

# Investeren in de samenleving

EEN VERKENNING NAAR  
DE MISSIE EN POSITIE VAN DE  
MAATSCHAPPELIJKE ONDERNEMING

# Kantellingen

**WI**

WETENSCHAPPELIJK  
INSTITUUT  
VOOR HET CDA

Publicatie van het Wetenschappelijk Instituut voor het CDA.  
Het Instituut heeft ten doel het (doen) verrichten van wetenschappelijke arbeid ten behoeve van het CDA op basis van de grondslag van het CDA en in aansluiting op het Program van Uitgangspunten. Het Instituut geeft gedocumenteerde adviezen over hoofdlijnen van het beleid, hetzij op eigen initiatief, hetzij op verzoek vanuit het CDA en/of van de leden van het CDA in vertegenwoordigende lichamen.

# WI

Wetenschappelijk Instituut voor het CDA  
Dr Kuypersstraat 5, Postbus 30453, 2500 GL Den Haag  
Telefoon (070) 3424870  
Fax (070) 3926004  
Email [wi@bureau.cda.nl](mailto:wi@bureau.cda.nl)  
Internet [www.cda.nl](http://www.cda.nl)

ISBN 90-74493-39-4  
2005 Wetenschappelijk Instituut voor het CDA

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag 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.

## INHOUDSOPGAVE

<b>Voorwoord</b>	<b>4</b>
<b>1 Inleiding</b>	<b>7</b>
<b>2 Duiding van begrippen</b>	<b>18</b>
<b>3 Een situatieschets en terugblik: de publiekrechtelijke plek van het maatschappelijke initiatief</b>	<b>27</b>
<b>4 De maatschappelijke onderneming in rechtspersonenrechtelijk perspectief</b>	<b>36</b>
4.1 Inleiding	37
4.2 Maatschappelijke onderneming	39
4.3 Huidige positie in rechtspersonenrecht	45
4.4 Wenselijkheden rond juridische vormgeving	48
4.5 Noodzaak eigen regeling	57
4.6 Rechtsvergelijking	62
4.7 Wenselijkheid van eigen regeling	76
<b>5 Slot: politieke uitgangspunten, afwegingen en enige implicaties</b>	<b>89</b>
<b>Literatuurlijst</b>	<b>101</b>

## VOORWOORD

Maatschappelijke verbanden zijn voor de samenleving van groot belang. Zij kennen een sociale doelstelling. Zij zijn er primair voor de ander. Zij dragen daarmee bij aan het vertrouwen van mensen en van afnemers. Zij zijn het ankerpunt voor de belangeloze inzet van veel vrijwilligers en daarmee voor altruïsme en wederkerigheid: zaken die in een moderne samenleving te vaak worden gemist. Juist omdat deze instellingen belangrijke sociale doelen behartigen en vitale diensten leveren, is anderzijds professionaliteit noodzakelijk. Het komt erop aan die twee zaken zoveel mogelijk met elkaar te laten sporen. Enerzijds moet de dienstverlening aan hoge maatstaven voldoen. Anderzijds moet vermeden worden dat maatschappelijke organisaties losraken van sociale ambities en idealisme. Als professionaliteit en management idealisme gaan wegdrukken, is dat een te betreuren ontwikkeling. *Die ontwikkeling is alleen goed in te bedden als ook de professionele bestuurders worden aangesproken op het realiseren van de sociale doelstellingen waarvoor de instellingen staan en waarvoor zij in het leven zijn geroepen.* Dan kunnen professionalisering en versteviging van het interne toezicht niet alleen hand in hand gaan met sociale ambities, maar deze ambities zelfs versterken.

In dit rapport wordt om die reden een herijking van het rechtspersonenrecht bepleit. De maatschappelijke onderneming dient opgenomen te worden in het rechtspersonenrecht. De flexibiliteit die de huidige juridische vormgeving van de vereniging en de stichting kenmerkt, is – zo luidt één van de conclusies- zo groot dat zij een belemmering vormt voor de maatschappelijke onderneming om op goede wijze deel te nemen aan het rechtsverkeer. De juridische vormgeving van de vereniging of stichting kent namelijk geen regels voor wat betreft de bestemming van haar overschot of surplus, voor de verankering van het maatschappelijke doel, voor de verhouding tot de overheid, voor de spelregels van *good governance*, voor het functioneren van bestuur en toezicht, voor de betrokkenheid van deelnemers cq. belanghebbenden, voor de verslaglegging, de aansprakelijkheid en het enquêterecht. In deze studie zijn voorstellen gedaan om in die leemten te voorzien. Daarmee wil het rapport een bijdrage leveren aan de levensvatbaarheid en toekomst van maatschappelijke ondernemingen.

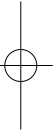
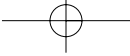
Het bestuur van het WI voor het CDA is de leden van de commissie mw. mr. G.M.M. Blokdijk-Hauwert, mw. mr. drs. J.N. van Vroonhoven-Kok, mw. mr. drs. D.P.J. van Lith-Woestenberg, mr. F.A.M. van de Heuvel, dr. A. Klink, mr. W.D. van Leeuwen, prof. dr. W. Lemstra, prof. dr. ir. C.A.M. Mouwen en prof. mr. H.J. de Ru zeer erkentelijk voor hun bijdragen aan dit rapport.

Het bestuur dankt in het bijzonder de auteurs van dit rapport voor hun analyses en voor de kennis en creativiteit die in de tekst is gelegd. Het rechtspersonenrechtelijke deel van het rapport (hst. 4) is op verzoek van het WI voor het CDA geschreven door de heren prof. dr. H.J. de Ru, mr. drs. J.L. Burggraaf en mr. drs. L.A.J. Spaans van Allen & Overy. (Het betreffende deel zal tevens als zelfstandige publicatie verschijnen onder de titel *De maatschappelijke onderneming*, Allen & Overy Special Editions, Den Haag 2005). De overige hoofdstukken zijn van de hand van dr. A. Klink. De hoofdstukken kwamen overigens in nauw samenspel tussen de auteurs en in goede afstemming met de commissie tot stand.

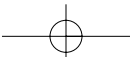
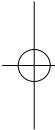
Het bestuur spreekt de hoop en verwachting uit dat de studie van betekenis zal zijn in het publieke debat over de maatschappelijke onderneming.

Mr. R.J. Hoekstra  
(voorzitter)

Dr. A. Klink  
(directeur)



WT REEKS Kantelingen



# 1 Inleiding

De maatschappelijke onderneming is 'in'. De laatste jaren vindt in brede kring een gedachtewisseling plaats over de positie en inrichting van maatschappelijke organisaties die in het domein tussen (beter is: naast) markt en overheid optreden en belangrijke maatschappelijke diensten verlenen. De discussie over de bestuurlijke inrichting van de maatschappelijke onderneming staat al enige tijd op de agenda van maatschappelijke organisaties zelf (Netwerk Toekomst Maatschappelijke Ondernemingen<sup>1</sup>, Aedes<sup>2</sup>, Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen<sup>3</sup>), van adviesinstanties (SER<sup>4</sup>, WRR<sup>5</sup>, SCP<sup>6</sup>), van de politiek (kabinet-Balkende II<sup>7</sup>) en van de wetenschap<sup>8</sup>. Overigens is het thema geagendeerd door het CDA in zijn verkiezingsprogramma van 1998<sup>9</sup> toen het stelde dat het primaat rond de vormgeving van de samenleving op sociaal grondrechtelijk terrein moest worden teruggelegd naar de samenleving. Daarmee zette het program de lijn voort van *Nieuwe wegen, vaste waarden* (1996), die in feite om een uitwerking van deze idee vroeg.

De actualiteit van het thema is niet in een maatschappelijk en politiek vacuüm ontstaan. In de eerste plaats heeft de professionalisering van het bestuur en management van instellingen de vormgeving van verenigingen en stichtingen niet onberoerd gelaten. In de tweede plaats heeft het inzicht dat de samenleving niet zonder sociaal weefsel en maatschappelijk initiatief kan, zich allengs verbreed. Dat levert een zoektocht op naar de politieke en juridische voorwaarden waaronder dat initiatief kan worden versterkt. In de derde plaats is er bij maatschappelijke instellingen een groeiende behoefte om meer ondernemend te kunnen opereren. Er is behoefte aan meer ruimte voor eigen initiatief, creativiteit en deskundigheid. In de vierde plaats is er

1 Netwerk Toekomst Maatschappelijke Onderneming, *De waarde van de maatschappelijke organisatie geborgd*, 2003.

2 <http://www.aedesnet.nl>.

3 <http://www.nvz-ziekenhuizen.nl/pub/html/publicatie.php?id=84>.

4 Vgl Adviesaanvraag aan de SER van het kabinet Balkenende II, *Ondernemerschap in publieke dienstverlening*, januari 2004.

5 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag 2000 en *Bewijzen van goede dienstverlening*, Amsterdam 2004.

6 Sociaal Cultureel Planbureau, *Noch markt, noch staat*, Den Haag 2001 en *Particulier initiatief en publiek belang*, Den Haag 2002.

7 Vgl. de in noot 4 genoemde adviesaanvraag aan de SER.

8 Zie de oratie van C.A.M. Mouwen, *Strategie tussen overheid en markt*, Tilburg 2002 en voorts: C.A.M. Mouwen, *Strategische planning voor de moderne non-profit organisatie*, Tilburg 2004.

9 CDA-verkiezingsprogram 1998-2002, 'Samenleven doe je niet alleen'.



in maatschappij en politiek behoefte aan een modernisering van het rechts-  
personenrecht. Zeggenschap, verantwoording en transparantie van het  
optreden van overheden, bedrijven en ook van maatschappelijke instellingen  
zijn daarbij de belangrijkste topics. We lopen hieronder deze aandachtspun-  
ten kort langs.

### **Professionalisering van het bestuur en de behoefte aan goede verantwoor- dingsstructuren**

De inpassing van veel maatschappelijk initiatief in de verzorgingsstaat heeft  
ertoe geleid dat het besturen van bijvoorbeeld woningbouwcorporaties,  
ziekenhuizen, onderwijsinstellingen, etc. relatief ingewikkeld is geworden.  
Verplichtingen in de sfeer van de bedrijfsvoering en de controle op de kwali-  
teit van het werk namen vanaf het midden van vorige eeuw snel toe. Van  
directies werd meer en meer gevraagd in termen van management en  
bedrijfsvoering. Ook het besturen van instellingen werd een veeleisende  
taak.

Deze ontwikkeling kwam zelfs in een stroomversnelling toen in de jaren  
tachtig de overheid ging terugtreden. Deregulering en autonomievergroting  
gingen namelijk gepaard met bezuinigingen en processen van schaalvergro-  
ting. De druk op met name die rechtspersonen waarbij het bestuur bestond  
uit vrijwilligers nam toe: instellingen voelden en voelen zich genooddaakt  
het bestuur en de dagelijkse leiding te professionaliseren. Dit leidde tot ver-  
schillende bestuurlijke modellen die elk voor zich tegemoet wilden komen  
aan de eisen die een professionele maatschappelijke dienstverlening aan  
organisaties stelt.<sup>10</sup>

Drie modellen willen wij weergeven, maar met de uitdrukkelijke kant-  
tekening dat daarmee geen uitputtend overzicht is gegeven, integendeel.  
Waar het vrijwilligersbestuur bleef bestaan is vaak gekozen voor een  
bestuur-op-afstand-model. Het bestuur bepaalt het lange termijnbeleid en  
ziet toe op de identiteit van de instellingen, maar mandateert de dagelijkse  
leiding aan de directie van een instelling.  
Andere instellingen gingen over op een stichtingsstructuur met een zoge-  
naamde tweelagen-bestuursmodel. Hierbij is sprake van een bestuur en toe-  
zichthoudend college. Het management en de dagelijkse leiding komen te  
liggen bij een bestuur dat aansprakelijk is. Een raad van toezicht houdt  
intern een vinger aan de pols. Hij benoemt het bestuur maar draagt geen  
bestuurlijke eindverantwoordelijkheid voor de rechtspersoon.

<sup>10</sup> Vgl. Onderwijsraad, *Degelijk onderwijsbestuur*, Den Haag 2004, p. 32-33.

Bij het duale bestuursmodel (of het raad-van-beheermodel) maken de statuten of het huishoudelijke reglement een splitsing tussen een algemeen vrijwilligersbestuur en een dagelijks bestuur (dat mede kan bestaan uit betaalde professionals). Het algemeen bestuur beperkt zich tot het domein van het algemeen beleid en het toezicht op het dagelijks bestuur.

De zoektocht naar professionalisering heeft geleid tot een grote variëteit in bestuursmodellen, maar met als gemeenschappelijk kenmerk dat het zwaartepunt van de verantwoordelijkheid is verschoven in de richting van de professionele bestuurder of de directie van een instelling. Dat heeft er - met name waar gekozen is voor de stichtingsstructuur - toe geleid dat veel instellingen het risico zijn gaan lopen om - bij wijze van spreken - *footloose* te worden.<sup>11</sup> Het merkwaardige fenomeen doet zich dan voor dat de organisaties die uitdrukkelijk een maatschappelijk doel hebben hun sociale inbedding dreigen te gaan verliezen. Zij lopen dat risico, terwijl zich juist bij de commerciële ondernemingen een beweging aftekent waarbij de banden met de aandeelhouders worden aangehaald. Een tweede paradox is dat de behoefte aan een maatschappelijke inbedding juist groter wordt naarmate meer aan het particuliere initiatief wordt overgelaten en hun verantwoordelijkheid voor zorg, onderwijs, woningbouw etc. toeneemt. Immers, deze inbedding garandeert betrokkenheid van derden bij de organisatie. Dat is van belang voor de noodzakelijke controle op het reilen en zeilen van instellingen die zorg verlenen, onderwijs geven, zorgen voor goede woningbouw etc.<sup>12</sup> Het is vooral óók van belang om ervoor te zorgen dat de maatschappelijke doelstellingen van de organisaties leidend blijven voor het functioneren van deze instellingen. Op dat punt moeten instellingen scherp worden gevolgd. Die inbedding is verder nodig omdat de instellingen niet zelden invulling geven aan vrijheidsrechten. Een onderwijsinstelling is de uitkomst van het verwerven van het recht om vrij onderwijs aan te bieden. Oorspronkelijk op basis van gelijke bekostiging per leerling met toezicht van de inspectie en later aangevuld met deugdelijkheidseisen die de vrijheid van inrichting van de onderwijsinstelling begrensd. Naarmate voor het stichten van een school hogere drempels gelden (hoge stichtingsnormen bijvoorbeeld, regionale

11 G. van Dijk e.a., *De woningbouwcorporatie als maatschappelijke onderneming*, Assen 2002, p. 42.

12 Van Dijk (2002) p. 41. Met het omzetten van de vereniging in een stichting is vaak de democratische opbouw van de verenigingsstructuur verdwenen, ook al wordt geprobeerd om, behalve expertise van buiten, zoveel mogelijk stakeholders in de Raad van Toezicht te halen.

monopolies) is er als tegenhanger meer behoefte aan een democratische inbedding van de instellingen. Die inbedding stelt burgers immers in staat om, ook in situaties waarin er weinig ruimte meer is voor *nieuwe* instellingen, invulling te geven aan het vrijheidsrecht tot bij voorbeeld het aanbieden van onderwijs.<sup>13</sup>

Tegen deze achtergrond doen zich voor menige maatschappelijke organisatie de vragen voor:

- hoe het toezicht op de handel en wandel van de besturen/directies moet worden vormgegeven;
- waar zij hun sociale inbedding moeten zoeken (bij de afnemers, bij de stakeholders, bij het personeel, bij de ideëel betrokkenen?);
- hoe zeggenschap en verantwoording moeten worden georganiseerd binnen de rechtspersoon, juist ook om de instellingen scherp te binden aan hun maatschappelijke missie. Hoe verhouden dagelijkse leiding, intern toezicht, sociale inbedding en externe verantwoording zich tot elkaar?

Een consistent antwoord op deze vragen is alleen te geven als helder is wat het doorslaggevend karakter van de maatschappelijke onderneming is. Dat karakter zal de verhoudingen binnen de rechtspersoon immers moeten structureren. Evenals voor een commerciële onderneming helder is dat de kapitaalverschaffers op essentiële momenten en punten zeggenschap moeten hebben over de koers van de onderneming en evenals voor de overheid geldt dat uit haar publieke doelstelling (het behartigen van het algemeen belang) staats- en organisatierechtelijke principes zijn af te leiden, zal ook bij de maatschappelijke onderneming het identiteitsverlenende maatschappelijke doel van de organisatie de verhoudingen moeten structureren: zowel intern als in termen van externe verantwoording. Het is daarom niet vreemd dat in het actuele debat rond de maatschappelijke onderneming de vraag naar de identiteit van de maatschappelijke onderneming zo'n grote rol speelt. Die identiteit bepaalt uiteindelijk of er bijvoorbeeld rendement kan en mag worden uitgedeeld, wat de bestemming van het eventuele financiële overschot of surplus mag en kan zijn, hoe het doel van een instelling verankerd wordt, hoe bestuur en toezicht moeten functioneren, wie belanghebbend is, hoe de verhouding tot de overheid is, etc.

<sup>13</sup> In 1989 is hiervoor van de kant van het WI voor het CDA al aandacht gevraagd. Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, *Ruimte voor kwaliteit*, Houten 1989.

Is het zicht op de identiteit van de maatschappelijke onderneming niet helder dan is op deze vragen geen bevredigend antwoord te geven.<sup>14</sup> Gevolg is dat het strategische vermogen van een maatschappelijke onderneming mager blijft: vanwege met name de rivaliserende doelstellingen waarvoor een maatschappelijke onderneming zich geplaatst ziet. Zijn vervolgens de interne en externe verhoudingen niet goed en transparant geregeld dan is het moeilijk om waarborgen te creëren voor de sociale missie van de maatschappelijke onderneming. Juist die herkenbaarheid, transparantie en helderheid van doelstelling zijn van belang voor het strategische vermogen van deze ondernemingen zelf, maar niet minder voor het vertrouwen dat de omgeving in de instellingen kan stellen.

### Het maatschappelijke belang bij particulier initiatief

Een samenleving kan niet zonder een vitaal maatschappelijk weefsel van private instellingen. Een samenleving leeft bij meer dan de markt of de staat. Zorgverlening is meer dan enkele goede technische ingrepen. Zij vergt vooral ook aandacht (met name in de care-sector). Onderwijs vraagt behalve om kennisoverdracht en intellectuele prestaties ook om vorming, om waardenoverdracht. Zelfs een domein dat vaak geassocieerd wordt met de overheid, zoals veiligheid, blijkt uiteindelijk voor een groot deel afhankelijk van preventie en van maatschappelijke bindingen (een goed gezinsleven, vriendenkringen, sportclubs etc.).

Dat particulier initiatief en vrijwilligerswerk voor de samenleving van belang zijn, is met veel onderzoeksmateriaal onderbouwd. Een samenleving die investeert in maatschappelijk weefsel functioneert in sociaal, economisch en in democratisch opzicht beter dan een sterk geïndividualiseerde of verstatelijke samenleving<sup>15</sup>. Etzioni bracht dit onder woorden toen hij over maatschappelijke organisaties stelde dat *'they fulfil their social missions with*

14 Zie Mouwen (2002). Bovendien geldt dat 'nu ook in de non-profit sector zaken als concurrentie, profilering en marktwerking hun intrede hebben gedaan, wordt het ook voor deze organisaties steeds belangrijker te weten "waartoe zij precies op aarde zijn". Deze ontwikkelingen dwingen derhalve ook non-profit organisaties zich te bezinnen op de volgende vragen: Wat is in essentie de *toegevoegde waarde* van onze kernactiviteiten? Voor *wie* willen wij *wat* in *welke termen* betekenen? Hoe willen wij dat *anderen ons zien*? Welke activiteiten willen wij *niet* (meer) uitvoeren? Hoe willen wij ons *strategisch positioneren* ten opzichte van de overheid, de markt en de burger?' Mouwen (2004) p. 20.

15 R.D. Putnam, *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community* New York 2000; Th. Skocpol, *Diminished Democracy. From Membership to Management in American Civil Life*, Oklahoma 2003.

*greater humanity than either the state or the market*'.<sup>16</sup> Ook elders in de literatuur komen wij dit argument tegen. Het non-profitkarakter van een instelling kan een impuls geven aan de toewijding van werknemers. Waar dat het geval is, zorgt dat in de regel voor minder arbeidskosten en voor een goede motivatie en prestaties. Bovendien is een maatschappelijke onderneming, vanwege haar exclusieve gerichtheid op een sociaal doel, vaak een kristallisatiepunt van vrijwilligerswerk. De onderneming nodigt daar als het ware krachtens haar doelstelling toe uit. Ook de juridische vormgeving van de rechtspersoon zal optimaal moeten zijn voor het betrekken van ideëel verwante personen. De sociale doelstellingen winnen daarmee aan draagvlak en verspreiding. Daar is behalve de rechtspersoon (legitimiteit, checks and balances) ook de samenleving in bredere zin mee gediend.

