het jaarverslag informatie verschaft; een zwaardere variant gebaseerd op het bespreken van maatschappelijke doelen met belanghebbenden; een semi-institutionele variant waarbij instellingen en maatschappelijke partners een convenant sluiten op te bereiken doelen; en een institutionele variant in de vorm van een overlegplatform, adviesraad of rechtspersoon. De raad gaf de minister van OCW het advies de ervaringen met de genoemde relatievormen te verzamelen en nader te beoordelen. Een element daarin was de praktische uitvoerbaarheid van het toekennen van bevoegdheden aan

³⁰ We sluiten hierbij aan bij de opmerking in de Nota vernieuwing rijksdienst, onder punt 104 en de daar gemaakte opmerkingen over 'medezeggenschapsdrukke'.

maatschappelijke instanties om verlangens op het gebied van onderwijs uit te spreken en naar voren te brengen.

Hoofdzaak is dat horizontale verantwoording niet gaat om de bevoegdheid tot meebesturen, maar om zinvolle, resultaatgerichte participatie van belanghebbenden. Randvoorwaarde is het voorkomen van cumulatieve bureaucratische effecten door een opgetuigd 'maatschappelijk verantwoordingskader' dat geld en tijd onttrekt aan het directe onderwijsproces. Dit betekent dus geen precieze voorschriften over de wijze waarop maatschappelijke verantwoording kan plaatsvinden (bijvoorbeeld door het geven van adviesrechten), maar indicatoren die de voortgang van de benutting van netwerken weergeven.

Rol professional benoemen

Tot slot wil de raad bij dit punt meegeven dat bij het nader regelen van de maatschappelijke onderneming ook de rol van de professional, in het geval van het onderwijs de leraar of docent, een nadrukkelijke plaats moet krijgen. Het is opvallend dat de rol van de professional niet is genoemd in de toelichting bij de proeve. In het advies *Leraarschap is eigenaarschap* (2007) constateert de raad dat in de afgelopen jaren tijdens de discussies rond de veranderende bestuurlijke verhoudingen (de 'governancediscussie') de aandacht vooral is uitgegaan naar bestuurders en managers. Daar was ook reden voor gezien de autonomievergroting en de noodzaak tot verbetering van interne beheersprocessen. Nu die meer en meer op orde zijn, is het nodig weer meer oog te hebben voor het primaire proces en de effecten van bestuurlijke veranderingen voor het werk van docenten en leraren.

Onderzoek naar alternatieven

De minister van Justitie stelt in de mvt dat het ook denkbaar is dat de maatschappelijke onderneming als een modaliteit van een of meer bestaande rechtspersonen of als predicaat is vorm te geven. Gezien het overheidsbeleid dat het belang van zelfregulering onderkent en waardeert (zoals de certificering van fondsenwervende instellingen door het CBF-keurmerk), verbaast het dat de proeve alternatieve instrumenten zoals certificering niet verder uitwerkt. Het verlenen van een Certificaat Maatschappelijke Onderneming met – gelijk het CBF-keurmerk – logo, kan de gewenste herkenbaarheid bij het publiek bevorderen. Heeft men het certificaat verkregen, dan zegt dat iets over de kwaliteit van het functioneren van de organisatie.

Na te gaan is of een keurmerk of een certificeringssysteem een alternatief kan vormen. Certificeringscriteria kunnen ook betrekking hebben op goed bestuur, waarbij elementen een rol kunnen spelen als de samenstelling van organen, demping van tegenstrijdige belangen, de invulling van de bestuurstaak, interne verantwoording, een klachtenregeling, enzovoort.