### Behoeftte aan ondernemerschap

Er is een groeiende behoefte bij maatschappelijke organisaties zèlf om te kunnen ondernemen met het oog op hun sociale doelstellingen. Mouwen spreekt in dat verband van een behoefte aan 'eigen meesterschap' en strategische ruimte.<sup>17</sup> Of het nu om woningcorporaties, omroepen, zorginstellingen of scholen gaat: niet zelden ervaren zij de huidige regelgeving en soms ook financiering en planning als een belemmering. Hoewel woningcorporaties niet met publieke middelen werken en financieel zelfstandig zijn, zijn deze nog belast met regelgeving uit het subsidietijdperk. Bij scholen botsen moderne didactische inzichten en methoden soms met lessentabellen en vakvoorschriften. Zorginstellingen lopen aan tegen een macro-bekostiging en schijnprijzen, terwijl omroepen veel meer armslag zouden willen hebben om leden aan zich te binden en om een positie te krijgen op de brede mediamaarkt in een digitaal tijdperk.

De behoefte aan meer ondernemerschap en een daarbij passende ruimte hangt samen met maatschappelijke veranderingen. *Technologische ontwikkelingen en een groter koopkrachtige vraag* leiden ertoe dat maatschappelijke instellingen steeds meer te maken krijgen met concurrerende commerciële bedrijven. Zo moeten omroepen een eigen positie kunnen bepalen in een markt die in toenemende mate gedomineerd wordt door het internet en het enorme aanbod aan informatie en amusement dat via de digitale kanalen wordt aangeboden. Onderwijsinstellingen moeten hun positie bepalen in de beweeglijke markt van na- en bijscholing, van afstandsonderwijs en - in het hoger onderwijs - een toenemende competitie vanuit het buitenland (binnen en buiten de EU). Soortgelijke ontwikkelingen gelden voor zorginstellingen,

<sup>16</sup> A. Etzioni, *The third way to a good society*, London 2000, p. 18.

<sup>17</sup> Mouwen (2002) p. 26.

met name in de cure-sector. Ook de *internationalisering* speelt daarbij een rol. Zorgverzekeraars zullen hun zorg wellicht over de grenzen heen gaan inkopen. Polishouders zullen ook naar het buitenlandse aanbod kijken, als in ons land wachtlijsten ontstaan of de kwaliteit van de diensten tekort schiet. Omroepen zullen rekening moeten gaan houden met het media-aanbod dat via internet uit het buitenland wordt aangeboden. Bij het onderwijs stonden we al stil. Daar komt bij dat *mensen niet alleen kritischer zijn, maar ook meer gevarieerde wensen hebben*. Van onderwijsinstellingen wordt gevraagd dat zij hun onderwijsinhoud, - tempo en didactiek meer afstemmen op de leerlingen, studenten en - in toenemende mate - op de mensen die een gericht na-en omscholingsaanbod verlangen. Zorginstellingen moeten inspelen op de behoefte aan snelle behandelingen, aan kwaliteitseisen (comfort) en aan de toepassing van nieuwe medische technieken. Internet voorziet de afnemer van mediale producten van diensten op maat. Omroepen kunnen daaraan niet voorbij gaan. Bovendien is de *sociale agenda van maatschappelijke instellingen aan het veranderen*. In de woningbouwsector doet zich de vraag voor of kwetsbare groepen niet beter door woningcorporaties kunnen worden gehuisvest inclusief begeleiding in plaats van huisvesting door maatschappelijke opvangvoorzieningen. Een dergelijke verschuiving tekent zich al af rond de opkomst van seniorenhuurwoningen met dienstverlening. In het onderwijs speelt de vraag hoe via didactische vernieuwingen de problematiek van uitval en van negatieve beeldvorming rond het beroepsonderwijs kunnen worden bestreden. Zorginstellingen krijgen op hun beurt niet alleen te maken met mondiger ouderen, maar ook met een keur aan medisch-ethische vragen en een toenemende behoefte aan aandacht en compassie, naast strikte medische zorg.

14

Al deze ontwikkelingen moeten maatschappelijke instellingen een plek geven in hun missie en bedrijfsvoering. Maatschappelijke ondernemingen functioneren dan ook in 'een meervoudige en complexe context'<sup>18</sup>. Juist daarom ook is er behoefte aan 'eigen meesterschap en strategische ruimte'. Overheidsregelgeving zou hen daarin niet moeten belemmeren, juist ook omdat anders het risico groot is dat de ruimte die openvalt, zal worden ingenomen door commerciële aanbieders: een patroon dat te zien valt in het medialandschap, in de zorg (zie het ontwijken van de wachtlijsten door de mensen die zich dat financieel kunnen veroorloven. Zie ook de opkomst van privé-klinieken) en in het onderwijs (afstandsonderwijs). Het is om die reden dat maatschappelijke instellingen op zoek zijn naar speelruimte voor meer ondernemerschap en naar een eigen plek in een complex speelveld.

18 Mouwen (2002) p. 29.

## Modernisering van het rechtspersonenrecht

Ook is er een groeiende behoefte aan adequate structuren voor rechtspersonen. De aandacht voor dit onderwerp is om verschillende redenen toegenomen. Ontsporingen bij bedrijven als bijvoorbeeld Enron en Ahold hebben daarbij een rol gespeeld. Ook is duidelijk dat regels en codes die de integriteit van het ondernemen waarborgen van betekenis zijn voor een goed vestigingsklimaat. Het ondernemingsrecht staat aan de vooravond van veranderingen. Zo moeten aanpassingen in de bevoegdheids- en verantwoordingsstructuur van structuurvennoten en codes -zoals ontwikkeld door de commissie-Tabaksblat- leiden tot een betere verantwoording. Zij mikken op een beter evenwicht in de verhoudingen tussen raad van commissarissen en aandeelhouders. Reputatie en waarborgen voor integriteit spelen immers een grote rol, zeker nu het beroep op de internationale kapitaalmarkt sterk is toegenomen. Ook in de commerciële sfeer speelt de internationalisering dus een belangrijke rol. Ook hier zien we de eerder gesignaleerde behoefte aan professionalisering en het formaliseren van verantwoording en toezicht. Familiebedrijven met hun natuurlijke en spontane binding met het bedrijf raken meer op de achtergrond. Met de internationalisering van kapitaalstromen worden ook internationale normen en gebruiken van meer belang. Terecht constateert de minister van Justitie in zijn nota over de 'Modernisering van het ondernemingsrecht'<sup>19</sup> dat de familiebedrijven van weleer een sterke sociale cohesie kenden, dat men gezamenlijk voor een belang stond en dat men vertrouwde op het sturend vermogen van de directe omgeving. Niet minder terecht is zijn constatering dat die tijden voorbij zijn. In de moderne samenleving met zijn beursgenoteerde bedrijven en het beroep op de internationale kapitaalmarkt volstaan die cohesie en gezamenlijkheid niet meer om de integriteit van het (commercieel) ondernemen te waarborgen.

Ook in de sfeer van de non-profit instellingen is geconstateerd dat er behoefte is aan een modernisering van het rechtspersonenrecht. Het institutionele domein naast staat en markt is, ook in rechtspersonenrechtelijke zin, de laatste decennia teveel verwaarloosd. Gewezen is al op de schaalvergroting die zich voltrok, op de professionalisering van instellingen, op het wegvallen van de spontane inbedding van het oude particulier initiatief in de zuilen met hun vanzelfsprekend gedeelde waarden en normen. Inmiddels zijn veel directies bestuurders van de stichtingen geworden en is de verantwoording beperkt tot Raden van toezicht die vaak via coöptatie tot stand komen. Terecht stelt het Netwerk Toekomst Maatschappelijke Ondernemingen dat de hernieuwde opkomst van maatschappelijk ondernemersschap nog niet

19 TK 2003-2004, 29752, nr 2.

wil zeggen dat het concept van de maatschappelijke onderneming daarmee ook volledig is erkend en ontwikkeld. Integendeel, deze sector heeft, aldus het Netwerk niet de aandacht van de wetenschap en politiek gehad die nodig was. 'Hierdoor heeft de sector achterstallig conceptueel onderhoud opgelopen. Dit begint zich nu in praktisch opzicht te wreken. De oorzaken voor de problemen op het terrein van onderwijs, zorg en veiligheid liggen in veel gevallen niet alleen op het vlak van de interne of financiële organisatie. De problemen vinden hun grondslag evenzeer in een mankerende ordening van de stelsels en structuren waarbinnen maatschappelijke ondernemingen geacht worden hun werk te doen. Hierdoor passen de relaties tussen de maatschappelijke ondernemingen onderling, met de overheid en met de andere relevante ouders niet meer bij deze tijd. De structuren zijn verkoerd. De taak, de rol de functie en de inrichting van 'de derde sector' zijn dringend toe aan een herontwerp. Een concept van de maatschappelijke onderneming kan (...) daarbij dienen als leidend beginsel.'<sup>20</sup>

Deze studie wil tegemoetkomen aan de behoefte aan een rechtspersonen-rechtelijk herontwerp van het maatschappelijk initiatief en het borgen van het primaat in de samenleving. Dit herontwerp is politiek actueel. Het gaat om het creëren van de juridische randvoorwaarden voor een betrokken samenleving en voor ondernemerschap op belangrijke maatschappelijke domeinen. Gewezen is op de dynamiek die zich in de samenleving aftekent. Die dynamiek leidt op dit moment op verschillende terreinen tot fundamentele discussies, over onder andere:

- de kerntaken van de overheid en de ontbureaucratisering van het openbare bestuur;
- het ontvlechten van overheidstaken en maatschappelijke taken (waar rond omheen teveel mist is ontstaan vanwege onder meer een te ongericht begrip als publiek domein etc.);
- de inrichting van de betrekking tussen overheid en woningcorporaties: wie houdt toezicht op de vorming en besteding van hun vermogens? Hoe verhoudt zich de vermogensvorming tot de sociale missie van de corporatie? Wie ziet op het verwerkelijken van die missie toe?);
- de inrichting van het onderwijsveld (leerrechten, vraagsturing en verantwoording; moet er een open bestel komen en wat is daarbij de positie van de non-profit instellingen?);
- de inrichting van de gezondheidszorg: welke publieke voorwaarden moeten aan de particuliere zorgverzekeringen worden gesteld? Moet er ruimte komen voor privé-klinieken? Hoe komen maatschappelijke ondernemingen aan kapitaal voor investeringen?;

<sup>20</sup> Netwerk Toekomst Maatschappelijke Ondernemingen, 2003, p. 11.



- de inrichting van het omroeplandschap. Wat is nog de legitimiteit van externe pluriformiteit? Voldoet een min of meer willekeurig ledentalcriterium nog als basis voor legitimatie? Welke ruimte moeten zendgemachtigden krijgen om te ondernemen rond de nieuwe media?

Bij al deze hervormingen is de positie van maatschappelijke organisaties aan de orde. Een keur van vragen dient zich aan. Hoe moet de verantwoordingsstructuur worden vormgegeven? Mogen deze instellingen winst maken?

Moeten de domeinen van zorg, onderwijs, media etc.

worden afgeschermd van commerciële partijen en zo niet: hoe gaan maatschappelijke ondernemingen de competitie met instellingen met een winst oogmerk dan aan? Welke rechtspersonenrechtelijke eisen moeten gesteld worden aan partijen die zich op terreinen van onderwijs, zorg, media en dergelijke begeven?

Tegen de achtergrond van deze vraagstukken zullen wij in hoofdstuk 2 eerst ingaan op de begrippen die in het debat over de maatschappelijke onderneming een rol spelen. Tevens verkennen wij welke voor- en nadelen in de literatuur zoal de revue passeren als men spreekt en schrijft over maatschappelijke ondernemingen. Vervolgens zullen wij in hoofdstuk 3 - onder meer via een historische verkenning - stil staan bij de positie die maatschappelijke ondernemingen in ons land innemen. Daarbij komt ook de relatie met de overheid aan bod. Als invalshoek is gekozen voor de opkomst van de verzorgingsstaat mede in relatie tot de ontwikkelingen die zich voordeden in de sfeer van de grondrechten. Die schets biedt aanknopingspunten om de christen-democratische positie en invalshoeken te belichten: hoe kijkt de christen-democratie aan tegen de verhouding staat, maatschappelijk initiatief en markt en wat betekent dit voor de rol van de overheid bij de bekostiging, de planning en de regelgeving?

Hoofdstuk 4 delft op basis van een brede (ook internationale) juridische verkenning de bouwstenen op voor het gewenste herontwerp van 'de derde sector'. Dit hoofdstuk is tot stand gekomen in samenspel met het advocatenkantoor Allen & Overy.<sup>21</sup>

In hoofdstuk 5 worden enkele politieke conclusies getrokken.

21 De tekst is een op politieke vraagstukken toegesneden weergave van het advies van De Ru, Burggraaf en Spaans dat separaat verschijnt onder titel *De maatschappelijke onderneming* in de serie Allen & Overy Special Editions (Den Haag, Boom juridische uitgevers).

# 2 Duiding van begrippen

## Afgrenzingsen en constituerende kenmerken

De afgelopen jaren is in politieke en wetenschappelijk kring de belangstelling voor het maatschappelijke middenveld toegenomen. Die belangstelling gepaard met een zoektocht naar het eigene van een maatschappelijke onderneming. In christen-democratische kring is daarmee een begin gemaakt. Paul Dekker bijvoorbeeld constateert in het slothoofdstuk van het SCP-rapport *Noch markt, noch staat*<sup>22</sup> dat de vage aanduiding ‘particulier initiatief’ voor dienstverlenende organisaties is vervangen door het meer omlinjnde begrip maatschappelijke onderneming. Hij citeert in dat verband de volgende twee passages uit *Christen Democratische Verkenningen*:

‘Maatschappelijke ondernemingen zijn gewone ondernemingen, maar zonder winstuitdeling aan aandeelhouders (nv/bv/cv) of aan leden (coöperaties/onderlinge). Maatschappelijke ondernemingen werken met ingehouden winst en hebben daarom de vorm van een vereniging of stichting en werken complementair aan overheidstaken. Werkt een maatschappelijke onderneming met kostprijsverlagende publieke middelen dan kan deze onderneming niet eenzijdig de ondernemingsdoelstelling wijzigen. De beperking van het (maatschappelijk) ondernemen wordt vastgelegd in de toelatingsvoorwaarden van de betreffende wet en illustreert de uitruil van belangen. (...) Het gevolg van deze uitruil is dat eventuele commerciële nevenactiviteiten van maatschappelijke ondernemingen onder een aparte rechtspersoon moeten worden gebracht die zonder de bedoelde vrijstellingen moeten werken. Anders zou er immers sprake zijn van oneerlijke concurrentie. De uit dit soort activiteiten ontvangen winstuitdeling valt vervolgens weer binnen de toelatingsvoorwaarden zodat alles het sociale doel ten goede komt.’ (De Hoop Scheffer/Dankers 1999, 24).

‘De goederen en diensten die de maatschappelijke onderneming voortbrengt zijn geen publieke taken. Maatschappelijke ondernemingen vallen dan ook onder de werkingssfeer van de Wet Economische Mededinging omdat het geen publieke organen zijn die taken in opdracht van de staat uitvoeren. De maatschappelijke onderneming is zo gezien niet een hybride organisatie tussen de domeinen van de markt en de staat, maar opereert op de markt (..) De maatschappelijke onderneming is geen vrijwilligersorganisatie (..) Het is geen alternatief voor marktwerking en privatisering maar wel voor commercialisering.’ (Balkenende en Dolsma 2000, 70/71).

22 P. Dekker, ‘De Nederlandse non-profitsector gemeten en vergeleken: conclusies en perspectieven’ in: Sociaal Cultureel Planbureau, *Noch markt, noch staat*, Den Haag 2001, p. 287-301.

In deze studie sluiten wij ons aan bij de in deze passages gegeven (en verwante<sup>23</sup>) omschrijvingen. Wij vatten de maatschappelijke onderneming op als:

- a) een onderneming;
- b) die is vormgegeven als privaatrechtelijke rechtspersoon;
- c) die een maatschappelijk doel nastreeft dat vervlochten is met (ofwel deels parallel loopt met) het algemeen belang;
- d) die goederen en diensten voorbrengt en;
- e) waarvan het financiële overschot of de winst niet wordt uitgekeerd, maar geheel wordt aangewend voor het realiseren van het maatschappelijke doel dat de onderneming nastreeft. (Later zal blijken dat de wetgever, in het rechtspersonenrecht, winst niet exclusief koppelt aan de commerciële onderneming. Ook verenigingen mogen winst maken, maar zij mogen deze niet uitdelen. Daar ligt dan ook het essentiële verschil met de commerciële onderneming die een winstoogmerk heeft en erop gericht is het rendement of overschot (de winst) uit te delen. Bij maatschappelijke onderneming is dat anders. Winst maken is bij hen mogelijk, maar het uitdelen en het maximaliseren daarvan passen niet bij het karakter van de maatschappelijke onderneming.<sup>24</sup> In het minder formeel-juridische spraakgebruik wordt ‘winst maken’ echter al snel min of meer gelijk

23 Het NTMO omschrijft in het rapport uit 2003 *De waarde van de maatschappelijke onderneming geborgd* (maatschappelijke ondernemingen als organisaties die “opereren in een marktsituatie, maar die tegelijkertijd hun middelen aanwenden om de samenleving te dienen”, <http://www.ntmo.nl>. Mouwen spreekt van een *organisatie* in formele zin, met een *privaat* karakter die eventueel gemaakte *winst niet verdeelt* onder de oprichters directeuren, leden of gebruikers, welke beschikt over een voldoende mate van *zelfbestuur* en die een voldoende mate van *vrijwilligheid* kent, zowel in haar functioneren als in de relatie met haar doelgroepen. In zijn *Strategische planning voor de moderne non-profit organisatie* (2004) duidt hij de maatschappelijke onderneming als een organisatie die zich vooral richt op het publieke domein, welke winst toelaat, maar deze niet uitkeert. Verder geeft hij aan dat een gedeelte van haar activiteiten nog steeds direct of indirect door de overheid bekostigd of medegefinancierd worden. Hierdoor ontstaan binnen zo’n organisatie meerdere sturingsmechanismen, geldstromen en organisatieculturen. Hiermee is zijns inziens hybriditeit in de meeste gevallen onvermijdelijk.

24 Mouwen (2004, p. 16) spreekt over maatschappelijk rendement. ‘De organisatie is niet gericht op *winst* maar op *maatschappelijk rendement* en streeft daarbij naar een zakelijke, op effectiviteit en efficiëntie gerichte bedrijfsvoering.’ Maatschappelijk rendement geeft als term de combinatie aan van de maatschappelijke bestemming die een overschot dient te krijgen. In het alledaagse spraakgebruik heeft ‘maatschappelijk rendement’ zijns inziens evenwel ook een immateriële connotatie (in de vorm van de maatschappelijke opbrengst).

gesteld met de ambitie om winst te maximaliseren. De term overschot of financieel surplus heeft die lading veel minder.)

In paragraaf 4.2 zullen wij de kenmerken vanuit een juridische, rechtspersonenrechtelijke invalshoek verder toelichten. Nu al stelt de definitie ons in staat om de maatschappelijke onderneming van andere rechtspersonen af te grenzen.

- Maatschappelijke ondernemingen verstrekken op een reguliere basis diensten en prestaties waarvoor prijzen in rekening worden gebracht.<sup>25</sup> Onder de definitie vallen daarom niet:
  - vrijwilligerswerk. Dit werk ontbeert het ondernemingskarakter en de prestatie vindt in de regel ook niet plaats vanuit een duidelijk gestructureerde rechtspersoon. Wel is het zo dat rond de maatschappelijke onderneming, vanwege haar exclusieve gerichtheid op een sociaal doel, veel vrijwilligerswerk afspeelt. De onderneming nodigt daartoe uit vanwege haar structuur en doelstelling;
  - charitatieve instellingen;
  - de *civil society*: dit concept verwijst naar allerlei vormen van sociale initiatieven van burgers, vaak met een informeel karakter. Maatschappelijke ondernemingen maken dus wel deel uit van de *civil society*, maar tot de *civil society* horen ook het vrijwilligerswerk en de *charitas*. De termen dekken elkaar dus niet.
  
- Maatschappelijke ondernemingen verstrekken op basis van eigen inzichten en risico prestaties en diensten die in de regel op sociaal grondrechtelijk terrein liggen. (In christen-democratische kring werd eerder van sociaal grondrechtelijk georiënteerd maatschappelijk initiatief gesproken.) Het zijn dus geen overheidsorganisaties, zelfs niet als zij mede een wettelijke taak vervullen of optreden op een terrein waar de overheid vanwege de sociale grondrechten een inspanningsverplichting heeft. Onder de definitie vallen daarom niet organen die publieke taken uitvoeren:
  - zelfstandige bestuursorganen: zij zijn op afstand gezette overheidsorganen.
  - overheidsinstellingen, -diensten of -bedrijven die feitelijke overheidswerkzaamheden verrichten zoals de politie, het openbaar onderwijs, de arbeidsvoorziening etc.

<sup>25</sup> De kostprijzen hoeven overigens niet per se door de afnemers te worden opgebracht: de overheid of fondsen kunnen ook een deel van de kosten voor hun rekening nemen.

- publiekrechtelijke stichtingen - veelal gemeentelijk - zoals openbaar onderwijs, sportaccommodaties, sociaal-culturele instellingen etc.
- uitvoeringsorganen voor de sociale verzekeringen en ziekenfondsen.

De opstellers van dit rapport nemen afstand van de stelling dat organisaties die inkomsten van de overheid ontvangen en geen commerciële diensten aanbieden of diensten buiten het overheidsbudget aanbieden geen maatschappelijke ondernemingen kunnen zijn.<sup>26</sup>

- Maatschappelijke ondernemingen streven niet naar winstmaximalisatie om die winst vervolgens aan aandeelhouders uit te keren. Onder de definitie vallen daarom niet:
  - bedrijven die gericht zijn op winstuitdeling en evenmin:
  - die op winst gerichte ondernemingen, die maatschappelijk verantwoord willen ondernemen.
- Maatschappelijke ondernemingen streven ook niet primair naar winstmaximalisatie om deze vervolgens ten goede te laten komen aan leden. Onder de definitie vallen daarom niet:
  - coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen.<sup>27</sup>

### Afgeleide kenmerken

In de literatuur over de maatschappelijke onderneming is uitvoerig ingegaan op *afgeleide* kenmerken van de maatschappelijke onderneming.

Hupe en Meijs<sup>28</sup> wijzen er in dit verband op dat verwacht mag worden dat maatschappelijke ondernemingen:

- een relatief *hoge kwaliteit* leveren, omdat zij geen winst hoeven uit te keren aan aandeelhouders. Alle inkomsten kunnen daarom gebruikt wor-

26 Vgl bijvoorbeeld S.P.M. de Waal, 'Marktwerking en solidariteit kunnen samengaan in de zorg', *NRC-Handelsblad*, 12-01-01. Zijn omschrijving van de maatschappelijke onderneming is invloedrijk in PvdA kring en is in zekere zin in de concept-uitgangspunten van deze partij is overgenomen. De maatschappelijke onderneming wordt gezien als uitvoerder van overheidsbeleid.

27 In die zin is het consistent dat rechtsvormen als de coöperatie en de vennootschap sinds 1965 niet meer zijn toegestaan voor corporaties. Bij deze rechtsvormen is er sprake van winstdeling als een primair doel (hetzij direct via dividend, hetzij indirect via bijvoorbeeld het verlagen van de huren voor de leden van de coöperatie).

28 P. Hupe en L. Meijs, 'Non-profit in Nederland. Maakt het wat uit?', in: Sociaal Cultureel Planbureau, *Noch markt, noch staat*, Den Haag 2001, p. 105-120.

den om de doelstellingen te realiseren. Vergeleken met overheidsinstellingen opereert men vaak kleinschaliger en responsiever. Dat levert het vermogen op flexibel op wensen in te spelen;

- *grotere rechtvaardigheid* betrachten. Men richt zich vaak op achtergestelde groepen en minderheden;
- tegen *lagere kosten* werken: men beschikt over vrijwilligers (lagere loonkosten) en ontvangt soms giften;
- *bindend opereren*;
- het *kritisch vermogen* in de samenleving versterken (medewerkers zijn geen ambtenaren);
- *bijdragen aan de pluriformiteit en keuzevrijheid* in de samenleving.

De auteurs zien ook risico's:

- er kan sprake zijn van *particularisme*, waardoor andersdenkenden in diskrediet worden gebracht. De eerder genoemde binding kan alleen intern gericht zijn, waarbij er naar buiten toe sprake is van afscherming en zelfs verwijdering (in Duitsland spreekt men dan van een *Parallellgesellschaft*. Putnam formuleert het dilemma in termen van bridging of bonding)<sup>29</sup>;
- er kan sprake zijn van *paternalisme* ofwel bevoogding van de deelnemers en cliënten;
- er kan ruimte worden geboden aan *amateurisme*.

Deze nadelen zijn - voor zover die zich al voordoen - niet zo moeilijk te ondervangen. Amateurisme bijvoorbeeld is tegen te gaan door instellingen te binden aan kwaliteitsmaatstaven, via trajecten van verantwoording en door het stellen van erkenningvereisten. Ook particularisme kan bestreden worden via algemene wet- en regelgeving (vgl. de Wet gelijke behandeling) of via functionele wetgeving (bijvoorbeeld deugdelijkheidseisen in het onderwijs).

Bovenberg en Gradus<sup>30</sup> leggen vanuit een economisch gezichtspunt de nadruk op voor een deel vergelijkbare voor- en nadelen.

- *Bescherming van de consument*  
Omdat er niet gestreefd wordt naar het uitdelen van winst aan oprichters, directeuren, kapitaalverschaffers, leden of gebruikers, maar de inkomsten worden besteed aan de doelstellingen van de organisatie zal er minder de neiging zijn om informatie-achterstanden van afnemers te baat te nemen. Een contractualisering van relaties wordt zo vermeden. In de markt worden deze risico's immers ondervangen door expliciete con-

29 Putnam (2000) p. 44.

30 A.L. Bovenberg en R.H.J.M. Gradus, 'De economie van moeder Theresa', *Economisch Statistische Berichten*, 86 (4315), p. 516-519.

tracten etc. Die waarborgen zijn in een setting van non-profit minder nodig. Het vertrouwen dat in ondernemingen zonder winstoogmerk kan worden gesteld, beschermt met andere woorden consumenten, zorgt voor minder kosten en minder administratieve handelingen en vergroot het maatschappelijke vertrouwen. Voorwaarde is daarbij uiteraard wel dat de rechtspersoon zich daadwerkelijk gecommitteerd weet aan de maatschappelijke doelstelling, die de reden van haar bestaan is.

- *Benutten van altruïsme*  
Het verbod op het uitdelen van winst beperkt de ruimte voor opportunistisch gedrag en moedigt daarmee wederkerigheid aan. Ook voor de overheid is dat relevant bij het toedelen van publieke middelen. Wet- en regelgeving hoeven, zolang er vertrouwen kan zijn, minder gedetailleerd te zijn. Bovendien is er bij ideële instellingen vaak spake van toewijding van werknemers. Dat zorgt in de regel voor minder arbeidskosten, een goede motivatie en dito prestaties. Maatschappelijke ondernemingen spelen dan ook vaak een belangrijke rol in arbeidsintensieve sectoren zoals de zorg, het onderwijs etc.<sup>31</sup>
- *Diversiteit in preferenties*  
Waar opvattingen zeer divers zijn, is collectieve besluitvorming traag en duur (overheidsfalen). Daarom kent Nederland, met zijn relatief grote verscheidenheid aan opvattingen en zijn bloemrijke religieuze richtingen, een grote sector van non-profitinstellingen. Door zich te richten op gelijkgezinden is beter maatwerk te bieden dan via publieke organisaties (overheidsfalen) en wordt betrokkenheid beter mogelijk.

24

Nadelen en beperkingen zijn er ook:

- *Geen toegang tot kapitaalmarkt*  
Voor zover er geen winst mag worden uitgedeeld, hebben de stakeholders ook geen belang bij het verlagen van kosten. Er is geen tegenkracht in de vorm van aandeelhouders. Het management en de werknemers hebben daarom relatief sterke posities. De formele restrictie dat het surplus niet mag worden uitgedeeld is dus niet per se een garantie dat dit ten goede komt aan de kwaliteit van de diensten. Voor zover er opbrengsten zijn, kunnen die namelijk ook terecht komen bij de leiding en medewerkers van organisaties: hoge salarissen, fraaie huisvesting, extra vrije tijd, emolumenten etc.

31 Zie ook: E.L. Glaser en A. Shleifter, *Not-For-Profit Entrepreneurs*, Cambridge 1998, Working Paper 6810, <http://www.nber.org/papers/w6810>.



- *Verantwoording en toezicht*  
Maatschappelijke ondernemingen opereren vaak in sectoren waar de competitie beperkt is. Bovendien is er geen sprake van directe wederkerigheid, zoals bij de kapitaalvennootschappen. Bij deze kapitaalvennootschappen is er immers een rechtstreeks belang voor kapitaalverschaffers om toe te zien op het functioneren van de onderneming. Die rechtstreekse relatie is bij maatschappelijke ondernemingen veel minder. Ideële betrokkenheid kan dat compenseren. Die betrokkenheid kan soms worden ondersteund door het aantrekkelijk te maken ook financieel te investeren in instellingen die een sociaal-ethisch doel hebben. Er zijn met andere woorden mechanismen nodig een gedegen toezicht en dito verantwoordingsrelaties.
- *Weinig flexibiliteit*<sup>32</sup>  
Non-profitorganisaties kunnen niet snel reageren op een sterk toenemende behoefte aan kapitaal. Voor hun kapitaalbehoefte zijn zij sterk afhankelijk van donaties, vreemd vermogen en ingehouden winsten. Reden waarom deze organisaties weinig voorkomen in sectoren met een grote behoefte aan risicodragend kapitaal, zoals de geneesmiddelenindustrie. In kapitaalintensieve sectoren waar de productiemiddelen kunnen dienen als onderpand, zoals in de sociale woningbouw, zijn maatschappelijke ondernemingen wel levensvatbaar. Het ontbreken van de tucht van de kapitaalmarkt en van de dreiging van overname prikkelt niet om het rendement op het eigen vermogen op peil te houden en om doelmatig te blijven. Inefficiënte organisaties kunnen daarom vrij lang blijven voortbestaan. Dat verklaart hun soms rigide karakter.
- *Hoge besluitvormingskosten*  
Als belanghebbenden verschillende en soms tegengestelde belangen hebben, vertraagt dat de besluitvorming. In een vennootschap worden de belangen van de aandeelhouders grotendeels op een lijn gebracht door hun vrij eenduidige ambitie om de winst op peil te houden. Het voordeel van de betrokkenheid kan in een non-profitinstellingen omslaan in besluiteloosheid.

Alles overziend, kunnen we constateren dat de kwetsbaarheden van maatschappelijke ondernemingen liggen bij:

<sup>32</sup> In termen van flexibiliteit zien Bovenberg en Gradus dus een kwetsbaarheid bij maatschappelijke ondernemingen. Dat is anders dan bij Hupe en Meijs. Dit hangt waarschijnlijk samen met het feit dat laatstgenoemden de maatschappelijke onderneming vergelijken met de overheid en de eersten met commerciële ondernemingen.

- het toezicht op de mate waarin maatschappelijke ondernemingen met voldoende sociale ambitie en ondernemingszin worden bestuurd en geleid en de onhelderheid over de vraag wie daarop moet toezien;
- de bestemming van het eventuele surplus. Dat mag weliswaar niet aan aandeelhouders worden uitgedeeld. Het dient bestemd te zijn voor (innovatieve) investeringen in de maatschappelijke doelstellingen van deze onderneming. Maar theorie en praktijk moeten natuurlijk wel op elkaar aansluiten. Het surplus is ook te gebruiken voor eigen salarissen, voor een riant huisvesting, voor stevige onkostenvergoedingen, voor een kapitaal-accumulatie die ten koste van het sociale doel gaat etc. Het debat over de salarissen van bestuurders van ziekenhuizen etc. hangen hiermee samen. Er is met andere woorden een structuur nodig die waarborgt dat de maatschappelijke doelstelling daadwerkelijk gediend wordt, ook rond de bestemming van de inkomsten en vermogensbestanddelen;
- het rekruteren van mensen die zich betrokken weten bij de doelstellingen van de maatschappelijke onderneming (het equivalent van de aandeelhouders bij de kapitaalvennoot);
- de doelmatigheid van het opereren. De tucht van de aandeelhouders en vaak ook van een markt ontbreekt;
- de toegang tot de kapitaalmarkt. Zeker als de maatschappelijke onderneming in een veld moet werken waar sprake is van competitie met commerciële instellingen en niet in staat is om met eigen vermogen en productiemiddelen (zoals bijvoorbeeld onroerend goed) werkt, kan het een groot nadeel zijn dat er geen relatie is met de kapitaalmarkt;
- het risico van verstarring. Als de maatschappelijke onderneming vrij zeker is van haar inkomsten loopt zij het risico van verstarring en van defensieve strategieën. Innovatie komt moeilijk van de grond. Dat risico wordt nog eens versterkt als er sprake is van tegengestelde belangen in de boezem van de organisaties.

Het is belangrijk deze kwetsbaarheden te ondervangen. Goed functionerende maatschappelijke ondernemingen zijn immers belangrijk voor de samenleving. Zij zorgen voor sociale bindingen, moedigen altruïsme aan en versterken de maatschappelijke verantwoordelijkheid op domeinen die noch door de markt, noch door de overheid moeten worden gedomineerd. Ook bieden zij mensen de mogelijkheid om hun vrijheidsrechten te verwerkelijken. In hoofdstuk 3 gaan wij hierop verder in.

# 3 Een situatieschets en terugblik: de publiekrechtelijke plek van het maat- schappelijke initiatief

Nederland kent een omvangrijke non-profitsector. Het SCP laat zien dat de werkgelegenheid in 1995 bestond uit 670.000 voltijdse banen. De bestedingen bereikten het niveau van bijkans 50 mld. euro en de toegevoegde waarde was ca. 30 mld. euro. De non-profitsector nam in die tijd 12% van de werkgelegenheid voor zijn rekening. Zijn bestedingen bedroegen ca. 16% van het BNP. De toegevoegde waarde was ca. 10% van het BNP.<sup>33</sup>

In de non-profit sector vond en vindt ook veel vrijwilligerswerk plaats. Bijna de helft van het vrijwilligerswerk is aan deze sector gerelateerd. Zij zorgt daarmee voor een enorme impuls aan vrijwillig initiatief en sociale inzet. Omgerekend naar voltijdse banen gaat het namelijk om niet minder dan 400.000 arbeidsplaatsen. Dat is meer dan de helft van de voltijdse banen van de sector zelf en 7,5% van de totale werkgelegenheid. Het grootste deel van de bekostiging komt voort uit collectieve middelen: overheidssubsidies en gelden uit de ziektekostenverzekering. Eigen inkomsten tellen mee voor 40%. Daarbij moet gedacht worden aan contributies, vergoedingen, verkopen e.d. De overige inkomsten bestaan uit giften (vrijwillige bijdragen, donaties etc.); het gaat dan om 3% van de inkomsten.

Nederland heeft dus - met Ierland en België - een vrij omvangrijke non-profitsector. In die twee andere landen ligt de omvang, gemeten als percentage van de beroepsbevolking, op 10%. In Frankrijk, Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Spanje gaat het om 5%. De verzuiling speelt bij die positie van Nederland uiteraard een belangrijke rol. De non-profitsector is in ons land een belangrijke drager van de verwerkelijking van sociale grondrechten geworden. Dat verklaart het hoge aandeel van de bekostiging uit collectieve middelen en het hoge percentage van de beroepsbevolking dat in deze sector werkzaam is.

### **Een snelle terugblik: particulier initiatief en de druk van de staat...**

Het particulier initiatief heeft vaak in een gespannen verhouding met de overheden gestaan. Zonder meer kan worden gesteld dat historisch gezien het primaat voor charitatief werk bij kerken en particuliere liefdadigheidsinstellingen heeft gelegen: in de vorm van onderwijs, van verzorging in hofjes en gasthuizen, in de vorm van diaconaal werk ten behoeve van de armen. Via onderlinge fondsvorming probeerden werklieden de risico's van inkomensderving, zo goed en zo kwaad als het ging, te ondervangen (de gilden, de zgn. bussen).

<sup>33</sup> Zie voor internationaal vergelijkende cijfers ook van Mouwen (2002) p. 21 ev.

Veel sociaal theoretici hebben erop gewezen dat staatscentralisme vanouds de intermediaire structuren zwaar onder druk zette. In de werken van A. de Tocqueville is dat al een centraal thema. Simone Weil wijdde er vele passages aan in haar boek *L' enracinement*<sup>34a</sup>. Het merkwaardige is dat deze auteurs dat centralisme verbinden met de Franse Revolutie en het opkomend nationalisme. Ook Bendix<sup>34b</sup> doet dat. Hij citeert een kenmerkende passage uit de redevoering die in 1791 in de Franse Constituante werd uitgesproken:

*'The bodies in question have the avowed object of procuring relief for workers in the same occupation who fall sick or become unemployed. It is for the nation and for the public officials on its behalf to supply work to those who need it for their livelihood and to succour the sick..... There must be no more guilds in the state, but only the individual interest of each citizen and the general interest. No one shall be allowed to arouse in any citizen any kind of intermediate interest and to separate him from the public weathl through the medium of corporate interest'*

*Le vide social*<sup>35</sup> is sindsdien een topic in de sociologische literatuur: een thema dat overigens ook een rode draad vormt in het werk van de bekendste socioloog van Frankrijk: Emile Durkheim.

In Nederland werd de soep van de nationalisering en van het centralisme uiteraard veel minder heet gegeten dan in Frankrijk, maar ook hier zijn de spanningen tussen overheden en particuliere instellingen in zekere zin een constante in de geschiedenis van de negentiende en twintigste eeuw. De economische teruggang die tot ver in de negentiende eeuw duurde en de industrialisering die zich gaandeweg voltrok, leidden tot armoede. De sociale kwestie diende zich aan. Oplossingen werden gezocht in volksopvoeding, in de scholing van kinderen, in het bevorderen van huiselijk leven, in het bouwen en beheren van fatsoenlijke huizen. Uiteraard was er de armenzorg als vangnet. Het particulier initiatief bloeide (verder) op, met als bekendste verenigingen Liefdadigheid naar vermogen, opgericht in 1871 te Amsterdam en de Maatschappij tot Nut van het Algemeen, al opgericht in 1784. In 1851 werd de eerste bouwvereniging te Amsterdam opgericht: de Vereeniging ten behoeve der arbeidersklasse. Onderwijs werd gegeven door particuliere instellingen, vaak met een religieuze achtergrond. De armen werden primair onderhouden door de kerken en subsidiair door de lokale overheden. Of het nu ging over volkshuisvesting, onderwijs, armenzorg, sociale wetge-

34a S. Weil *L' enracinement*, Paris 1949.

34b Geciteerd door A. Zijderveld, *Steden zonder stedelijkheid. Een cultuursociologische studie van een beleidsprobleem*, Deventer 1983, p. 96.

35 Vgl. J. Donzelot, *L'invention du social, Essai sur le declin des passions politique*, Parijs 1984.

ving of om volksgezondheid: over de hele linie moest een *modus vivendi* gevonden worden tussen enerzijds dit maatschappelijk initiatief en anderzijds de overheden die werden aangespoord bij te dragen aan het oplossen van de sociale kwestie.

### ... en de opkomst van de sociale kwestie...

Er moest een balans worden gevonden, vooral om dat het particulier initiatief weliswaar loffelijk was, maar ook inherente gebreken vertoonde. *Ten eerste* was er een *gebrekkige rechtszekerheid*. De zieken, gehandicapten, werklozen, armen etc. konden geen juridisch gewaarborgde aanspraken maken op duurzame en structurele steun, hulpverlening of onderwijs. Kerkgenootschap, charitatieve instellingen etc. hielden er heel verschillende criteria op na. Zogenaamde bussen raakten aan het einde van hun mogelijkheden als de leden hun ingelegde middelen, in perioden van hoogconjunctuur, onttrokken aan de fondsen. In de *tweede plaats* ontkwam het particulier initiatief niet altijd aan *bevoogding*. Vooral in liberaal burgerlijke kringen maakte men zich zorgen over de vrijblijvende hulpverlening van kerken en charitatieve instellingen: die zou luiheid en apathie in de hand werken. Abraham Kuiper stelde de grilligheid van de hulpverlening tijdens het Christelijk Sociaal Congres in 1891 aan de kaak: 'Enerzijds bij de bourgeoisie ervaring en inzicht, talent en aaneensluiting, beschikbaar geld en beschikbare invloed: en daartegenover de boerenbevolking en de arbeidersklasse van kennis ontbloot, van alle hulpmiddelen beroofd en door elken morgen weerkerende behoefte, om den mond open te houden, genoodzaakt zich naar elke, zelfs de onbillijkste conditie te voegen.' (A. Kuiper, openingsrede, Procesverbaal van het eerste sociaal congres gehouden te Amsterdam in november 1891, p. 51) In de *derde plaats* werden verzorgings- en onderwijsarrangementen niet voldoende in hun *samenhang* gezien met *macro-economische en politieke ontwikkelingen*, bijvoorbeeld met de structuur van de economie, van het onderwijsstelsel etc. De implicaties waren niet gering: de oorzaak van armoede werd daardoor eenzijdig bij de behoeftigen zelf gelegd, bij hun apathie, onbeheerstheid etc. Reden voor socialisten om te pleiten voor het socialiseren van de productie en voor de erfplaters van de christen-democratie een lans te breken voor een architectonische maatschappijkritiek,

### ... en van de verzorgingsstaat ...

Het particulier initiatief bleek om bovengenoemde redenen niet adequaat te zijn. Sociale wetgeving werd noodzakelijk: in de sfeer van het wonen, het onderwijs, de gezondheidszorg en de sociale zekerheid. Er ontstonden wettelijk gereguleerde aanspraken op deze diensten en arrangementen. Statelijke

interventies bleken nodig om burgers te verzekeren van elementaire goederen en diensten. Naarmate de catalogus van zorgplichten zich uitbreidde, werd de vraag urgent hoe de overheid de financiële, geografische en kwalitatieve toegankelijkheid van deze diensten kon garanderen. Moet het primaat liggen bij de overheid of bij zelfwerkzaamheid? Interventionisten pleitten al in de negentiende eeuw voor het onder overheidsbeheer brengen of houden van vitale diensten (nutsvoorzieningen zoals straatverlichting en energie, maar ook het onderwijs in de vorm van openbare scholen en zorgvoorzieningen). Anderen pleitten voor een inrichting van de maatschappij die voldoet aan het credo van Beveridge: *private action for a political purpose*. Het waren vooral de christen-democratisch geïnspireerde politici die wezen op het blijvende belang van het maatschappelijke initiatief en het particuliere karakter daarvan met name ook ten aanzien van de sociale woningbouw, onderwijs, zorg, sociale zekerheid en welzijn: juist ook ter wille van de kwaliteit van deze activiteiten. Inderdaad, vanwege hun bijdrage aan de humaniteit van de samenleving. Aansluiting was er (deels) met die sociaal-democraten die veel betekenis toekenden aan de coöperatieve gedachte en aan de rol van de vakbonden in de samenleving.