Afkortingen

bve	beroepsonderwijs en volwasseneneducatie
BW	Burgerlijk Wetboek
CBF	Centraal Bureau Fondsenwerving
gmr	gemeenschappelijke medezeggenschapsraad
hbo	hoger beroepsonderwijs
mbo	middelbaar beroepsonderwijs
mr	medezeggenschapsraad
mvt	memorie van toelichting
OCW	Onderwijs, Cultuur en Wetenschap
SER	Sociaal Economische Raad
WHW	Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek
WMS	Wet medezeggenschap scholen
WOR	Wet op de ondernemingsraden
WPO	Wet op het primair onderwijs
WVO	Wet op het voortgezet onderwijs

Literatuur

- Algemene Rekenkamer (2006). *Goed bestuur tussen publiek en privaat*. Den Haag: Algemene Rekenkamer.
- Hooge, E. (2005). Relaties tussen instellingen voor beroepsonderwijs en hun stakeholders: posities en percepties empirisch onderbouwd. In A.M.L van Wieringen & W. Houtkoop, *Ontwerpeisen aan het beroepsonderwijs, Jaarboek 2003/2004 van het Max Goote Kenniscentrum* (84-104). Amsterdam, Max Goote Centrum.
- Houwen, L.G.H.J. (2005). Toezicht op zorgondernemingen. *Nederlands Juristenblad*, 2005(24), 1228.
- Huisman, P.W.A. (2004). Algemene beginselen van goed toezien bij een raad van toezicht. *School en Wet*, 84(9), 353-358.
- Kortmann, C.A.J.M. (2005). *De grondwetsherzieningen 1983 en 1987*. Deventer: Kluwer.
- Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (2007). *Nota vernieuwing rijksdienst*. Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.
- Onderwijsraad. (2002). *Vaste grond onder de voeten*. Den Haag: Onderwijsraad.
- Onderwijsraad (2004). *Degelijk onderwijsbestuur*. Den Haag: Onderwijsraad.
- Onderwijsraad (2006a). *Duurzame onderwijsrelaties*. Den Haag: Onderwijsraad.
- Onderwijsraad (2006b). *Een vlechtwerk van opvang en onderwijs*. Den Haag: Onderwijsraad.
- Onderwijsraad (2006c). *Onderwijsspecifieke medezeggenschap*. Den Haag: Onderwijsraad.
- Onderwijsraad (2006d). *Hoe kan governance in het onderwijs verder vorm krijgen?* Den Haag: Onderwijsraad.
- Onderwijsraad (2006e). *Doortastend onderwijstoezicht*. Den Haag: Onderwijsraad.
- Onderwijsraad (2007). *Leraarschap is eigenaarschap*. Den Haag: Onderwijsraad.
- Ru, H.J. de, Burggraaf, L., Spaans, L.A.J. (2005). *De maatschappelijke onderneming*. Den Haag: Boom.
- Rapport van de projectgroep maatschappelijke onderneming* (2006). Den Haag: Ministerie van Justitie.
- Sociaal Economische Raad (2005). *Ondernemerschap voor de publieke zaak*. Den Haag: SER.
- Smit, F. & Kuijk, J. van (2004). *Inspraak bij bovenschools beleid*. Nijmegen: ITS.
- Vijlder, F. de (2003). *Het onderwijs ontketend*. In De school als maatschappelijke onderneming. Den Haag: VBKO.
- Zoontjens, P.J.J. (2006). *Thuis op school. Preadvies Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht*. Den Haag: SDU.

Geraadpleegde deskundigen

De heer F. Brekelmans, bestuursadviseur AOB en verbonden aan afdeling staats- en bestuursrecht VU Amsterdam

Mevrouw H. Overes, docente rechtspersonenrecht, faculteit rechtsgeleerdheid VU Amsterdam

De heer H. Klifman, adviseur Besturenraad, Voorburg

De heer R. Davids, adviseur Bond Katholiek Voortgezet Onderwijs, Den Haag

Mevrouw Th. Penders, Juriste Nederlandse Katholieke Schoolraad, Den Haag

De heer G. Wammes, adviseur MBO Raad, De Bilt

De heer G. de Jager, adjunct-directeur HBO-raad, Den Haag

De heer C. van de Berg, adviseur VSNU, Den Haag

De heer F. van Steijn, bestuurssecretaris VSNU, Den Haag

Mevrouw S. Laseur, notaris Van Doorne Advocaten, Amsterdam

BIJLAGE 1

Adviesvraag



Ministerie van Justitie

Directoraat-Generaal Wetgeving, Internationale Aangelegenheden en Vreemdelingenzaken