### ... en de pleidooien voor een verzorgingsmaatschappij

De tweestrijd is de politieke agenda blijven beheersen. Nog steeds kristalliseren zich rond dit vraagstuk (staatsinterventie of maatschappelijk initiatief, verzorgingsstaat of verzorgingsmaatschappij) standpunten van politieke partijen en sociale theoretici uit.

Feit is wel dat met de groei van de verzorgingsstaat het particulier initiatief meer en meer onder druk van de staatsinterventies is komen te staan.

In ons land was het vooral de socioloog Zijderveld die op de consequenties wees: een samenleving waarin de solidariteit tussen mensen functioneel en ambtelijk wordt en waarin centrifugale krachten worden gestimuleerd.<sup>36</sup> De onderlinge betrokkenheid krijgt abstracte trekken, waardoor individualisering een impuls krijgt. In de bekende termen van C. Schuyt: er ontstaat een samenleving waarin wel voor je wordt gezorgd, maar waarin weinigen om je geven. Ook vanuit het CDA is daarop stelselmatig gewezen. Daarbij is ook voortdurend de juridische vertaling van de vervlechting van de overheidsverantwoordelijkheid voor het genieten van sociale grondrechten enerzijds en de sociale ambities van maatschappelijke ondernemingen anderzijds aan de orde geweest. Daarop willen wij hieronder iets nader ingaan (in constitutioneel en in bestuursrechtelijk opzicht).

36 A.C. Zijderveld, o.m. in *De staccato-cultuur. Flexibele maatschappij en verzorgende staat*, Utrecht 1991.

## Vrijheid kan niet zonder instituties: een pleidooi voor sociale vrijheidsrechten ...

Die functionalisering van onderlinge betrokkenheid is versterkt door de manier waarop de zorgplichten van de overheid in ons land vaak worden geïnterpreteerd. Daarbij is vaak sprake van een tweedelende voorstelling van zaken. Aan de ene kant is er het individu als drager van vrijheidsrechten: de overheid moet zich onthouden van inmenging in de privé-sfeer van burgers. Aan de andere kant is er de zorgplicht van de overheid terzake van gezondheidszorg, huisvesting etc. Deze dualistische grondrechtsopvatting laat echter een gebrekkige sociologisch inzicht zien in de feitelijke werkingssfeer van grondrechten.

Zeker in een moderne samenleving is vrijheid namelijk vaak *institutioneel* bepaald. Zonder vrije omroepen, zonder vrije scholen en zorginstellingen, zonder maatschappelijk initiatief in de sfeer van de volkshuisvesting of welzijnsactiviteiten is vrijheid een abstractie. Zonder ruimte voor dit particuliere initiatief functioneert en verschaalt solidariteit. Dat is de reden waarom in het verleden aandacht is gevraagd voor *sociale vrijheidsrechten*<sup>37</sup>, om daarmee aan te geven dat achter vrijheidsrechten in de regel *sociale functies* en *instituties* schuil gaan. Het gaat daarbij om instituties die de overheid enerzijds moet ondersteunen omdat zij activiteiten ontplooiën op *sociaal grondrechtelijk* terrein (zorg, onderwijs, welzijnswerk). De overheid moet de instituties een optimum aan ruimte geven omdat zij activiteiten ontplooiën die de overheid niet zomaar kan overnemen: scholen met hun eigen pedagogische opvattingen, zorginstellingen met hun specifieke zorgvisie, vakbonden met hun specifieke opvattingen over solidariteit etc.

37 A. Klink, *Christen-democratie en overheid. De christen-democratische politieke filosofie en enige staats- en bestuursrechtelijke implicaties*, Delft 1991, p. 169 en volgende.



#### .....waarop het bestuurs- en organisatierecht zich oriënteert.

Dit inzicht levert ook richtlijnen op de voor de sturingsconcepten die de overheid hanteert ten opzichte van het maatschappelijke organisaties. Om de speelruimte voor maatschappelijke ondernemingen en van hun dragers zo groot mogelijk te houden (vrijheidsrechten) en onderlinge zorg vooral aan burgers en hun instellingen over te laten (in casu de *feitelijk* horizontale werking van sociale grondrechten) doet zij er goed aan terughoudend en proportioneel te zijn met regels en voorschriften. Zij doet er goed en verstandig aan om aan te sluiten bij de doelstellingen van maatschappelijke ondernemingen en bij de sociale en ideële initiatieven van mensen. Zo moeten scholen hun pedagogische missie volop serieus kunnen nemen. In zorginstellingen moet er ruimte zijn voor aandacht en belangstellende zorg voor mensen. Zorg is immers meer dan een serie ingrepen. Hetzelfde geldt voor vakbonden en werkgeversorganisaties, jeugdhulpverleningsinstellingen etc. De overheid doet er ook goed aan om het maatschappelijk middenveld niet te laten stollen in vertrouwde structuren. Innovatie en nieuwe initiatieven moeten mogelijk zijn en ruimte krijgen anders ontstaan corporatieve structuren die in feite de vrijheidsrechten op sociaal grondrechtelijk terrein, om de verwerkelijking waarvan het christendemocraten in grote mate om te doen was, verstikken.

Het bestuursrecht moet daarom aansluiten bij de missie van instellingen, bij hun ondernemingszin en nieuw maatschappelijk initiatief mogelijk maken. Dat geldt zeker nu woningcorporaties, zorginstellingen, scholen, universiteiten, omroepen etc. te maken hebben met de enorme dynamiek en de vele eisen die hierboven zijn geschetst.

Het is tegen die achtergrond dat in christen-democratische kring een instrumententypologie is gecreëerd<sup>38</sup> die aan de maatschappelijke dynamiek en het eigen initiatief van mensen op sociaal grondrechtelijk terrein tegemoet wil komen. Bij die typologie is ervan uitgegaan dat de overheid de toegankelijkheid van elementaire voorzieningen dient te garanderen, maar het verstrekken daarvan zoveel mogelijk aan mensen en hun instellingen zelf moet overlaten. Die garanties impliceren evenwel *dat* de overheid garant staat voor de financiële toegankelijkheid, voor de bereikbaarheid en voor de kwaliteit van de diensten. Belangrijk is dan de vraag *hoe* zij invulling geeft aan die garanties. Rond **financiering**, **planning** en **normering** moet de overheid die instrumenten kiezen die maatschappelijk initiatief zoveel mogelijk ondersteunen en die innovatie en ondernemingszin bevorderen.

38 Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, *Publieke gerechtigheid*, Houten 1989, hoofdstuk 7.

Dat impliceert een *voorkeur*<sup>39</sup> voor vraagfinanciering boven aanbodfinanciering, voor planning van onderop via vraagfinanciering boven planning van voorzieningen van overheidswege (die immers maar al te vaak tot schaalvergroting en daarmee tot monopolievorming heeft geleid) en voor een kwaliteitsbewaking waarbij in eerste instantie de dragers van het maatschappelijk initiatief, de deelnemers en belanghebbenden *zèlf* (kunnen) zorgen voor normering, correcties en *checks and balances*. Het is daarom dat de maatschappelijke onderneming en de keuze voor een rechtsvorm die borg staat voor innovatie enerzijds en *checks and balances* anderzijds van zoveel belang is.

Tegen dezelfde achtergrond zijn vanuit de Tweede-Kamerfractie van het CDA, vanuit de partij en vanuit het WI voor het CDA al de nodige voorstellen gedaan om de financiering van belangrijke diensten te laten plaats vinden door afnemers. Er is bijvoorbeeld gepleit voor een kanteling in de zorg, voor het concept van leerrechten, voor een levensloopregeling, voor vraagsturing bij de kinderopvang etc. Gewerkt is ook aan een gerichte inkomenspolitiek die ook de lagere inkomensgroepen in staat stelt om zelf elementaire diensten te betalen (huren, kinderkosten, zorgkosten). De kantelingen die daarmee gemoeid zijn, vloeien voort uit - wat H. Wijffels noemt - de behoefte aan een derde emancipatiegolf. Nadat de eerste emancipatiegolf mensen formele rechten tegenover de overheid en sociale bescherming opleverden (vrijheidsrechten), werden zij vervolgens in staat gesteld om eigen organisaties in het leven te roepen en zich te scholen (tweede emancipatiegolf). Nu die scholing is voltooid en mensen mondig zijn geworden en men voldoende kapitaal-krachtige vraag kan mobiliseren om zelf (of in georganiseerd verband) diensten te betalen en te organiseren, is het zaak dat de overheid het zogenaamde top-down denken verlaat en de piramidale structuur van diensten en voorzieningen kantelt (de omgekeerde piramide). De financieel zwakkeren laat de overheid daarbij overigens niet in de steek. Waar mogelijk stelt zij hen - via een gerichte fiscale inkomenspolitiek<sup>40</sup> - financieel in staat om ook voldoende koopkrachtige vraag te ontwikkelen en zelf keuzes te kunnen maken.

39 Aanbodfinanciering en -planning worden daarmee dus niet van de hand gewenzen. Het gaat, zoals aangegeven in *Publieke gerechtigheid* en in het *Program van Uitgangspunten*, om voorkeuren.

40 Zie onder meer CDA, *Gericht en rechtvaardig: een christen-democratische oplossing voor de armoedeval*, Den Haag 2000. In 1989 publiceerde de CDA Tweede Kamerfractie al het rapport *De moeite waard*. Zie verder Wetenschappelijk Instituut voor het CDA *Evenredig en rechtvaardig*, Den Haag 2001. Zie ook het pleidooi van de Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, *Vershil in de verzorgingsstaat. Over schaarste in de publieke sector*, Den Haag 2004.

Deze omkering van de piramide en deze kantelingen<sup>41</sup> stellen ook eisen aan het functioneren van scholen, zorginstellingen, woningbouwcorporaties, omroepen etc. Zij zullen meer als onderneming moeten gaan opereren, juist ter wille van hun sociale ambities. Het rechtspersonenrecht dient daarop toegesneden te zijn. De revitalisering van het maatschappelijk middenveld staat of valt met de mate waarin men in het onderwijs, de zorg, de woningvoorziening etc. in staat is om de omslag naar een maatschappelijke onderneming te maken. Zeker omdat men in toenemende mate de competitie met de commerciële ondernemingen aan zal moeten kunnen. Dat geldt voor de omroepen in niet mindere mate dan voor de zorginstellingen, de scholen etc. Het rechtspersonenrecht zal daarop toegesneden moeten zijn. Over de mate waarin het huidige rechtspersonenrecht daaraan beantwoord, is in voorgaande hoofdstukken al het nodige gezegd. In hoofdstuk 4 gaan wij hier dieper op ingaan: nu vanuit een rechtspersonenrechtelijk perspectief.

41 Het is om die reden dat het WI voor het CDA zijn recente serie over vraagsturing *Kantelingen* heeft genoemd: een term ontleend aan Wijffels inbreng ten tijde van het Strategisch Beraad dat in 1996 het rapport *Nieuwe wegen vaste waarden* publiceerde.

# 4 De maatschappelijke onderneming in rechtspersonenrechtelijk perspectief<sup>42</sup>

42 Dit hoofdstuk en de daarmee gemoeide studie vindt haar grondslag in een advies dat door Allen & Overy LLP is uitgebracht aan het Wetenschappelijk Instituut voor het CDA inzake de vennootschapsrechtelijke vormgeving van de maatschappelijke onderneming. Het advies is afzonderlijk gepubliceerd in: H.J. de Ru, J.L. Burggraaf en L.A.J. Spaans, *De maatschappelijke onderneming*, Allen & Overy Special Editions, Den Haag (Boom) 2005.

## 4.1 INLEIDING

### 4.1.1 Achtergrond

Het begrip “maatschappelijke onderneming” is niet aan de wet ontleend; het Nederlandse rechtspersonenrecht bevat geen definitie van de maatschappelijke onderneming. Toch blijken er ondernemingen te zijn die zich als zodanig presenteren en/of die door derden - burgers, klanten, de politiek of andere ondernemingen - als zodanig worden beschouwd.

Zo blijkt uit de Code voor de leden van Aedes vereniging van woningcorporaties dat de leden van die vereniging zichzelf beschouwen als maatschappelijke ondernemingen: *“Leden van Aedes hebben een positie als maatschappelijke onderneming.”*<sup>43</sup>

In met name de sociaal-wetenschappelijke literatuur wordt al geruime tijd aandacht geschonken aan de maatschappelijke onderneming. In die literatuur is gewezen op de verschillen tussen de maatschappelijke onderneming enerzijds en de reguliere, commerciële onderneming anderzijds.<sup>44</sup> Uit de praktijk klinken geluiden dat het Nederlandse rechtspersonenrecht vanwege die verschillen ontoereikend zou zijn om de maatschappelijke onderneming op goede wijze te laten deelnemen aan het rechtsverkeer.

### 4.1.2 Probleemstelling

In dit hoofdstuk wordt daarom vanuit juridisch perspectief beoordeeld in hoeverre het Nederlandse rechtspersonenrecht op dit vlak wijziging of aanvulling behoeft. Centraal staat de vraag:

**Is het noodzakelijk en wenselijk om een eigen regeling voor de maatschappelijke onderneming in het rechtspersonenrecht tot stand te brengen?**

In de beoordeling van de noodzaak en wenselijkheid van een eigen regeling voor de maatschappelijke onderneming betrekken wij enerzijds het gegeven

<sup>43</sup> Code voor de leden van de Aedesvereniging van woningcorporaties, maart 2002, onderdeel A, onder 2, in te zien op <http://www.aedeswcp.nl>.

<sup>44</sup> Waarover onder meer: J.P. Balkenende en G. Dolsma, ‘De maatschappelijke onderneming in de gezondheidszorg’, *Christen Democratische Verkenningen*, nr’s. 7,8,9, *Themanummer 2000*, p. 70-71; S.P.M. de Waal, Th.N.M.Schuyt en P.A. Verveen, ‘De filosofie van het maatschappelijk ondernemerschap’, in: S.P.M. de Waal, Th.N.M. Schuyt en P.A. Verveen, *Handboek Maatschappelijk ondernemerschap*, Houten/Zaventem: Bohn Stafleu Van Loghum 1994, p. 5-6.

dat het Nederlandse wetgevingsbeleid is gericht op deregulering.<sup>45</sup> Dit betekent dat regeling niet onnodig dient plaats te vinden, in het bijzonder niet wanneer het bestaande rechtspersonenrecht de maatschappelijke onderneming afdoende in staat stelt om aan het rechtsverkeer deel te nemen. In dat verband moet dan uiteraard wel worden bezien of een eigen regeling voor de maatschappelijke onderneming in zichzelf een deregulerend effect kan hebben, bijvoorbeeld omdat specifieke regelingen in bijzondere wetgeving daardoor kunnen worden geschrapt.

Anderzijds betrekken wij in de beoordeling van de noodzaak en wenselijkheid van een eigen regeling het gegeven dat het Nederlandse wetgevingsbeleid is gericht op verhoging van de wetgevingskwaliteit en, daarmee, op vergroting van de effectiviteit van wetgeving.<sup>46</sup> Voor het tot stand brengen van een eigen regeling voor de maatschappelijke onderneming kan daarom aanleiding bestaan ingeval zo'n regeling de maatschappelijke onderneming beter in staat stelt om aan het rechtsverkeer deel te nemen, dan onder het bestaande rechtspersonenrecht het geval is.

#### 4.1.3 Opbouw

Om de probleemstelling te beantwoorden, is in de eerste plaats vereist dat helder is wat onder het begrip "maatschappelijke onderneming" wordt verstaan. In paragraaf 4.2.1 gaan wij daarom nogmaals in op de in deze studie gehanteerde definitie van dat begrip. Vervolgens bepalen wij de positie van de maatschappelijke onderneming binnen het huidige rechtspersonenrecht. Eerst wanneer die positie helder is, kunnen immers de noodzaak en wenselijkheid van een eigen regeling worden beoordeeld.

Vervolgens beoordelen wij of de maatschappelijke onderneming, vanwege haar positie binnen het rechtspersonenrecht, thans op goede wijze kan deelnemen aan het rechtsverkeer. Hiertoe onderzoeken wij in paragraaf 4.4.2 welke vereisten aan de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming moeten worden gesteld. Wij bezien in paragraaf 4.5 of met het huidige rechtspersonenrecht aan deze vereisten recht wordt gedaan. In de in paragraaf 4.5.5 opgenomen tussenconclusie duiden wij vervolgens de noodzaak van een eigen regeling in het rechtspersonenrecht voor de maatschappelijke onderneming.

Met de erkenning van die noodzaak is ook de wenselijkheid gegeven om een dergelijke regeling tot stand te brengen. De vorm van de tot stand te bren-

<sup>45</sup> Regeringsverklaring van het Kabinet Balkenende II, 11 juni 2003, p. 8.

<sup>46</sup> Zie de Aanwijzingen voor de regelgeving, toelichting bij aanwijzing 9, onderdeel a.

gen regeling staat daarmee echter niet vast. Derhalve moet ook worden beoordeeld wat voor soort eigen regeling het meest wenselijk is om de maatschappelijke onderneming op goede wijze te laten deelnemen aan het rechtsverkeer. Hiertoe inventariseren wij in paragraaf 4.6 óf en op welke wijze binnen de rechtsstelsels van een aantal andere landen, waaronder EU-lidstaten, de maatschappelijke onderneming is geregeld. Wij bezien in dat verband of aan de verschillende buitenlandse rechtsstelsels elementen kunnen worden ontleend die van waarde kunnen zijn voor het Nederlandse recht. Op basis van onze beoordeling van de noodzaak van een eigen regeling voor de maatschappelijke onderneming in het rechtspersonenrecht en steunend op de ervaringen die terzake in het buitenland zijn opgedaan gaan wij in paragraaf 4.7 in op de wenselijkheid van een eigen regeling voor de maatschappelijke onderneming. Wij beoordelen in dat verband verschillende regelingen die voor de maatschappelijke onderneming tot stand zouden kunnen worden gebracht.

## **4.2 MAATSCHAPPELIJKE ONDERNEMING**

### **4.2.1 Definitie**

Hier (zie hoofdstuk 2) omschrijven wij de maatschappelijke onderneming als:

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

Deze definitie maakt duidelijk dat de maatschappelijke onderneming bovenal een onderneming is: zij neemt deel aan het maatschappelijk en/of economisch verkeer en kent daartoe een eigen rechtspersoonlijkheid naar privaatrecht. De maatschappelijke onderneming is zodoende niet primair bedoeld om publiekrechtelijke taken te verrichten. Aan de maatschappelijke onderneming kunnen weliswaar zulke taken worden opgedragen - evenals voor reguliere, commerciële ondernemingen geldt, zoals de garagist die ingevolge de Wegenverkeerswet is belast met de afgifte van APK-keuringsbewijzen - maar dat hoeft niet. Wel streeft de maatschappelijke onderneming een maatschappelijk doel na dat vervlochten is met cq. (deels) parallel loopt aan het algemeen belang. Anders dan commerciële ondernemingen, maakt

de maatschappelijke onderneming geen winst om deze uit te keren aan haar aandeelhouders. Als de maatschappelijke onderneming een overschot heeft, wordt dit geld ten volle besteed ten behoeve van haar maatschappelijke doel.

De maatschappelijke onderneming vormt onderwerp van een groot aantal, overwegend sociaal-wetenschappelijke, studies. Van het begrip “maatschappelijke onderneming” blijken in de literatuur inmiddels bijna evenzovele omschrijvingen te zijn gegeven, als er studies zijn verschenen.<sup>47</sup> De hier gehanteerde omschrijving ligt, zoals aangegeven, in het verlengde van eerder door het Wetenschappelijk Instituut voor het CDA gehanteerde definities.<sup>48</sup> Zij verenigt verschillende elementen die in de meeste definities van de maatschappelijke onderneming terugkeren. Als zodanig doet deze definitie onzes inziens daarom recht aan de ‘common ground’ van de maatschappelijke onderneming.

#### 4.2.2 Verhouding tot maatschappelijk verantwoord ondernemen

Zoals gezegd, onderscheiden wij de maatschappelijke onderneming van de onderneming die maatschappelijk *verantwoord* onderneemt, dat wil zeggen: die in de uitoefening van zijn reguliere, commerciële ondernemerschap getuigt van maatschappelijke betrokkenheid, bijvoorbeeld door bijzondere aandacht te besteden aan aspecten van duurzame ontwikkeling of door

47 Zie onder andere:, adviesaanvraag aan de SER 'Ondernemerschap in publieke dienstverlening', door de Minister van Economische Zaken, januari 2004; Code voor de leden van de Aedesvereniging van woningcorporaties, maart 2002, onderdeel A, onder 2, in te zien op <http://www.aedeswcp.nl>; T.E.D. van der Grinten, Maatschappelijk middenveld in de gezondheidszorg, *Tijdschrift bestuurskunde, Themanummer Maatschappelijk middenveld*, januari 2001; J.P. Balkenende en G. Dolsma, 'De maatschappelijke onderneming in de gezondheidszorg', *Christen Democratische Verkenningen*, nr's 7 - 9, Themanummer 2000, p. 70-71; G. de Kam, *Op grond van betekenis - over maatschappelijk ondernemen met grond en locaties*, oratie Katholieke Universiteit Nijmegen, 2003, p. 4-6; C.A. Schreuder, *Publiekrechtelijke taken, privaatrechtelijke rechtspersonen*, Kluwer - Deventer 1994, p. 26; S.P.M. de Waal, 'Maatschappelijk ondernemerschap in organisatiekundig perspectief', in: P. de Jong, J.H. van der Made, J.G.A. van Mierlo (red.), *Gezondheidszorg in de jaren negentig - op weg naar maatschappelijk ondernemerschap?*, Amsterdam, 1993, p. 41; S.P.M. de Waal, Th.N.M. Schuyt, P.A. Verveen, 'Maatschappelijk ondernemerschap in de Nederlandse samenleving', in: *Handboek maatschappelijk ondernemerschap*, 1994, p. 4 en p. 8; De Hoop Scheffer en Dankers, 1999; geciteerd in J.P. Balkenende, 'De maatschappelijke onderneming', in J.P. Balkenende, M. Kaptein, E. Kimman, J.P. van der Toren (red.) *Onderneming & Maatschappij, op zoek naar vertrouwen*, 2003, p. 267; *Nieuwe Regie in de Zorg*, Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, 2000, p. 41.

48 Onder meer: *Nieuwe Regie in de Zorg*, Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, 2000, p. 41.



ruime mogelijkheden voor inspraak aan betrokkenen (aandeelhouders, omwonenden, et cetera) toe te staan.<sup>49</sup>

In de literatuur wordt deze scheiding niet altijd (consequent) aangebracht. Door sommige auteurs wordt bovendien verdedigd dat een maatschappelijke onderneming maatschappelijk verantwoord móet ondernemen. Zo wordt in onderdeel A, onder 2, sub c, Aedescode aangegeven dat het feit dat de leden van Aedes een positie als maatschappelijke onderneming hebben, inhoudt dat zij *“beleid en werkwijze in een open dialoog met betrokkenen tot stand brengen met het doel hun maatschappelijke verankering te versterken.”*

Wij wijzen erop dat de onderneming die maatschappelijk verantwoord onderneemt, geenszins primair een maatschappelijk doel hoeft na te streven en ook geheel vrij is in de aanwending van zijn winst. Uiteraard kan ook een maatschappelijke onderneming maatschappelijk verantwoord ondernemen. Alhoewel wij de wenselijkheid daarvan onderkennen, achten wij een maatschappelijk verantwoorde wijze van ondernemen - mede gelet op de weinig afgebakende betekenis van het begrip ‘maatschappelijk verantwoord ondernemen’ - niet het onderscheidende constituerend vereiste voor de maatschappelijke onderneming.

#### 4.2.3 Verhouding tot overheid

Gezien vanuit de *juridische vormgeving* maakt het geen verschil of een maatschappelijke onderneming al dan niet tot de overheid moet worden gerekend. Omdat sprake is van een privaatrechtelijke rechtspersoon, geldt immers dat de maatschappelijke onderneming een juridisch zelfstandige entiteit is. Of die juridisch zelfstandige entiteit vervolgens wordt gerekend tot de overheid - bijvoorbeeld omdat de rechtspersoon van overheidswege is opgericht of omdat en voor zover zij een publiekrechtelijke taak, zoals de afgifte van APK-keuringsbewijzen, uitvoert - is voor de juridische vormgeving niet relevant. Dit is slechts anders wanneer van overheidswege een rechtspersoon krachtens publiekrecht in het leven wordt geroepen: een publiekrechtelijke rechtspersoon - ook wel: rechtspersoon sui generis - kan zich naar de aard der zaak niet kwalificeren als maatschappelijke onderneming, omdat zij niet is vormgegeven als privaatrechtelijke rechtspersoon. Vanuit christen-democratisch oogpunt zijn de maatschappelijke ondernemingen (bijvoorbeeld instellingen die zich bewegen op het terrein van bijvoorbeeld het onderwijs, de zorg etc.) niet tot de overheid behorende privaatrechtelijke

<sup>49</sup> Zie hierover onder meer: J.G. Sijmons, *Verantwoord ondernemen: SER-advies en kabinetsstandpunt*, in: *NJB* 2001, nr. 24, pp. 1114-1120.

rechtspersonen. Op deze domeinen dient de overheid slechts een subsidiaire rol te hebben.

De door ons gehanteerde definitie laat in het midden of een (orgaan van een) maatschappelijke onderneming kan worden aangemerkt als een bestuursorgaan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: "Awb"). Vanzelfsprekend zal de maatschappelijke onderneming geen bestuursorgaan kunnen zijn in de zin van artikel 1:1, eerste lid, onder a, Awb, omdat de maatschappelijke onderneming niet krachtens publiekrecht is ingesteld. Wij zien echter niet in waarom een maatschappelijke onderneming niet een bestuursorgaan zou kunnen zijn in de zin van artikel 1:1, eerste lid, onder b, Awb als zij met enig openbaar gezag zou zijn bekleed. Dit gegeven staat echter geheel los van de juridische vormgeving van die onderneming.

Ook reguliere, commerciële ondernemingen zijn in voorkomend geval aan te merken als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, onder b, Awb. Zo geldt dat de garagist die APK-keuringsbewijzen afgeeft - ongeacht zijn juridische vormgeving - te dien aanzien moet worden aangemerkt als bestuursorgaan.

Voor de definitie van het begrip "maatschappelijke onderneming" is onzes inziens verder irrelevant of een onderneming publieke middelen aanwendt. Voor de ene maatschappelijke onderneming zal dit het geval kunnen zijn, voor de andere niet. Dat een maatschappelijke onderneming publieke middelen aanwendt en daarom, bijvoorbeeld, heeft te voldoen aan zekere voorschriften ter zake van de financiële verantwoording - bijvoorbeeld gesteld bij of krachtens de Comptabiliteitswet 2001 - maakt voor de juridische vormgeving van die onderneming uiteraard niet uit.

Deze laatste conclusie is ook in meer algemene zin van belang. Het kan uiteraard zo zijn dat een maatschappelijke onderneming op enig moment wordt onderworpen aan overheidsregulering, evenals voor reguliere, commerciële ondernemingen en voor andere rechtssubjecten geldt.

Zo zijn de ingevolge artikel 70 Woningwet bij Koninklijk Besluit toegelaten woningcorporaties - verenigingen en stichtingen, die zich ten doel stellen uitsluitend op het gebied van de volkshuisvesting werkzaam te zijn en niet beogen uitkeringen te doen anders dan in het belang van de volkshuisvesting - onderworpen aan overheidsregulering.

De mogelijkheden en beperkingen die van zulke overheidsregulering uitgaan, houden geen verband met de juridische vormgeving van de betrokken onderneming en kunnen ook niet door een wijziging daarvan ongedaan worden gemaakt.

#### 4.2.4 Verhouding tot algemeen belang

Uit de in § 4.4.1 gepresenteerde definitie volgt dat de maatschappelijke onderneming vervlechtingen kent met de markt en de overheid: enerzijds is zij een privaatrechtelijke rechtspersoon die een overschot kan hebben ('winst maakt', of althans kan maken) anderzijds streeft zij een maatschappelijk doel na, dat vervlochten is met cq parallel loopt aan het algemeen belang (veelal opererend op sociaal grondrechtelijk terrein) en wendt zij haar overschot geheel en alleen ten dienste van dat doel aan.

Het begrip "maatschappelijk" wordt in de regel gebruikt om aan te geven dat iets betrekking heeft op de samenleving. Of iets betrekking heeft op de samenleving - derhalve: of iets maatschappelijk is - hangt er volgens velen van af of het algemeen belang in het geding is. In de rechtsfilosofische literatuur zijn verscheidene pogingen ondernomen om vast te stellen wat in het algemeen belang is, bijvoorbeeld door als uitgangspunt te nemen dat het algemeen belang "het concretiseren van de algemene rechtvaardigheidsidee"<sup>50</sup> of "de realisering van vrijheid" betreft.<sup>51</sup> Wij constateren dat het algemeen belang vele, zelfs tegengestelde en met de tijd verschillende belangen kan omvatten. Wij constateren voorts dat maatschappelijke ondernemingen privaatrechtelijke instellingen zijn die zich vaak bewegen op terreinen die ook sociaal grondrechtelijke betekenis hebben. De sociale grondrechten, verankerd in de Nederlandse Grondwet, geven derhalve een goede aanwijzing voor het domein waar algemeen belang en maatschappelijk initiatief vervlochten zijn cq. (deels) parallel lopen. De term 'deels' wordt bewust gebezigd: de instellingen behartigen in de regel de verwerking van sociale grondrechten, maar zij gaan niet in de functie op. Zij voegen daaraan bijvoorbeeld een eigen stijl van opereren, een eigen missie en identiteit etc. aan toe. Reden om over vervlechtingen te spreken.

50 R.M. van Male, *Onvoltooid recht* (inaug. rede), W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle: 1993, p. 5.

51 H.J. Simon, *Publiekrecht of privaatrecht?, Een geschiktheidsonderzoek aan de hand van het nutsmaximalisatiebeginsel toegespitst op het gebruik van het privaatrecht door het bestuur* (diss. VU), Zwolle 1993, p. 73 (in: C.A. Schreuder, *Publiekrechtelijke taken, privaatrechtelijke rechtspersonen*, (diss. Rijksuniversiteit Groningen) Kluwer, Deventer 1994, p. 49).

De Grondwetgever heeft de desbetreffende belangen immers van zodanig gewicht geacht, dat hij de behartiging ervan in de Grondwet heeft opgenomen als inspanningsverplichting voor de overheid. Tot het algemeen belang behoort daarom onzes inziens tenminste de bevordering van voldoende werkgelegenheid (artikel 19 Grondwet), de zorg voor de bestaanszekerheid van de bevolking en de spreiding van welvaart (artikel 20 Grondwet), de zorg voor de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu (artikel 21 Grondwet), de bevordering van de volksgezondheid (artikel 22 Grondwet) en de zorg voor het onderwijs (artikel 23 Grondwet).

Aan het vorenstaande voegen wij toe dat in het begrip “maatschappelijk” ook het element maatschap zit: de privaatrechtelijke afspraak tussen twee of meer personen om iets in gemeenschap te brengen en het voordeel samen te delen. Dat een onderneming een maatschappelijke onderneming is, staat er daarom niet aan in de weg dat die onderneming, evenals een reguliere, commerciële onderneming, is vormgegeven als privaatrechtelijke rechtspersoon en een overschot nastreeft. Wil zo'n onderneming evenwel een maatschappelijke onderneming zijn, dan is meer vereist: zij moet een maatschappelijk doel nastreven en zij moet haar financiële surplus geheel en alleen inzetten ten behoeve van dat doel.

Wij gaven aan dat het maatschappelijke doel dat een maatschappelijke onderneming nastreeft, (deels)parallel loopt aan cq. vervlochten is met het algemeen belang. In aanvulling op het bovenstaande, zij erop gewezen dat bij dat doel weliswaar het algemeen belang in het geding is - om die reden is dat doel een maatschappelijk doel - maar daarmee is dus niet gezegd dat de maatschappelijke onderneming in het algemeen belang onderneemt. Optreden *in het algemeen belang*, en het maken van de afwegingen die daarbij horen, is immers voorbehouden aan de overheid die daartoe bij uitsluiting van anderen in het leven is geroepen. Een maatschappelijke onderneming zal in de regel niet tot de overheid behoren. Christen-democratisch gezien is dat principieel zelfs onwenselijk. Bepaalde maatschappelijke domeinen passen naar hun aard niet (primair, hooguit subsidiair) bij de overheid.

### 4.3 HUIDIGE POSITIE IN RECHTSPERSONENRECHT

#### 4.3.1 Onderscheid vennootschappen en niet-vennootschappen

Eerder hebben wij aangegeven dat de maatschappelijke onderneming is vormgegeven als privaatrechtelijke rechtspersoon. Dit betekent dat de positie van de maatschappelijke onderneming binnen het huidige Nederlandse recht wordt beheerst door Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: "BW"), dat de privaatrechtelijke rechtspersonen regelt.

Omdat de maatschappelijke onderneming is vormgegeven als privaatrechtelijke rechtspersoon, is zij naar de aard der zaak geen publiekrechtelijke rechtspersoon. De regeling van haar rechtsvorm is daarom onderwerp van het privaatrecht - Boek 2 BW - en niet van het publiekrecht.

Boek 2 BW kent een gesloten stelsel van privaatrechtelijke rechtspersonen (artikel 2:3 BW). Deze rechtspersonen kunnen worden onderverdeeld in vennootschappen en niet-vennootschappen. Tot de vennootschappen worden gerekend de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (hierna: "BV") en de naamloze vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (hierna: "NV"). De niet-vennootschappen behelzen de vereniging, de stichting, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij.<sup>52</sup> De coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij kunnen de iure worden beschouwd als vereniging, maar kennen een afzonderlijke regeling in het rechtspersonenrecht.

Tussen vennootschappen en niet-vennootschappen bestaan fundamentele verschillen, onder meer op het vlak van inrichting, organen en winstuitkering.

Zo kennen vennootschappen naast een bestuur (en eventueel een raad van commissarissen) de vergadering van aandeelhouders, en zijn zij in beginsel gericht op het maken van winst en het uitkeren van deze winst aan de aandeelhouders. De BV en NV worden daarom ook wel kapitaalvennootschappen genoemd; de aandeelhouders nemen deel in het kapitaal en zijn dus kapitaalverschaffers.

Een vereniging kent leden en een bestuur (andere organen zijn mogelijk maar niet wettelijk geregeld) en mag geen winst onder haar leden verdeelen; de leden kunnen dan ook niet als kapitaalverschaffer worden

<sup>52</sup> De opsomming van artikel 2:3 BW is niet volledig, zo ontbreekt bijvoorbeeld de vereniging van appartementseigenaren.

beschouwd. Een stichting kent noch aandeelhouders, noch leden, en heeft in beginsel slechts een bestuur. Andere organen (niet zijnde een aandeelhouders- of ledenvergadering) zijn weliswaar mogelijk, maar niet wettelijk geregeld. Een stichting mag geen uitkeringen doen aan de oprichters of aan anderen, tenzij die uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben.

Eén van de belangrijkste onderscheidende kenmerken tussen vennootschappen en niet-vennootschappen betreft de gerichtheid op, en dus de mogelijkheid tot, winstuitkeringen. Voor vennootschappen geldt naar de aard der zaak dat zij uiteindelijk gericht zijn op het behalen van winst, van vermogensrechtelijk voordeel, ten behoeve van de aandeelhouders.<sup>53</sup>

Hoewel deze gerichtheid op winstuitkering niet is opgenomen in de wettelijke omschrijvingen van de BV en NV (zie art. 2:64 en 2:175 BW), volgt zij wel uit de wet. Zo bepaalt artikel 2:105, eerste lid, BW ten aanzien van de NV: *“Voor zover bij de statuten niet anders is bepaald, komt de winst de aandeelhouders ten goede.”* Het negende lid van dit artikel luidt: *“Geen van de aandeelhouders kan geheel worden uitgesloten van het delen in de winst.”* Artikel 2:216 BW kent in het eerste en achtste lid een vergelijkbare regeling voor de BV.

Bij deze gerichtheid op winstuitkering past de kanttekening dat de statuten mogen bepalen dat winst waartoe aandeelhouders gerechtigd zijn, geheel of gedeeltelijk te hunnen behoeve wordt gereserveerd (artikel 2:105, tiende lid, BW respectievelijk artikel 2:216, negende lid, BW). Vanwege eerdergenoemde bepalingen mogen zij echter niet ten principale worden uitgesloten van het delen in de winst.

Dit kenmerk, gecombineerd met het vereiste dat de vennootschap moet steunen op inbreng van geld of goed met geldswaarde, onderscheidt de vennootschap van de vereniging en stichting.<sup>54</sup>

De niet-vennootschappen stichting en vereniging worden wel aangeduid als ideële organisaties. Voor stichtingen en verenigingen geldt evenwel dat zij wel degelijk winst mogen maken. Die winst mogen zij echter niet uitkeren.

Zo bepaalt artikel 2:26, derde lid, BW ten aanzien van de vereniging: *“Een vereniging mag geen winst onder haar leden verdelen.”* Wat betreft de stichting

<sup>53</sup> Asser-Maeijer 2-III, nr. 12.

<sup>54</sup> Asser-Maeijer 2-III, nr. 12; Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, nr. 471.

bepaalt artikel 2:285, derde lid, BW: *“Het doel van de stichting 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.”*

Bij laatstgenoemde bepaling past de kanttekening dat artikel 2:304, tweede lid, BW bepaalt dat een stichting wel uitkeringen mag doen als dit prestaties zijn op grond van een overeenkomst onder bezwarende titel, bijvoorbeeld pensioenuitkeringen. Naar ons oordeel vormt deze bepaling echter geen reële inbreuk op het winstuitkeringsverbod.<sup>55</sup>

#### 4.3.2 Plaatsbepaling maatschappelijke onderneming

Omdat vennootschappen naar de aard der zaak winst uitkeren aan hun aandeelhouders, althans dit oogmerk hebben, en de maatschappelijke onderneming wordt gekenmerkt door het feit dat géén winst wordt uitgekeerd, is het naar huidig Nederlands recht niet mogelijk om een maatschappelijke onderneming vorm te geven als vennootschap.

Volledigheidshalve wijzen wij erop dat de hiervoor aangehaalde artikelen 2:105, negende lid, en 2:216, achtste lid, BW eraan in de weg staan dat de aandeelhouders van een vennootschap, al dan niet vrijwillig, een (aandeelhouders-)overeenkomst aangaan waarin zij op voorhand en volledig afstand doen van hun recht op deling in de winst. Op zichzelf kunnen de statuten weliswaar bepalen dat de winst niet, of slechts in beperkte mate, wordt uitgekeerd, maar de aandeelhouders kan nimmer de mogelijkheid worden ontnomen om de statuten op dit punt te wijzigen.

Hoewel het naar de letter van de wet niet mogelijk is een maatschappelijke onderneming vorm te geven als vennootschap, komt men *in de praktijk* wel vennootschappen tegen die als maatschappelijke onderneming worden beschouwd en niet of nauwelijks zijn gericht op vermogensrechtelijk voordeel van de aandeelhouder(s). In dat geval is geen sprake van een maatschappelijke onderneming als in dit onderzoek gedefinieerd, zelfs niet als winstuitkering door de vennootschap bij de statuten is uitgesloten. Alsdan geldt immers hetgeen hiervoor is opgemerkt: niet kan worden uitgesloten dat op enig moment een wijziging plaatsvindt van de statuten en toch winstuitkering aan aandeelhouders plaatsvindt (zou een zodanige statutenwijziging statutair zijn uitgesloten, dan kan nog steeds met algemene stemmen op een vergadering waar het gehele kapitaal is

<sup>55</sup> Zie ook: Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, nr. 472.

vertegenwoordigd tot wijziging worden besloten, zie artikel 2:121, derde lid, en artikel 2:231 derde lid, BW voor respectievelijk de NV en de BV). Overigens wordt er, mede om belastingtechnische redenen, ook geregeld voor gekozen de maatschappelijke onderneming vorm te geven als BV waarvan de aandelen worden gehouden door een stichting. Wij komen hierop in hoofdstuk 8 terug.

Bij de niet-vennootschappen speelt het bezwaar van het uitgangspunt van winstuitkering niet. Een maatschappelijke onderneming kan daarom naar huidige Nederlandse recht wél worden vormgegeven als niet-vennootschap, dat wil zeggen: als vereniging of stichting.

Wij laten de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij hierna buiten beschouwing; de coöperatie (met name) omdat deze wél winstuitkeringen toelaat – en daarom, evenals een vennootschap, naar de aard der zaak niet kan dienen als rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming. De onderlinge waarborgmaatschappij laten wij buiten beschouwing omdat deze is gericht op het afsluiten van verzekeringsovereenkomsten en om die reden niet zal kunnen dienen als voor de maatschappelijke onderneming geschikte rechtsvorm.

Deze conclusie betekent dat voor de beoordeling van de noodzaak en wenselijkheid van een eigen regeling voor de maatschappelijke onderneming in het rechtspersonenrecht, moet worden gezien in hoeverre de juridische vormgeving als vereniging of stichting toereikend is voor de maatschappelijke onderneming om op goede wijze deel te nemen aan het rechtsverkeer.

## **4.4 WENSELIJKHEDEN ROND JURIDISCHE VORMGEVING**

### **4.4.1 Inleiding**

Om te beoordelen in hoeverre de juridische vormgeving als vereniging of stichting toereikend is voor de maatschappelijke onderneming om op goede wijze deel te nemen aan het rechtsverkeer, bezien wij in deze paragraaf welke punten aandacht vereisen rond de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming. In de volgende paragraaf zullen deze punten worden gelegd naast de regelingen in boek 2 BW voor de vereniging en stichting.

De in deze paragraaf genoemde aandachtspunten zijn ontleend aan literatuuronderzoek naar de juridische vormgeving van ondernemingen die



thans als de maatschappelijke onderneming worden beschouwd (voorbeelden van maatschappelijke ondernemingen zijn te vinden in de zorgsector (ziekenhuizen, verpleegtehuizen, thuiszorginstellingen, ziekenfondsen), de onderwijssector (scholen, universiteiten) en de woningsector (woningcorporaties, woningbouwverenigingen), maar ook in andere sectoren (zoals de mediasector)). Onze bevindingen hebben wij getoetst aan de inzichten van een aantal vertegenwoordigers van maatschappelijke ondernemingen.