Directie Wetgeving

Postadres: Postbus 20301, 2500 EH Den Haag

Geadresseerde

Bezoekadres
Schedeldoekshaven 100
2511 EX Den Haag
Telefoon (070) 3 70 79 11
Fax (070) 3 70 75 16
www.justitie.nl

Onderdeel
Contactpersoon
Doorkiesnummer(s)
E-mail
Datum
Ons kenmerk
Onderwerp

Sector Privaatrecht
D.P.van den Bosch
070 370 6825
d.p.van.den.bosch@minjus.nl
12 juli 2007
5494615/07/06
rechtsvorm maatschappelijke onderneming

Bij beantwoording de
datum en ons kenmerk
vermelden. Wilt u slechts
één zaak in uw brief
behandelen.

Langs deze weg wil ik u consulteren over de rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming. Om tot een wetsvoorstel te komen dient er een aantal principiële vragen te worden beantwoord, zoals ik die hieronder formuleer. Om daar antwoord op te krijgen zend ik u hierbij een proeve van een wetsvoorstel met bijbehorende toelichting. U ontvangt deze stukken, omdat u een sector vertegenwoordigt waarin de rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming als hier bedoeld door de daarin werkzame instellingen gebruikt zou kunnen worden of omdat u om bestuurlijke of andere redenen belang hebt bij de wijze waarop de instellingen in de semipublieke sector zijn georganiseerd en uw oordeel over de bruikbaarheid van deze rechtsvorm derhalve van belang is. De proeve betreft een mogelijke, meer concrete uitwerking van de in het kader van het programma "De bruikbare rechtsorde" door de projectgroep rechtsvorm maatschappelijke onderneming gedane voorstellen. De projectgroep stond onder voorzitterschap van dr. H.H.F. Wijffels. Ik wijs erop, dat het kabinet niet bij voorbaat al de keuzes volgt die in het rapport van de werkgroep-Wijffels werden gemaakt. De consultatie moet leiden tot antwoorden op principiële vragen; zo leeft in de zorgsector de vraag naar de wenselijkheid van andere financieringsmogelijkheden en het doen van winstuiteringen. Ook de rol van de overheid en de noodzaak van toezicht door de overheid moet nader worden bezien,

alsmede de afbakening van het begrip “maatschappelijke onderneming”. Met de proeve wordt een mogelijke invulling gegeven aan het coalitieakkoord, waarin de ontwikkeling van een rechtsvorm voor instellingen in de semi-publieke sector is aangekondigd. Na kennisgenomen te hebben van uw opvattingen en van die van andere organisaties zal ik een wetsvoorstel voorbereiden waarover het kabinet een besluit zal nemen. Het is de bedoeling dat dit eind dit jaar zal plaatsvinden.

De proeve moet worden onderscheiden van voorstellen die bekend staan onder naam “sociale vennootschap”. Daarbij gaat het om ondernemingen met de structuur van een kapitaalvennootschap, die wordt gekenmerkt door aandeelhouderskapitaal en bevoegdheden van aandeelhouders en een actieve rol van de overheid als aandeelhouder. Op dit punt zal de Minister van Financiën met nadere voorstellen komen, in eerste instantie in het kader van de toegezegd Nota Deelnemingenbeleid.

Beleid en activiteiten die bekend staan onder de term “maatschappelijk verantwoord ondernemen” maken evenmin deel uit van het onderhavige voorstel.

Deze verwijzen naar het rekening houden met maatschappelijke overwegingen, zoals de bescherming van het milieu, ongeacht welke ondernemingsactiviteiten het betreft en ongeacht in welke structuur deze plaats vinden.