#### **4.4.2 Wenselijkheden rond de juridische vormgeving**

##### *4.4.2.1 Rechtspersoonlijkheid naar privaatrecht*

**Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is rechtspersoonlijkheid naar privaatrecht vereist.**

In § 4.2 is aangegeven dat de maatschappelijke onderneming is vormgegeven als privaatrechtelijke rechtspersoon. Die rechtspersoonlijkheid is essentieel: hij stelt de maatschappelijke onderneming in staat om rechtshandelingen te verrichten, zoals het aangaan van overeenkomsten. Aan haar rechtspersoonlijkheid ontleent de maatschappelijke onderneming - evenals elke andere onderneming - derhalve haar vermogen om als zelfstandige entiteit deel te nemen aan het rechtsverkeer. Voor de omgeving van de maatschappelijke onderneming is die zelfstandigheid van groot belang: duidelijk wordt zo dat de maatschappelijke onderneming niet is onderworpen aan de decentrale of centrale overheid.

##### *4.4.2.2 Verbod van winstuitkering*

**Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is een regeling ter voorkoming van winstuitkering gewenst.**

De maatschappelijke onderneming keert naar haar aard geen winst uit. De juridische vormgeving van een maatschappelijke onderneming vereist daarom een regeling ter voorkoming van winstuitkering. Onderdeel van zo'n regeling vormen in elk geval een verbod tot winstuitkering en bepalingen omtrent de bestemming van het financiële surplus (aanhouden reserves, doen van investeringen, et cetera). Bovendien zal binnen die regeling een voorziening moeten worden getroffen omtrent de bestemming van het vermogen van de maatschappelijke onderneming bij opheffing van de onderneming.

Wij benadrukken dat het genoemde verbod op winstuitkering verband houdt met de in dit onderzoek gehanteerde definitie van de maatschappelijke onderneming. Denkbaar is echter dat de wetgever uitgaat van een

andere definitie waarin enige ruimte tot uitkering van het surplus (de 'winst') blijft bestaan. In paragraaf 6 zal blijken dat in het buitenland ervaringen bestaan met maatschappelijke ondernemingen die een wettelijk gereguleerd "maatschappelijk rendement" mogen uitkeren.

#### 4.4.2.3 Verankering van maatschappelijk doel

**Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is een regeling ter verankering van haar maatschappelijk doel noodzakelijk.**

In § 4.2 is aangegeven dat de maatschappelijke onderneming een maatschappelijk doel nastreeft dat vervlochten is met het algemeen belang. Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is dan ook een regeling vereist omtrent het vastleggen van dit maatschappelijk doel en het voorkomen van omzetting van het maatschappelijk doel in een commercieel doel. Daar komt bij dat de regeling zoveel mogelijk moet veilig stellen dat de ondernemingen hun maatschappelijke doelen daadwerkelijk dienen. Dat doel constitueert immers de maatschappelijke ondernemingen. Daarin ligt hun bestaansbasis en legitimatie. De maatschappelijke inbedding moet een vorm hebben die kwalitatief te vergelijken is met die van overheidsorganen (de democratische inbedding via gekozen volksvertegenwoordigers) en met de algemene vergadering van aandeelhouders bij vennootschappen. Het moet daarbij gaan om een vergadering van deelnemers die toeziet op de behartigen van de statutaire doelstelling van de instelling en die de organisatie overigens van advies kan voorzien bij het verbinden van die doelstelling met meer algemene maatschappelijke ontwikkelingen.<sup>56</sup> In het slothoofdstuk komen we op deze 'vergadering van deelnemers terug.

50

Reeds hier plaatsen wij de kanttekening dat het maatschappelijke gehalte van de maatschappelijke onderneming bezwaarlijk *juridisch* (los van de sectorwetgeving) kan worden getoetst vanwege de juridische ongrijpbaarheid van het begrip "maatschappelijk" of "algemeen belang", zie § 4.2.4. Wij menen dat dit op zichzelf geen onoverkomelijk probleem behoeft te zijn, mits de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming zodanig is - onder meer wat betreft de te betrachten transparantie - dat zij niet aantrekkelijk is voor ondernemingen die geen maatschappelijk doel nastreven.

56 W.D. van Leeuwen, 'Herstel van horizontale bindingen', *Christen Democratische Verkenningen*, Themanummer 2002, no 6/7/8, p. 148.

#### 4.4.2.4 *Deelname aan economisch verkeer als onderneming*

**Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is een rechtsvorm die deelname aan het economisch verkeer als onderneming mogelijk maakt, gewenst.**

Een maatschappelijke onderneming moet niet alleen kunnen deelnemen aan het rechtsverkeer (§ 4.4.2.1), maar ook aan het economisch verkeer. Binnen dat economisch verkeer zullen maatschappelijke ondernemingen (moeten) concurreren met andere (soms commerciële) ondernemingen. De maatschappelijke onderneming kan dus ook worden blootgesteld aan de werking - en daarmee aan de risico's - van de markt. De juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming mag daaraan niet in de weg staan. Voor die juridische vormgeving is daarom vereist dat zij de maatschappelijke onderneming - ondanks de genoemde vereisten van voorkoming van winstuitkering (§ 4.4.2.2) en verankering van het maatschappelijk doel (§ 4.4.2.3) - in staat stelt om als volwaardige partij aan het economisch verkeer kan deelnemen.

Zo moet de rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming haar in staat stellen om ondernemingsbeslissingen te nemen, bijvoorbeeld om autonoom en naar eigen goeddunken te beslissen omtrent de aanwending van kapitaal of omtrent het aantrekken van vreemd vermogen. Wat dit laatste betreft, kan een regeling van belang zijn omtrent het minimumkapitaal van de maatschappelijke onderneming alsook omtrent de aanwending van kapitaal door de onderneming.

De al dan niet gerechtvaardigde perceptie van de omgeving van de maatschappelijke onderneming wat betreft haar juridische vormgeving is in dit verband ook van belang. Die juridische vormgeving moet externe geloofwaardigheid bieden en geen (feitelijke) belemmering vormen voor de deelname van de maatschappelijke onderneming aan het economisch verkeer.

#### 4.4.2.5 *Verhouding tot overheid*

**Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is een regeling wat betreft de verhouding tot de overheid gewenst.**

Hiervoor is gebleken dat de verhouding tussen de maatschappelijke onderneming en de overheid een bijzondere verhouding is. Aangegeven is dat de maatschappelijke onderneming in de regel niet tot de overheid behoort en volgens de christen-democratie niet tot de overheid dient te behoren.<sup>57</sup> In dat verband is voorts gesteld dat het feit dat een maatschappelijke onderneming al dan niet tot de overheid wordt gerekend evenwel niet van belang is voor haar juridische vormgeving, zie § 4.2.1., ook al achten wij die figuur onwenselijk. Ook is aangegeven dat elke maatschappelijke onderneming een maatschappelijk doel nastreeft, dat in de regel deels parallel loopt aan het algemeen belang, zie § 4.2.3.

Vanwege een soms bijzondere verhouding tussen de maatschappelijke onderneming en de overheid (bijvoorbeeld bij een subsidierelatie) is het voor de juridische positie van de maatschappelijke onderneming van belang dat duidelijk is hoe de verhouding tussen beide partijen is. Die positie moet enerzijds duidelijk maken dat de maatschappelijke onderneming eerst en vooral een onderneming is, waarin de overheid – christen-democratisch gezien – niet deelneemt en diensgevolge geen politieke verantwoording verschuldigd is. Anderzijds dient die positie de relatie tussen de overheid en de onderneming te verduidelijken en de wijze waarop zonodig verantwoording aan de overheid wordt afgelegd, bijvoorbeeld omdat de maatschappelijke onderneming van de overheid verkregen middelen aanwendt. Uiteraard is het het bestuur van de onderneming dat door de overheid, *binnen de grenzen van haar (in casu de overheid) bevoegdheden*, kan worden aangesproken.

#### 4.4.2.6 *Spelregels voor good governance*

**Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming zijn spelregels voor ‘good governance’ gewenst.**

Evenals voor commerciële ondernemingen geldt, hebben degenen die een maatschappelijke onderneming drijven behoefte aan spelregels voor good governance: regels over het functioneren van en de verhouding tussen het bestuur en de raad van toezicht – zie hierna – regels over het betrekken van belanghebbenden (‘stakeholders’) en deelnemers, regels over de informatie-

<sup>57</sup> De gemeentelijke woningbedrijven bijvoorbeeld zijn een toegelaten instellingen geworden nadat de overdracht van het gemeentelijk woningbezit had plaatsgevonden (Tweede Kamer 1991-1992: 21 112, nummer 5).

voorziening aan derden, regels over intern en extern toezicht, et cetera.<sup>58</sup> Vanwege de bijzondere kenmerken van de maatschappelijke onderneming kan hiervoor niet zonder meer worden teruggevallen op de gedragscode voor corporate governance. De juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming vereist (ook) op dit punt maatwerk.

#### 4.4.2.7 Bestuur

**Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is een regeling wat betreft het bestuur van die onderneming noodzakelijk.**

De maatschappelijke onderneming wordt bestuurd door haar bestuur (ook wel aangeduid als Raad van Bestuur). De juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming vergt daarom een regeling voor de rol van het bestuur binnen die onderneming. Meer in het bijzonder is een regeling vereist tenminste terzake van:

- de inrichting, taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van het bestuur;
- de positie van de voorzitter van het bestuur en van een eventueel dagelijks bestuur;
- de benoeming, beoordeling en het ontslag van de leden van het bestuur;
- de verdeling van verantwoordelijkheden ingeval van een meerhoofdig bestuur;
- de onafhankelijkheid van de leden van het bestuur;
- het voorkomen van belangenverstrengeling;
- de (informatieverschaffing over de) bezoldiging van de leden van het bestuur.<sup>59</sup>

#### 4.4.2.8 Intern toezicht door toezichthoudend orgaan

**Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is een regeling wat betreft het interne toezicht op het bestuur noodzakelijk.**

Binnen de maatschappelijke onderneming is bovendien toezicht vereist op de wijze waarop het bestuur van die onderneming zijn rol vervult. Zulk toezicht is bij uitstek van belang, omdat de wijze waarop de onderneming wordt bestuurd niet ertoe mag leiden dat zij niet langer een maatschappe-

<sup>58</sup> *Health Care Governance. Aanbevelingen voor goed bestuur, goed toezicht en adequate verantwoording in de Nederlandse gezondheidszorg*, 1999, p. 3, in te zien op: <http://www.healthcaregovernance.nl>.

<sup>59</sup> Zie in verband met de hier opgesomde punten onder andere: A.J.A. Godfroij en B. de Jager, 'Besturen en toezicht houden in de volkshuisvesting', *Tijdschrift Bestuurskunde*, 1997, p. 46 - 55. Zie ook de bepalingen in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, met name de artikelen 2:129 t/m 135 en 2:239 t/m 245.

lijk doel nastreeft. Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is daarom vereist dat een regeling bestaat omtrent dit interne toezicht door een toezichthoudend orgaan (meestal aangeduid als Raad van Toezicht, soms ook als Raad van Commissarissen). Meer in het bijzonder is een regeling vereist tenminste terzake van:

- de inrichting, taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van het toezichthoudend orgaan;
- de verhouding van het toezichthoudend orgaan tot het bestuur, onder meer ingeval van advisering door het toezichthoudend orgaan aan het bestuur en wat betreft de benoeming, beoordeling en het ontslag van leden van het bestuur;
- de benoeming, beoordeling en het ontslag van de leden van het toezichthoudend orgaan;
- de onafhankelijkheid van de leden van het toezichthoudend orgaan;
- het voorkomen van belangenverstrengeling;
- de (informatieverschaffing over de) bezoldiging van de leden van het toezichthoudend orgaan.

#### 4.4.2.9 Toezicht op toezicht

**Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is een regeling wat betreft het toezicht op het toezicht door het toezichthoudend orgaan gewenst.**

Naast toezicht op het bestuur door een toezichthoudend orgaan, vereist de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming een regeling omtrent toezicht op het toezichthoudend orgaan, hetzij intern (door 'aandeelhouders', 'stakeholders' of een derde partij), hetzij extern. Meer in het bijzonder is een regeling vereist tenminste terzake van:

- het afleggen van verantwoording door het toezichthoudend orgaan (enquêterecht);<sup>60</sup>
- de mogelijkheden tot ingrijpen bij disfunctioneren van het toezichthoudend orgaan;<sup>61</sup>
- de positie dienaangaande van 'aandeelhouders', 'stakeholders' of een derde partij, dan wel van een externe toezichthouder (Ondernemingskamer), overheidsinstantie of rechter.

<sup>60</sup> *Verbreding van de publieke verantwoording - Ontwikkelingen in maatschappelijke verslaggeving, kwaliteitszorg en governance*, Algemene Rekenkamer, 17 juni 2003. Zie ook: *Health Care Governance. Aanbevelingen voor goed bestuur, goed toezicht en adequate verantwoording in de Nederlandse gezondheidszorg*, 1999, aanbeveling 30, p. 38.

<sup>61</sup> *Idem*, aanbeveling 22, p. 33.

#### 4.4.2.10 Betrokkenheid belanghebbenden

##### **Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is een regeling wat betreft de betrokkenheid van belanghebbenden vereist.**

Omdat de maatschappelijke onderneming een maatschappelijk doel nastreeft dat vervlochten is met het algemeen belang, is doorgaans een brede kring van belanghebbenden betrokken bij die onderneming.

Maatschappelijke ondernemingen binnen de zorgsector zien bijvoorbeeld een betrokkenheid van onder meer cliënten, werknemers, zorgverzekeraars, patiëntenorganisaties, andere werkgevers en overheden.

Maatschappelijke ondernemingen binnen het universitair onderwijs komen in aanraking met onder meer studenten, werknemers, bedrijven en instellingen, andere onderwijsinstanties en overheden. Et cetera.

Gesproken wordt in dat verband veelal van de horizontale verantwoording of horizontale binding tussen de maatschappelijke onderneming en haar betrokkenen. Die betrokkenheid zal voor de maatschappelijke onderneming van groot belang zijn; zij vormt mede de "maatschappelijke legitimering" voor de onderneming. Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is daarom vereist dat die betrokkenheid wordt gereguleerd, opdat duidelijk is welke rol deze belanghebbenden vervullen. Meer in het bijzonder is een regeling vereist tenminste terzake van:

- degenen die als belanghebbenden bij de maatschappelijke onderneming moeten worden aangemerkt;
- het betrekken van belanghebbenden bij het besturen van de maatschappelijke onderneming en de beïnvloedingsmogelijkheden die belanghebbenden dienaangaande hebben;<sup>62</sup>
- het verstrekken van informatie aan belanghebbenden;
- het afleggen van verantwoording aan belanghebbenden.<sup>63</sup>

62 *Health Care Governance. Aanbevelingen voor goed bestuur, goed toezicht en adequate verantwoording in de Nederlandse gezondheidszorg*, 1999, p. 9 . Zie ook: J.C.M. Ankoné, *Corporate Governance: de maatschappelijke kwaliteitshord – Welk Toezicht, Raad van Toezicht?*, 16 juni 2003, Zorg aan Zet Zorgverzekeraars, website, opinie, in te zien op: <http://www.zorgaanzet.nl/opinie>.

63 Nieuwsbrief Adviesraad voor het Wetenschaps- en Technologiebeleid, *Nieuwsbrief* juni 2003, p. 3.

#### 4.4.2.11 *Verslaglegging*

**Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is een regeling wat betreft de verslaglegging vereist.**

Omdat de maatschappelijke onderneming eerst en vooral een onderneming betreft, zal zij zich moeten verantwoorden omtrent haar ondernemerschap, niet alleen inzake haar financiële prestaties, maar ook wat betreft de wijze waarop zij haar maatschappelijke doelstelling realiseert. Hiertoe is een regeling vereist terzake van de verslaglegging (jaarrekening, (sociaal) jaarverslag, et cetera), die is toegespitst op de bijzondere eigenschappen van de maatschappelijke onderneming.

Welke vorm van verslaglegging ook wordt gekozen, de betrouwbaarheid en controleerbaarheid is daarbij van groot belang. Vanwege de maatschappelijk dimensie van de maatschappelijke onderneming en de brede betrokkenheid van deelnemers en belanghebbenden, moeten namelijk hoge eisen worden gesteld aan de door de maatschappelijke onderneming te betrachten mate van transparantie.

#### 4.4.2.12 *Aansprakelijkheid voor bestuur en toezicht*

**Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is een regeling wat betreft de aansprakelijkheid voor bestuur en toezicht noodzakelijk.**

Evenals voor commerciële ondernemingen geldt, vereist de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming heldere regels omtrent de aansprakelijkheid van de leden van het bestuur en het toezichthoudend orgaan voor het gevoerde bestuur en uitgeoefende toezicht.

Zulke regels zijn niet alleen vanuit de onderneming en de betrokken deelnemers en belanghebbenden bezien van groot belang, maar ook voor de desbetreffende leden zelf, opdat zij weten welke aansprakelijkheid zij op zich nemen wanneer zij een besturende of toezichthoudende functie binnen een maatschappelijke onderneming aanvaarden.

#### 4.4.2.13 *Enquêterecht*

**Voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is een regeling wat betreft een enquêterecht of vergelijkbaar instrument gewenst.**

De regeling van zo'n enquêterecht houdt verband met de vorengenoemde vereisten van verslaglegging en aansprakelijkheid. Ingeval van wanbeheer



moet daartegen actief kunnen worden opgetreden, bijvoorbeeld door het toezichthoudende orgaan, door deelnemers of belanghebbenden of zelfs door het Openbaar Ministerie.

#### 4.4.3 Overzicht

Op grond van het vorenstaande moet worden geconcludeerd dat voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming is vereist:

- 1 rechtspersoonlijkheid naar privaatrecht;
- 2 een regeling ter voorkoming van winstuitkering;
- 3 een regeling ter verankering van haar maatschappelijk doel;
- 4 een rechtsvorm die deelname aan het economisch verkeer als onderneming mogelijk maakt;
- 5 een regeling wat betreft de verhouding tot de overheid;
- 6 spelregels voor ‘good governance’;
- 7 een regeling wat betreft het bestuur van die onderneming;
- 8 een regeling wat betreft het interne toezicht op het bestuur;
- 9 een regeling wat betreft het toezicht op het toezicht door de deelnemers of het toezichthoudend orgaan;
- 10 een regeling wat betreft de betrokkenheid van belanghebbenden;
- 11 een regeling wat betreft de verslaglegging;
- 12 een regeling wat betreft de aansprakelijkheid voor bestuur en toezicht, en
- 13 een enquêterecht of vergelijkbaar instrument.

## 4.5 NOODZAAK EIGEN REGELING

### 4.5.1 Inleiding

In paragraaf 4.3 is de conclusie getrokken dat het naar huidig recht niet mogelijk is om de maatschappelijke onderneming vorm te geven als vennootschap, doch slechts als vereniging of stichting. Vervolgens zijn in paragraaf 4.4 de vereisten bepaald die aan de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming moeten worden gesteld. In deze paragraaf confronteren wij die vereisten met de wettelijke regeling voor verenigingen en stichtingen in boek 2 BW. Aldus beoordelen wij of die regeling toereikend is voor de maatschappelijke onderneming om op goede wijze deel te nemen aan het rechtsverkeer, dan wel of het tot stand brengen van een eigen regeling voor de maatschappelijke onderneming noodzakelijk is.

Opgemerkt zij dat de verenigingsvorm veel minder vaak lijkt te worden gebruikt voor maatschappelijke ondernemingen dan de stichtingsvorm. Zo wordt in de literatuur aangegeven dat in de zorgsector 95% van de (maatschappelijke) ondernemingen de stichtingsvorm gebruikt (al dan niet als aandeelhouder van één of meer besloten vennootschappen) en slechts 5% de verenigingsvorm.<sup>64</sup>

#### 4.5.2 Vereniging en stichting als vrije rechtsvorm

Bij een eerste beschouwing lijken de regelingen voor de vereniging en stichting in boek 2 BW geschikt voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming. Aan de vereniging en stichting komt rechtspersoonlijkheid naar privaatrecht toe (vereiste 1; zie § 4.4.2.1), terwijl voor hen van rechtswege een verbod van winstuitkering geldt (vereiste 2; zie § 4.4.2.2). Overigens zijn de vereniging en stichting te kwalificeren als vrije rechtsvorm. Wij bedoelen daarmee dat de juridische vormgeving van de vereniging en de stichting een zodanig flexibele is, dat zij voldoende ruimte lijkt te bieden om ook recht te doen aan de overige vereisten die aan de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming moeten worden gesteld. Alhoewel de vereniging naar haar aard sterker democratisch is geënt - de ledenvergadering heeft de uiteindelijke zeggenschap over het beleid van de vereniging - en alhoewel de stichting naar haar aard primair is gericht op het nastreven van ideële doeleinden, laat de wet alle vrijheid om die rechtsvormen in te richten op de wijze die de oprichters wensen. Bij de statuten kan daarom worden geregeld dat de vereniging en stichting verschillende organen kennen - zoals een Raad van Toezicht - wat hun bevoegdheden zijn, welke rol belanghebbenden spelen, op welke wijze verantwoording wordt afgelegd over het gevoerde beleid, et cetera.

#### 4.5.3 Belemmeringen door té vrije rechtsvorm

Bij nadere beschouwing menen wij echter dat de flexibiliteit die de juridische vormgeving van de vereniging en de stichting kenmerkt, zodanig groot is, dat zij een belemmering vormt voor de maatschappelijke onderneming om op goede wijze deel te nemen aan het rechtsverkeer. *De juridische vormgeving van de vereniging en stichting kent namelijk noch dwingendrechtelijke regels, noch regels van regeland recht wat betreft de winstbestemming (§ 4.4.2.2), de verankering van het maatschappelijke doel (§ 4.4.2.3), de verhouding tot de overheid (§ 4.4.2.5), de spelregels voor good governance (§ 4.4.2.6), het functioneren van bestuur*

64 J.C.M Ankoné, *Corporate Governance: de maatschappelijke kwaliteitshorde - Welk Toezicht, Raad van Toezicht?*, 16 juni 2003, Zorg aan Zet Zorgverzekeraars, website, opinie, in te zien op: <http://www.zorgaanzet.nl/opinie>.

en toezicht (§ 4.4.2.7 t/m § 4.4.2.9), de betrokkenheid van belanghebbenden (§ 4.4.2.10), de verslaglegging (§ 4.4.2.11), de aansprakelijkheid (§ 4.4.2.12) en het enquêterecht (§ 4.4.2.13).

Ter nuancering merken wij op dat terzake van sommige van de genoemde aspecten wel zekere regels gelden. Zo bepaalt artikel 2:23b, lid 1, BW dat indien statutair niet anders is bepaald, de Staat het vermogen van een opgeheven stichting zoveel mogelijk overeenkomstig het maatschappelijk doel besteedt. Voor de vereniging ontbreekt een zodanige regeling evenwel.

Zoals aangegeven, kunnen bij de statuten weliswaar regels worden gesteld ter zake van de genoemde aspecten, maar dit vergt zodanig veel regeling, dat oprichting van een maatschappelijke onderneming een uiterst omslachtige opgave zal zijn. *Bovendien vrezen wij dat de maatschappelijke onderneming dan niet als zodanig herkenbaar zal zijn binnen het rechtsverkeer.* Er blijkt immers naar buiten toe niet dat het een maatschappelijke onderneming betreft. Daar komt nog bij dat iedere maatschappelijke onderneming in haar statuten afwijkende regelingen zal (kunnen) opnemen, waardoor het niet zeker is dat de juridische vormgeving van de ene maatschappelijke onderneming op die van de andere lijkt.

*Dit laatste zal afbreuk doen aan de mogelijkheid voor de maatschappelijke onderneming om daadwerkelijk als onderneming aan het economisch verkeer deel te nemen. Een herkenbare juridische vormgeving - en daarmee duidelijkheid omtrent bevoegdheden, toezicht, et cetera - zal bijvoorbeeld voor contractspartijen of geldverstrekkers van groot belang zijn. Wat betreft dit laatste lijken de vereniging en stichting ook een "imagoprobleem" te hebben. Voor met name de vereniging wordt aangenomen dat zij ongeschikt is voor een doelmatige bedrijfsvoering.<sup>65</sup>*

Bij het vorenstaande komt dat juist de flexibiliteit die de juridische vormgeving van de vereniging en de stichting kenmerkt, aanzienlijke risico's met zich brengt. De juridische vormgeving van de vereniging en stichting biedt op essentiële punten (zoals de bestemming van het financiële surplus (de 'winst'), de maatschappelijke verankering, de verantwoordingsrelaties etc.) namelijk weinig waarborgen voor de maatschappelijke onderneming zelf en voor haar omgeving. In dit verband moet worden bedacht dat er thans maatschappelijke ondernemingen bestaan - bijvoorbeeld op het vlak van volkshuisvesting of gezondheidszorg - die wat betreft omzet en aantal

<sup>65</sup> Netwerk Toekomst Maatschappelijke Onderneming: *De waarde van de maatschappelijke onderneming geborgd*; 2003, p. 58; zie ook in meer algemene zin het commentaar van Asser-van der Grinten-Maeijer, 2-II, nrs 223-231.

werknemers vergelijkbaar zijn met beursgenoteerde ondernemingen. Aan deze laatste ondernemingen stelt de wet tal van eisen. Voor de als vereniging of stichting vormgegeven maatschappelijke onderneming gelden die eisen echter niet. Zo is mogelijk dat die maatschappelijke onderneming een eenhoofdig bestuur kent, terwijl toezicht niet of nauwelijks hoeft te zijn geregeld.

Asser - Van der Grinten - Maeijer wijzen in dit verband erop dat het Nederlands recht wel zeer liberaal is tegenover de stichting. De oprichting daarvan is eenvoudig en niet aan enig overheidstoezicht onderworpen, terwijl de activiteiten van de stichting nauwelijks door de wet worden gelimiteerd en het doen en laten van de stichting slechts is onderworpen aan beperkt toezicht van het openbaar ministerie.<sup>66</sup> Alhoewel genoemde auteurs een dergelijke vrije rechtsvorm op zichzelf nuttig achten, menen zij dat bijvoorbeeld een zwak element in de stichtingsvorm is, dat alle macht en bevoegdheid kan worden geconcentreerd bij het bestuur dat volstrekt autonoom is. Daarmee ontbreken de "checks and balances" die vennootschappen en, in zekere mate, de vereniging wel kennen.<sup>67</sup>

Het ontbreken van checks and balances klemt overigens in het bijzonder als in de statuten niets wordt geregeld. Hoe bijvoorbeeld om te gaan met het ontslag van een lid van het bestuur van een stichting, ingeval daaromtrent niets bij de statuten is bepaald?<sup>68</sup>

Opmerkelijk is dat binnen de juridische vormgeving van vennootschappen juist wel voor veel van de hiervoor genoemde aspecten een - meer of minder uitgebreide - regeling is getroffen. Wij komen hierop in hoofdstuk 8 terug.

#### 4.5.4 Overige belemmeringen

In de literatuur is gewezen op verschillende overige redenen op grond waarvan moet worden geconstateerd dat de regeling van de vereniging en stichting in boek 2 BW ontoereikend is voor de maatschappelijke onderneming om op goede wijze deel te nemen aan het rechtsverkeer. In het bijzonder wijzen wij op Asser - Van der Grinten - Maeijer, deel 2-II, waarin, zoals reeds aangegeven, enerzijds wordt gewezen op de ongeschiktheid van de vereniging voor het drijven van een onderneming en anderzijds op het ontbreken van checks and balances voor stichtingen (terwijl dat wel de rechtspersoon

<sup>66</sup> Asser-van der Grinten-Maeijer, 2-II, nr. 453.

<sup>67</sup> Idem, nr. 487.

<sup>68</sup> Idem, nr. 487.

is waarop inmiddels vaak wordt teruggevallen in een samenleving die hoge eisen stelt aan de professionaliteit van de leiding en het bestuur van een maatschappelijke onderneming).

Daarbij menen Asser - Van der Grinten - Maeijer dat de algemene vergadering van een vereniging slecht functioneert indien het doel van die vereniging niet direct de persoonlijke belangen van de leden raakt. Het absentisme blijkt dan groot, de belangstelling van de leden minimaal.<sup>69</sup> Ook wijzen deze auteurs erop dat de wetgever de stichtingsvorm in het leven heeft geroepen voor doeleinden van kerkelijke of charitatieve aard, daar- onder begrepen familiestichtingen en stichtingen op wetenschappelijk en cultureel terrein. Voor het drijven van ondernemingen heeft de wetgever de vennootschap geregeld. Daarom zou kunnen worden verdedigd dat het bezwaarlijk is als men de wettelijke voorschriften die aan ondernemingen in de vennootschapsvorm worden gesteld, kan ontduiken door de rechtsvorm van de stichting te kiezen.<sup>70</sup>

Verder wijzen wij erop dat, zoals aangegeven in § 4.3.2, om belastingtechnische redenen geregeld ervoor wordt gekozen om de maatschappelijke onderneming vorm te geven als BV waarvan de aandelen worden gehouden door een stichting. Op zichzelf is er weinig mis met deze juridische constructie. Vooruitlopend op hetgeen wij hierover in paragraaf 4.7 zullen opmerken, zij evenwel opgemerkt dat het feit dat in de praktijk voor die juridische constructie wordt gekozen, illustreert dat de huidige stichtings- of verenigingsvorm (kennelijk) ontoereikend is voor de maatschappelijke onderneming om op goede wijze deel te nemen aan het rechtsverkeer.

#### 4.5.5 Tussenconclusie

Op grond van het vorenstaande concluderen wij dat het noodzakelijk is om een eigen regeling voor de maatschappelijke onderneming tot stand te brengen in het Nederlandse rechtspersonenrecht.

Alhoewel de vrije rechtsvormen stichting en vereniging zodanig flexibel zijn dat daarmee op zichzelf - via de statuten - recht zou kunnen worden gedaan aan de vereisten die aan de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming zouden moeten worden gesteld, menen wij dat juist die vrijheid de maatschappelijke onderneming belemmert om op goede wijze aan het rechtsverkeer deel te nemen. Die belemmeringen zijn zelfs zodanig talrijk en zo fundamenteel van aard, dat een eigen regeling voor de maatschap-

69 Asser-van der Grinten-Maeijer, 2-II, nr. 451.

70 Idem, nr. 471.

pelijke onderneming ons inziens noodzakelijk is. Met die conclusie is uiteraard nog niet gezegd welke vorm een eigen regeling voor de maatschappelijke onderneming moet kennen. Daarop wordt in de twee navolgende hoofdstukken ingegaan.

## 4.6 RECHTSVERGELIJKING<sup>71</sup>

### 4.6.1 Inleiding

Hiervoor is geconstateerd dat het noodzakelijk is om een eigen regeling voor de maatschappelijke onderneming tot stand te brengen in het Nederlandse rechtspersonenrecht. Die constatering dringt de vraag op naar de meest wenselijke vormgeving van een dergelijke eigen regeling. Ter beantwoording van die vraag wordt in dit hoofdstuk aangegeven of en, zo ja, op welke wijze binnen de rechtsstelsels van een aantal andere landen, waaronder verschillende EU-lidstaten, de maatschappelijke onderneming is vormgegeven. Tot slot van dit hoofdstuk bezien wij in hoeverre aan die buitenlandse rechtsstelsels elementen kunnen worden ontleend die van waarde zijn voor het Nederlandse recht.

### 4.6.2 België: Vennootschap met Sociaal Oogmerk<sup>72</sup>

#### 4.6.2.1 Omschrijving

Binnen het Belgische recht bestaat sinds 1996 een wettelijke regeling voor de Vennootschap met Sociaal Oogmerk (hierna: "VSO"). De VSO is geen afzonderlijke rechtspersoon, maar een modaliteit die elke handelsvennootschap in België kan aannemen.

De Belgische wetgeving kent geen definitie van de VSO, terwijl in de literatuur uiteenlopende definities worden gehanteerd. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de VSO haar grondslag vindt in "*principes van solidariteit en participatie, veel meer dan [...] winstoogmerk of rentabiliteitsoverwegingen*", ook wel aangeduid als de "*sociale economie*". De VSO betreft "*initiatieven die vaak ontstaan in de non-profit sector en geleidelijk verder groeien binnen een koop-*

<sup>71</sup> De navolgende rechtsvergelijking is tot stand gekomen via het wereldwijde kantoor netwerk van Allen & Overy LLP. Aan de hand van enquêtes en literatuur is binnen verschillende landen waarin Allen & Overy LLP is gevestigd onderzoek gedaan naar de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming.

<sup>72</sup> Voor de beschrijving van de situatie in België is voornamelijk gebruik gemaakt van: D. Coeckelbergh, *Ondernemen met de Vennootschap met Sociaal Oogmerk*, Gent, Mys & Breesch, 2001 alsmede de *Parl. Hand.*, Senaat, 1993-94, 1086-2, 229 e.v. (België).

*manskader*", maar "dit type van onderneming [hoort] wel degelijk thuis in de bedrijfseconomische sfeer". De VSO wordt gekenmerkt door enerzijds haar gerichtheid op dienstverlening aan haar leden of aan de gemeenschap, veeleer dan het nastreven van winst, en anderzijds haar democratisch gehalte (de VSO kent meer inspraak voor haar leden dan bij reguliere handelsvennootschappen het geval is).

#### 4.6.2.2 Regeling

Een burgerlijke of handelsvennootschap die zichzelf een VSO wenst te noemen, mag niet zijn gericht op de verrijking van haar vennoten. Bovendien moeten haar statuten verschillende regelingen bevatten, waaronder:<sup>73</sup>

- een bepaling volgens welke de vennoten geen of een beperkt vermogensvoordeel nastreven;
- een nauwkeurige omschrijving van het sociaal oogmerk van de VSO;
- een omschrijving van de wijze waarop de winst zal worden besteed overeenkomstig het oogmerk van de vennootschap;
- een omschrijving van de wijze waarop de reserves worden gevormd;
- een bepaling ingevolge welke het beperkt vermogensvoordeel dat de vennootschap aan de vennoten uitkeert, niet hoger mag zijn dan de rentevoet, toegepast op het werkelijk gestorte bedrag van de aandelen;
- een verplichting om jaarlijks een verslag uit te brengen over de wijze waarop de vennootschap toezicht heeft uitgeoefend op de naleving van haar oogmerk;
- een regeling waardoor bij opheffing van de VSO - na aanzuivering van het hele passief en terugbetaling aan de vennoten van hun inbreng - hetgeen na vereffening overblijft een bestemming krijgt die zo nauw mogelijk aansluit bij het sociale oogmerk van de vennootschap.

Ter voorkoming van misbruik van de VSO voorziet de wet in een regeling waarbij op vordering van een vennoot, een belanghebbende of het openbaar ministerie ontbinding van de vennootschap door de rechter kan worden bevolen, indien deze vennootschapschap zich voordoet als een VSO maar haar statuten niet (meer) voorzien in de wettelijk verplichte bepalingen. Door de wetgever werd aan deze regeling grote waarde gehecht; de wetgever *"verwachtte dat de V.S.O. een zeker aanzien zou krijgen en zelfs een bijzonder prestige. Men verwachtte indirect dat de overheid gemakkelijker, zeker aan dezelfde voorwaarden, met V.S.O.'s zou gaan werken; dat producten van V.S.O.'s gemakkelijker de weg naar de consument zouden vinden"*.

<sup>73</sup> Zie art. 661, Boek X in het wetboek van Vennootschappen van 7 mei 1999 (België).

#### 4.6.2.3 *Achtergrond*

Wij merken op dat het de VSO - anders dan de maatschappelijke onderneming als in dit onderzoek gedefinieerd - is toegestaan een zekere winstuitkering te doen. Als aangegeven, moet die winstuitkering wel bij de statuten worden beperkt. Zij mag niet hoger zijn dan de wettelijk vastgestelde rentevoet, toegepast op het werkelijk gestorte bedrag van de aandelen. De winstuitkering mag echter bij de statuten ook geheel worden uitgesloten. Het volgende is in dit verband van belang.

Al voor 1996 kende het Belgische rechtspersonenrecht de rechtsvorm vereniging zonder winstoogmerk (hierna: "VZW"), die in zekere zin vergelijkbaar is met de Nederlandse vereniging. Naar Belgisch recht is het de VZW echter niet toegestaan om als hoofdactiviteit handelsactiviteiten uit te oefenen (aan welk verbod in de praktijk echter niet strikt de hand werd gehouden). Voor de Belgische handelsvennootschappen geldt daarentegen dat zij slechts met winstoogmerk mogen worden opgericht. Door de wens invulling te geven aan de sociale economie ontstond daarom de idee beide rechtsvormen te combineren, waarbij de vennootschapsvorm tot uitgangspunt werd genomen.

Dat er voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming in het Belgische recht niet voor is gekozen om de VZW tot uitgangspunt te nemen, heeft verschillende oorzaken. Geoordeeld werd dat de VZW een te flexibele rechtsvorm was, waardoor maatschappelijke ondernemingen onvoldoende beperkingen konden worden opgelegd. In meer algemene zin werd geoordeeld dat de voor de VZW geldende regeling onvoldoende doordacht was en dat de ontwikkelde rechtspraak terzake "*niet van dezelfde kwaliteit is als die van de vennootschapswetgeving*". Daarbij gold dat "*de wereld van de sociale economie daarenboven absoluut een vennootschapsstatuut wou*".

Overigens is ook overwogen om voor de maatschappelijke onderneming in het Belgische recht een afzonderlijke rechtspersoonsvorm in het leven te roepen. Als bezwaren werden echter aangevoerd dat dit zou leiden tot geïsoleerde wetgeving, die te zeer los zou staan van de overige, wettelijk geregelde vennootschappen, terwijl zo'n afzonderlijke rechtspersoonsvorm ook niet noodzakelijk werd geacht om aan de kenmerken van de maatschappelijke onderneming recht te doen.

#### 4.6.2.4 *Beoordeling*

Gegevens over het succes van de regeling voor de VSO zijn schaars. In de literatuur is het aantal VSO's in het jaar 2001 geschat op 150 tot 200. De activiteiten van deze VSO's zijn divers en liggen onder meer op het terrein van



onderwijs en opleiding, organisatie van manifestaties, fiscale en/of sociale advisering, syndicale ondersteuningsactiviteiten en verzekeringsadviesing. In de literatuur wordt de sociale onderneming een grote commerciële geloofwaardigheid toegedicht. Daarentegen wordt als kritiek geuit dat er een te brede waaier van juridische vormgevingsmogelijkheden is alsook een te gering toezicht op de naleving van de VZW-wetgeving, waardoor verschillende maatschappelijke onderneming niet kiezen voor de VSO. Daarenboven wordt erop gewezen dat de regeling van de VSO te weinig voordelen ten opzichte van de traditionele vennootschapsvormen kent en te veel nadelen voor reguliere ondernemers. De aan de VSO gekoppelde fiscale voordelen - VSO's die voldoen aan alle wettelijke vereisten zijn niet aan vennootschapsbelasting onderworpen - zouden in de praktijk te gering zijn.

#### 4.6.3 Duitsland

In Duitsland bestaat geen regeling voor de maatschappelijke onderneming; over invoering daarvan wordt thans niet nagedacht. Een onderneming met maatschappelijke doelstelling kent naar Duits recht wat betreft haar juridische vormgeving de keuze tussen een niet-vennootschapsvorm ("Verein" of "Stiftung") en een vennootschapsvorm ("Gesellschaft mit beschränkter Haftung" (GmbH) of "Aktien Gesellschaft" (A.G.)). Deze rechtsvormen zijn vergelijkbaar met respectievelijk de vereniging of stichting en de BV of NV. Bij de keuze voor een vennootschapsvorm kan naar de aard der zaak geen sprake zijn van een maatschappelijke onderneming als in deze studie gedefinieerd; de Gesellschaft mit beschränkter Haftung en Aktien Gesellschaft zijn namelijk op winstuitkering gericht.

De situatie naar Duits recht is daarmee vergelijkbaar met die in Nederland. De niet-vennootschapsvorm leent zich goed voor organisaties met een ideëel doel en biedt weinig structuur. De vennootschapsvorm leent zich beter voor deelname aan het economisch verkeer, maar is naar de aard der zaak op winstuitkering gericht.

Bij het voorgaande is van belang dat het de Verein in beginsel niet is toegestaan om economische activiteiten uit te oefenen; de Duitse wetgever heeft daartoe juist vennootschappen in het leven geroepen. De Stiftung bürgerlichen Rechts lijkt daarom de meest geschikte rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming.

#### 4.6.4 Frankrijk: l'association reconnue d'utilité publique

Binnen het Franse recht wordt onderscheid gemaakt tussen de niet-vennootschappen "association" of "fondation", en de vennootschappen "société à responsabilité limitée" of "société anonyme". Deze rechtsvormen zijn grotendeels vergelijkbaar met respectievelijk de vereniging of stichting en de BV of NV. Het Franse recht kent geen afzonderlijke rechtspersoon voor de maatschappelijke onderneming. Wel kent het de "association reconnue d'utilité publique", de vereniging waaraan van overheidswege het predikaat van maatschappelijke onderneming wordt verleend ingeval aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan. Dit predikaat verschaft de betrokken vereniging bepaalde, met name fiscale, voordelen.

Wat betreft de beschikbare rechtspersoonsvormen is de situatie naar Frans recht zodoende vergelijkbaar met die in Nederland. De association en fondation lenen zich goed voor organisaties met een ideëel doel en bieden weinig structuur. De société à responsabilité limitée en société anonyme lenen zich weliswaar beter voor deelname aan het economisch verkeer, maar zijn naar de aard der zaak op winstuitkering gericht en daarom voor de maatschappelijke onderneming geen keuze. Wat betreft de association en de fondation gelden overigens beperkingen die het Nederlandse recht niet kent. Zo geldt voor de association dat, als deze een maatschappelijk doel nastreeft, voorafgaand aan oprichting overheidstoestemming is vereist. Bovendien mag de association dan geen onroerend goed in eigendom hebben, anders dan hetgeen nodig is om haar maatschappelijke doel te bereiken. Voorafgaande overheidstoestemming is ook voor de fondation met een maatschappelijk doel vereist, terwijl dan ook van overheidsbemoediging sprake is bij het benoemen van bestuurders (één derde van het totaal). Bovendien bestaat in de rechtsleer onzekerheid over de vraag of een fondation een onderneming mag drijven.

Wat daarvan zij, sinds 1901 kent het Franse recht het predikaat 'association reconnue d'utilité publique', bedoeld voor organisaties met een doelstelling waarbij het algemeen belang in het geding is ("mission d'intérêt général") of die zijn gericht op het publieke nut ("utilité publique"), bijvoorbeeld op het vlak van de "domaines philanthropiques, social, sanitaire, éducatif, scientifique, culturel" en "la qualité de la vie, l'environnement, la défense des sites et des monuments, la solidarité internationale".