De proeve introduceert een nieuwe rechtspersoon “de maatschappelijke onderneming”. Het doel dat met de wettelijke regeling wordt nagestreefd is de positie van de instellingen in de semi-publieke sector, die daarvan gebruik zouden kunnen maken, als onderneming te versterken door hun mogelijkheden om als zodanig slagvaardiger op te treden te verruimen. De rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming moet aantrekkelijk zijn voor een breed palet aan instellingen zoals scholen, universiteiten, ziekenhuizen, zorginstellingen en woningcorporaties, maar is daartoe niet noodzakelijkerwijs beperkt. Teneinde zo goed mogelijk in de bestaande behoefte te voorzien is getracht aansluiting te zoeken bij de in verregaande mate vergelijkbare ontwikkelingen die de instellingen in de semi-publieke sector voornamelijk in het governancebeleid hebben doorgemaakt. Tegelijkertijd is naar een zekere mate van flexibiliteit gestreefd om in te kunnen spelen op de verschillen die bestaan tussen de instellingen en de wetgeving die hen regeert in de te onderscheiden sectoren in het bijzonder waar het de positie van de afnemers van de diensten van de maatschappelijke onderneming en andere belanghebbenden van de maatschappelijke onderneming betreft.

In de proeve en de bijbehorende toelichting wordt de maatschappelijke onderneming gepresenteerd als een nieuwe rechtspersoon. Volledigheidshalve merk ik op dat het ook denkbaar is de maatschappelijke onderneming als een modaliteit van een of meer bestaande rechtspersonen of als een predikaat weer te geven. Er is voor gekozen pas een besluit over de uiterlijke verschijningsvorm van de maatschappelijke onderneming te nemen nadat de discussie over de inhoud van de maatschappelijke onderneming genoegzaam is uitgekristalliseerd. Voor alle duidelijkheid wordt tevens opgemerkt dat de fiscale behandeling van de maatschappelijke onderneming zal afhangen van de invulling van de formele aspecten van de nieuwe rechtspersoon en van de feitelijke activiteiten die de maatschappelijke onderneming zal uitoefenen.

De maatschappelijke onderneming heeft volgens de proeve naast een bestuur een raad van toezicht en een belanghebbendenvertegenwoordiging. Het bestuur vertegenwoordigt de maatschappelijke onderneming en is belast met het besturen ervan. De raad van toezicht controleert en benoemt het bestuur en staat het bestuur met advies terzijde. Verder zijn belangrijke besluiten aan de goedkeuring van de raad van toezicht onderworpen. De belanghebbendenvertegenwoordiging heeft in de proeve in elk geval het recht advies te geven over de besluiten die de goedkeuring van de raad van commissarissen behoeven en voorts over alle besluiten die daartoe in de statuten zijn aangewezen. Ook kunnen de statuten onderwerpen aanwijzen die de instemming van de belanghebbendenvertegenwoordiging behoeven; deze praktijk komt met name in de medezeggenschapswetgeving voor het onderwijs voor. De wettelijke regeling voorziet in aanvulling daarop in een door artikel 26 Wet op de ondernemingsraden geïnspireerde geschillenregeling mocht het advies van de belanghebbendenvertegenwoordiging niet wordt opgevolgd of een besluit wordt genomen zonder de instemming van de belanghebbendenvertegenwoordiging terwijl dit wel is vereist. Verder krijgt de belanghebbendenvertegenwoordiging het recht een enquête uit te lokken.

Graag stel ik uw organisatie in de gelegenheid zich uit te spreken over de in het consultatieproces centraal staande vraag, namelijk of de rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming en de wijze waarop de macht over de organen van die rechtspersoon is verdeeld, geschikt is om de ontwikkelingen en uitdagingen waarvoor instellingen in de semi-publieke sector zich geplaatst zien aan te kunnen. Meer in het bijzonder verneem ik graag uw opvatting over enkele principiële vragen die bij de invulling van de maatschappelijke onderneming zijn gerezen. Daarbij gaat het vooral om het volgende.

1. Welke waarde heeft de regeling van deze rechtsvorm voor de instellingen die u vertegenwoordigt, c.q. hoe zou de rechtsvorm voor

deze instellingen ingericht moeten worden om hem zo goed mogelijk bruikbaar te maken? Of hebt u behoefte aan een rechtsfiguur met andere kenmerken die u beter passen? In het licht van dit laatste verzoek ik u ook de volgende vragen te bezien.

2. Kan uw organisatie zich vinden in de wijze waarop de benoeming van bestuurders, toezichthouders en belanghebbenden is vormgegeven?
3. Hoe ziet u de positie van de raad van toezicht; met name is dan van belang welke belangrijke besluiten voor akkoord aan deze raad voorgelegd dienen te worden. Kunt u zich vinden in de keuze die in de proeve is gedaan?
4. Hoe ziet u de positie van de belanghebbenden? Kunt u zich vinden in de wijze waarop de positie van belanghebbenden in het voorontwerp is geïnstitutionaliseerd? Zijn de bevoegdheden afdoende geregeld en laat de proeve voldoende ruimte voor het treffen van nadere regelingen in de statuten die voor de instellingen die u vertegenwoordigt van belang zijn?
5. Wat vindt uw organisatie van de wijze van geschillenbeslechting tussen de organen van de onderneming is vormgegeven? Thans is in de proeve gekozen voor het toedelen van het enquêterecht aan de belanghebbendenvertegenwoordiging en de geschillenbeslechting tussen bestuur, raad van toezicht en belanghebbendenvertegenwoordiging overigens te regelen naar analogie van de geschillenbeslechting in de Wet op de Ondernemingsraden.
6. Kunt u zich vinden in het idee, zoals in de proeve opgenomen, om de raad van toezicht de bevoegdheid te geven het bestuur op te dragen kwaliteitsbevorderende instrumenten, zoals visitaties, in te zetten?

De maatschappelijke onderneming is in de proeve gekenschetst als een privaatrechtelijke rechtspersoon die één of meer ondernemingen in stand houdt en die zich volgens de statuten specifiek en uitsluitend in dienst stelt van de betrokken maatschappelijke belangen. De maatschappelijke onderneming 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, naar de strekking van bijgaande proeve, niet aan de kapitaalverschaffers uitgekeerd, maar komt geheel en al ten goede aan het maatschappelijke belang dat volgens de statutaire doelstelling wordt gediend. Graag vernemen wij van uw organisatie of dit model van de maatschappelijke onderneming voor uw organisatie bruikbaar is.

7. Is het nodig om een aanvullende regeling te treffen voor de wijze

waarop de instellingen die u vertegenwoordigt worden gefinancierd, bijvoorbeeld door het vergroten van het eigen vermogen en moet er dan naar uw mening een (beperkte) rendementsvergoeding, dan wel enige vorm van winstuitkering mogelijk zijn?

We hoeven daarbij niet alleen te denken aan constructies waarbij aandeelhouders een belang in een vennootschap nemen en recht op dividend hebben. Denkbaar is ook een regeling waarbij kapitaal beschikbaar wordt gesteld tegen een vergoeding, of een participatie in de vorm van ledenbewijzen, zoals de coöperatieve vennootschap die kent. Het staat u vrij om ook andere constructies voor te stellen. Het kabinet zal zich vervolgens daarover opnieuw beraden.

8. Is bij toepassing van de een nieuwe rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming een andere rol van de overheid nodig, in het bijzonder als het om de noodzaak van toezicht gaat?
9. De proeve gaat uit van facultatief gebruik van de rechtsvorm door instellingen. Zou u het wenselijk vinden als deze vorm in uw sector verplicht werd?
10. Is het nodig om het gebruik van de term "maatschappelijke onderneming" nader af te bakenen dan in de proeve wordt gedaan?

Ik zie met belangstelling uit naar uw opvattingen over bovenstaande vragen en de proeve. Als u andere elementen van belang acht, nodig ik u uit ook deze naar voren te brengen. Aan de hand daarvan zal ik een voorstel voor het kabinet voorbereiden.

Uw reactie zie ik graag voor 1 oktober 2007 tegemoet. Wij zijn bereid om desgevraagd nadere toelichting te verschaffen op een in overleg met u te bepalen wijze.

De Minister van Justitie,