Voor de association reconnue d'utilité publique geldt dat zij tenminste tweehonderd leden moet hebben. Bovendien wordt het predikaat eerst toegekend als blijkt dat de vereniging bepaalde regels naleeft, onder meer met

betrekking tot naamsregistratie, de verslaglegging, het benoemen van bestuurders en de rol die aan overheidsambtenaren toekomt. Is dat het geval, dan wordt aan de betrokken vereniging door het Conseil d'État de erkenning ("reconnaissance") als association reconnue d'utilité publique toegekend. Dit heeft tot gevolg dat de association reconnue d'utilité publique, anders dan de reguliere association, belastingvrij giften en legaten kan ontvangen. Bovendien wordt als voordeel ervaren dat het predikaat de facto als kwaliteitslabel geldt en aldus een zekere prestige kent.<sup>74</sup>

#### 4.6.5 Spanje

Het Spaanse recht kent geen eigen regeling voor de maatschappelijke onderneming. Binnen het rechtspersonenrecht bestaan de vennootschappen "sociedad limitada" en "sociedad anonima", vergelijkbaar met de BV en NV, en de niet-vennootschap "fundación", vergelijkbaar met de stichting. Voor de genoemde vennootschappen geldt dat winstuitkering niet kan worden uitgesloten, terwijl de fundación zich volgens de heersende rechtskeer niet leent voor het drijven van een onderneming. Op dit moment wordt niet overwogen om een regeling voor de maatschappelijke onderneming tot stand te brengen, met name omdat het Spaanse bestuursrecht ruime mogelijkheden biedt voor de overheid om langs publiekrechtelijke weg overheidsondernemingen met een maatschappelijke doelstelling op te richten.

#### 4.6.6 Tsjechië: rechtspersoon met maatschappelijk doel

##### 4.6.6.1 Omschrijving

Het Tsjechische recht kent sinds 1996 de "obecně prospěšná společnost" (vrij vertaald: rechtspersoon met maatschappelijk doel; hierna: "OPS"), een afzonderlijke rechtspersoonsvorm voor de maatschappelijke onderneming.

De OPS kent rechtspersoonlijkheid, maar wordt niet gerekend tot de rechtspersonen naar privaatrecht: vennootschappen en stichtingen. Van een rechtspersoon naar publiekrecht is echter evenmin sprake; zowel de overheid als particulieren kunnen namelijk ter verwezenlijking van een doelstelling op het vlak van onder meer onderwijs, gezondheidszorg, cultuur, sport en milieu, een OPS oprichten.<sup>75</sup> De rechtspersoon OPS wordt thans gebruikt voor scholen en universiteiten, organisaties in de ouderen- en gehandicaptenzorg en culturele instellingen zoals musea, bibliotheken en theaters.

<sup>74</sup> Zie hierover: <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F1131.html>>: association reconnue d'utilité publique. Zie verder: A quoi sert la reconnaissance d'utilité publique? op <[http://guidon.asso.fr/article.php3?id\\_article=94](http://guidon.asso.fr/article.php3?id_article=94)>.

<sup>75</sup> Zie: <[http://www.icnl.org/journal/vol4iss4/cr\\_cee.htm](http://www.icnl.org/journal/vol4iss4/cr_cee.htm)>: The International Journal of Not-for-Profit Law, Vol. 4, nr. 4, juli 2002.

#### 4.6.6.2 Regeling

De wettelijke regeling voor de rechtspersoon OPS omvat onder meer de volgende elementen:

- de OPS is een autonome instelling, die onafhankelijk van zijn oprichters kan functioneren;
- de OPS kent wettelijk geregelde organen, waaronder een raad van bestuur, een algemeen directeur en een raad van toezicht;
- de afkorting OPS (of volledige naam obecneěprospeěšná spolecěnost) wordt in de naam van de onderneming gevoerd; voor overige rechtspersonen is dit strafbaar gesteld;
- het is de OPS verboden om winst uit te keren, maar niet om winst na te streven: de OPS moet in beginsel kostendekkend kunnen opereren en moet eventuele winsten aanwenden om "diensten voor het goede doel", verband houdende met de maatschappelijke doelstelling, aan te bieden;
- de OPS is verplicht om diensten te verlenen aan een ieder, tegen vooraf vastgestelde voorwaarden; iedere vorm van voorkeursbehandeling is verboden;
- de OPS staat onder "maatschappelijke toezicht", dat wil zeggen dat de OPS ieder jaar een verslag moet publiceren waarin de winst of het verlies van de OPS worden toegelicht;
- bij opheffing van de OPS wordt het eventueel resterende vermogen niet uit de 'not-for-profit sector' verwijderd.

Als nadeel van de regeling voor de OPS wordt ervaren dat zij de OPS geen ruimte laat voor het houden van aandelen of belangen in andere ondernemingen. Een stichting naar Tsjechisch recht kan dat wel, maar deze mag weer geen commerciële activiteiten onder eigen naam verrichten.

Voor de OPS gelden verder bepaalde fiscale voordelen. De OPS kan bovendien in aanmerking komen voor fondsen uit de staatsbegroting of van lokale overheden.

Een regeling waardoor belanghebbenden bij de rechter kunnen verzoeken frauduleus handelen te beëindigen - al dan niet gekoppeld aan een verzoek om toekenning van schadevergoeding - moet misbruik van de OPS voorkomen.

#### 4.6.6.3 *Achtergrond*

De achtergrond van de OPS ligt in de privatisering van de quasi-publieke, door de overheid gesubsidieerde ondernemingen die waren ontstaan na de beëindiging van het communistische regime (tot 1989) in Tsjecho-Slowakije. Met het oog daarop werd de noch privaatrechtelijke, noch publiekrechtelijke rechtspersoon OPS een geschikt juridisch instrument geoordeeld. Omdat op dat moment het gehele Tsjechische rechtspersonenrecht op de schop ging en bestaande stichtingen onder het oude juridische regime gedwongen waren om zich te registreren onder nieuw Tsjechisch recht, kreeg de OPS een veel breder bereik. Registratie als OPS bleek namelijk veel eenvoudiger dan registratie als reguliere stichting (daarvoor gold een groot aantal vereisten, waaronder een minimumkapitaal). Gegevens over het succes van regeling voor de OPS zijn niet voorhanden.

#### 4.6.7 **Italië: la organizzazione non lucrativa di utilità sociale**

##### 4.6.7.1 *Omschrijving*

Het Italiaanse recht kent sinds 1997 de 'organizzazione non lucrativa di utilità sociale' (de niet-winstbeogende organisatie met maatschappelijke doel; hierna: "ONLUS"). De ONLUS is een predikaat dat wordt verleend aan verschillende soorten organisaties, ongeacht of zij rechtspersoonlijkheid kennen, en waaraan bepaalde fiscale voordelen zijn verbonden (onder meer wat betreft de eigen belastingplicht en wat betreft het aanvaarden van schenkingen).

##### 4.6.7.2 *Regeling*

Het predikaat ONLUS kan worden verleend aan verenigingen, comités, stichtingen, (coöperatieve) vennootschappen die geen commerciële onderneming drijven ('cooperative sociali') en andere private instellingen, al dan niet met rechtspersoonlijkheid. De oprichtingsakte en/of de statuten van de betrokken organisatie moeten een groot aantal regelingen bevatten, onder meer wat betreft:

- een doelstelling gericht op het uitoefenen van één of meer van de volgende of daaraan gerelateerde activiteiten: medische en sociale ondersteuning, liefdadigheid, sport op amateurniveau, bescherming van de burgerlijke vrijheden, bescherming en verbetering van het milieu en/of bevordering van kunst, cultuur en wetenschappelijk onderzoek;
- de gerichtheid om daarenboven steeds sociale solidariteit na te streven ("finalità di solidarietà sociale");
- een verbod om direct of indirect winst uit te keren, tenzij dit door de wet wordt vereist of de winst wordt uitgekeerd aan een andere ONLUS die onderdeel uitmaakt van dezelfde organisatie;

- de verplichting om de winst exclusief te gebruiken voor de voren beschreven activiteiten;
- de verplichting om bij opheffing van de ONLUS het vermogen over te dragen aan een andere ONLUS, tenzij de wet anders voorschrijft;
- de verplichting om een financieel verslag op te stellen, en
- een regeling voor de betrokkenheid van de leden bij, welke regeling de voortdurende betrokkenheid moet garanderen en moet verzekeren dat de leden via een stemrecht de volledige controle uitoefenen over de activiteiten van de ONLUS.

Voor de betrokken organisaties geldt verder de verplichting om in hun naam en alle gebruikte herkenningstekens de aanduiding 'organizzazione non lucrativa di utilità sociale' of 'ONLUS' te hanteren.

Wordt het winstuitkeringsverbod niet in acht genomen of geniet een organisatie ten onrechte te fiscale voordelen die aan de ONLUS zijn verbonden, dan kunnen aan de bestuurders of overige vertegenwoordigers van een ONLUS administratieve sancties worden opgelegd.

#### 4.6.7.3 *Achtergrond*

De invoering van de ONLUS houdt verband met de aandacht midden jaren '90 in Italië voor de zogeheten derde sector (de non-profit sector). Die aandacht vond haar grondslag in de toenemende kritiek op door de overheid geleverde diensten, vooral op het gebied van pensioenvoorzieningen, gezondheids- en ouderenzorg, kinderopvang en onderwijs. De vraag naar naar dergelijke diensten door niet-overheidsinstellingen geleverd, nam daarvoor toe. De ONLUS werd gezien als een meer efficiënte manier om te voorzien in voorheen door de overheid geleverde of georganiseerde diensten. Gegevens over het succes van regeling voor de ONLUS zijn niet beschikbaar.

## **4.6.8 Verenigd Koninkrijk/Zuid-Afrika: company limited by guarantee/incorporated association not for gain**

### *4.6.8.1 Omschrijving*

Het recht van het Verenigd Koninkrijk - althans van Engeland en Wales - alsook het sterk daarop geënte recht van Zuid-Afrika kennen de rechtspersoon “company limited by guarantee”: de vennootschap waarbij de aansprakelijkheid van de leden (de members) statutair wordt beperkt tot het bedrag (de guarantee) waarvoor de leden zich verbinden bij te dragen als de vennootschap wordt geliquideerd. De company limited by guarantee heeft rechtspersoonlijkheid en is onderworpen aan dezelfde regels die gelden voor de reguliere vennootschap, de private limited company, met dien verstande dat het de company limited by guarantee niet is toegestaan om een aandelenkapitaal bijeen te brengen.

De company limited by guarantee vormt in beide rechtsstelsel de basis voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming. Binnen het recht van Engeland en Wales bestaat voor maatschappelijke ondernemingen de mogelijkheid om een company limited by guarantee te worden met ontheffing van de verplichting om “Limited” in de naam te voeren. Het Zuid-Afrikaanse recht kent de mogelijkheid om de reguliere company limited by guarantee om te zetten in een incorporated association not for gain, ook wel “section 21-company” genoemd. In beide gevallen wordt aldus naar derden toe duidelijk gemaakt dat weliswaar sprake is van een vennootschap, maar dat deze vennootschap geen winstuitkeringen doet.

### *4.6.8.2 Regeling*

Een company limited by guarantee kan naar het recht van Engeland en Wales worden ontheven van de verplichting om “Limited” in de naam te voeren als de vennootschap als doelstelling heeft het bevorderen van de commercie, de kunst, de wetenschap, het onderwijs, de godsdienst, de liefdadigheid, of een daaraan gerelateerd doel. Bovendien moeten de oprichtingsakte of statuten van de vennootschap bepalen dat eventuele winsten geheel worden aangewend tot het bevorderen van de doelstelling van de vennootschap, dat uitkering van dividend aan de leden aldus verboden is en dat alle activa bij opheffing van de vennootschap worden ondergebracht bij een andere organisatie met een vergelijkbare doelstelling of bij een liefdadigheidsorganisatie. Ter verkrijging van de ontheffing moet een verklaring worden gedeponneerd bij het handelsregister, waarin wordt vermeld dat de vennootschap aan deze eisen voldoet. Is de ontheffing eenmaal verkregen, dan is statutenwijziging op een wijze waardoor niet meer aan deze vereisten wordt voldaan, verboden.

De Zuid-Afrikaanse regeling is vergelijkbaar met de vorenbeschreven regeling.

#### 4.6.8.3 *Achtergrond*

De company limited by guarantee en de incorporated association not for gain vinden hun herkomst in de kritiek die binnen de Anglo-Sakische rechtsleer werd geuit op de weinig transparante en met onvoldoende waarborgen omklede rechtspersoon trust. Het werd daarom wenselijk geoordeeld om maatschappelijke ondernemingen zoveel mogelijk aan het reguliere vennootschapsrecht te onderwerpen. Bijvoorbeeld de verplichtingen van trustees zijn veel minder vergaand dan de fiduciaire verplichtingen ('fiduciary duty') die gelden voor bestuurders van vennootschappen. Met het oog op de kenmerken van de maatschappelijke onderneming moest hiertoe evenwel een rechtspersoon in het leven worden geroepen die wel leden kent, maar geen winstuitkeringen kan doen.

#### 4.6.8.4 *Beoordeling; Community Interest Company*

Gegevens omtrent het succes van de besproken regelingen zijn ons niet bekend. Wel is van belang dat in het Verenigd Koninkrijk thans wordt overwogen om de Charitable Incorporated Organisation - die primair voor liefdadigheidsinstellingen is bedoeld en om die reden hier verder buiten beschouwing blijft - en de Community Interest Company (hierna: "CIC") in het leven te roepen. Een wetsvoorstel is inmiddels ingediend en zou naar verwachting in de zomer van 2005 kunnen zijn aangenomen. Daaruit blijkt dat de CIC de juridische vormgeving betreft voor de "social enterprise", een begrip dat grote verwantschap toont met de maatschappelijke onderneming.

"A social enterprise is a business with primarily social objectives whose surpluses are principally reinvested for that purpose in the business or in the community, rather than being driven by the need to maximise profit for shareholders and owners. Social enterprises tackle a wide range of social and environmental issues and operate in all parts of the economy. By using business solutions to achieve public good, the Government believes that social enterprises have a distinct and valuable role to play in helping create a strong, sustainable and socially inclusive economy. [...] The Community Interest Company (CIC) will be a new type of company, designed for social enterprises who want to use their profits and assets for the public good. CICs will be easy to set up, with all the flexibility and certainty of the company form, but with some special features to ensure they are working for the benefit of the community. CICs will report to an



independent regulator on how they are delivering for the community and how they are involving their stakeholders in their activities.”<sup>76</sup>

De CIC is - evenals voor de Belgische VSO geldt, zie § 4.6.2 - een modaliteit die een reguliere vennootschap kan aannemen. *“The CIC will take one of the existing forms of limited company incorporated under the Companies Act 1985, namely the ‘company limited by shares’ or the ‘company limited by guarantee’.”*, aldus het aan het wetsvoorstel ten grondslag liggende rapport *Proposals for a Community Interest Company*.<sup>77</sup> De vennootschap die zich CIC wenst te noemen, zal aan verschillende vereisten moeten voldoen wat betreft doel, structuur en winstuitkeringsmogelijkheden. Anders dan voor de hiervoor beschreven, ontheven *company limited by guarantee* geldt, kan de CIC wel een aandelenkapitaal en aandeelhouders - in plaats van leden - hebben; de CIC kan immers zijn vormgegeven als *company limited by shares*. Verder is het de CIC toegestaan om een zekere winstuitkering (‘capped dividend’) te doen, opnieuw mits zij is vormgegeven als *company limited by shares*. In genoemd rapport wordt wat betreft dit laatste overwogen: *“if CICs are to have the scope to grow they will need access to a range of sources of finance, and the model needs to be appropriate for growing”*.<sup>78</sup>

#### 4.6.9 Verenigde Staten: not-for-profit corporation

##### 4.6.9.1 Omschrijving

In de staat New York - maar overigens ook in verschillende andere staten - van de Verenigde Staten geldt de not-for-profit corporation (hierna: “NFPC”) als de juridische vormgeving voor de maatschappelijke onderneming. De NFPC kent een uitgebreide wettelijke regeling, waarin verschillende voorschriften zijn opgenomen omtrent de aard en inrichting van de betrokken onderneming.<sup>79</sup>

Voor de NFPC geldt dat zij in fiscale zin worden aangemerkt als behorend tot de non-profit sector en dientengevolge een belastingvrijstelling geniet. Echter, ook niet als NFPC vormgegeven organisaties kunnen worden gerekend tot de non-profit sector, mits wordt voldaan aan door de fiscus gestelde vereisten, waaronder:

- de organisatie moet tot doel hebben en exclusief gericht zijn op het dienen van een charitatief doel en het nastreven van dit doel moet genoegzaam blijken uit haar werkzaamheden;

<sup>76</sup> <<http://www.dti.gov.uk/cics/faqs.htm>>.

<sup>77</sup> *Proposals for a Community Interest Company*, p. 26, in te zien op: <<http://www.dti.gov.uk/cics/pdfs/condoc.pdf>>.

<sup>78</sup> *Proposals for a Community Interest Company*, p. 19; zie tevens idem, p. 24, punt 5 - 7.

<sup>79</sup> Zie chapter 35 van de New York State Consolidated Laws, in te zien op: <<http://assembly.state.ny.us/leg/?cl=76&a=1>>.

- de statuten moeten dit doel concretiseren tot één of meer gebieden waarvoor de belastingvrijstelling geldt, waaronder het bevorderen van onderwijs, de armenzorg en de bescherming van burgerlijke vrijheden;
- de inkomsten van de organisatie mogen niet worden uitgekeerd aan aandeelhouders of leden;
- de statuten moeten bepalen dat het vermogen bij opheffing wordt besteed ten behoeve van het door de organisatie nagestreefde doel.

#### 4.6.9.2 Regeling

Juist omdat ook andere organisaties dan de NFPC in fiscale zin kunnen worden beschouwd als behorend tot de non-profit sector, lijkt de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming naar Amerikaans recht van minder groot belang. Niettemin is de NFPC voor deze studie van belang, omdat haar omschrijving aansluit bij die van de maatschappelijke onderneming. Voor de NFPC geldt dat zij een doelstelling moet hebben die niet is gericht op het maken van winst of het verschaffen van vermogensvoordeel. Activa, vermogen of winst mogen daarom uitsluitend worden uitgekeerd indien de wet dat bepaalt. Daarbij moet de NFPC zijn aan te merken als:

- een “*civic, patriotic, political, social, fraternal, athletic, agricultural, horticultural, animal husbandry, and for a professional, commercial, industrial, trade or service association*” (type A);
- een onderneming met een doelstelling van “*charitable, educational, religious, scientific, literary, cultural*” aard of “*for the prevention of cruelty to children or animals*” (Type B);
- een onderneming “*for any lawful business purpose to achieve a lawful public or quasi-public objective*” (Type C); of
- een onderneming waarvan de “*formation is authorized by any other corporate law of this state for any business or non-business, or pecuniary or non-pecuniary, purpose or purposes specified by such other law, whether such purpose or purposes are also within types A, B, C above or otherwise*” (Type D).<sup>80</sup>

Een NFPC mag wel winst maken, maar die winst mag slechts worden aangewend voor het verrichten van de activiteiten van de onderneming. De NFPC kent geen aandeelhouder en aandelen; leden en lidmaatschapsbewijzen (“membership certificates”) zijn wel toegestaan, mits zij op naam staan en niet kunnen worden overgedragen. Aan het lidmaatschap kan wel een financiële bijdrage verbonden zijn en in verband daarmee mogen wel “capital certificates” worden uitgegeven. Ook die certificates mogen echter niet vrijelijk worden overgedragen. De bijdrage wordt slechts terugbetaald ingeval van beëindiging van het lidmaatschap of ingeval van opheffing van de

<sup>80</sup> Zie chapter 35 van de New York State Consolidated Laws, art. 2, section 201(b).

corporation. Alsdan geldt dat uitsluitend de vooraf overeengekomen prijs - in beginsel de waarde van de vergoeding - kan worden terugbetaald.

Ingevolge de wettelijke regeling kent de NFPC een ledenvergadering, een bestuur en eventueel "officers", die gelden als toezichthouders. Het bestuur wordt gekozen door de leden en benoemt zelf de eventuele officers. Het bestuur dient een jaarverslag uit te geven en daarin verantwoording af te leggen over het gevoerde beleid. Verder bevat de wettelijke regeling bepalingen omtrent de aansprakelijkheid van bestuurders en officers, een regeling voor fusie of consolidatie van NFPC's en voor opheffing daarvan. Van verschillende bepalingen kan overigens bij de statuten (in beperkte mate) worden afgeweken.

Gegevens omtrent de toepassing van de regeling van de NFPC in de praktijk zijn ons niet bekend.

#### **4.6.10 Bevindingen**

De rechtsvergelijking leert dat in verschillende landen een eigen regeling is getroffen voor de maatschappelijke onderneming (zijnde België, Frankrijk, Tsjechië, Italië, Verenigd Koninkrijk (althans Engeland en Wales), Zuid-Afrika en de Verenigde Staten). Van de onderzochte landen zijn slechts in Duitsland en Spanje geen regelingen voor de maatschappelijke onderneming tot stand gebracht. Voor Spanje valt dit te verklaren vanuit de zeer ruime praktijk van langs het publiekrecht vormgegeven ondernemingen; de Duitse situatie is goed vergelijkbaar met die in Nederland.

In die landen waar de maatschappelijke onderneming een eigen juridische vormgeving kent, zijn regelingen van uiteenlopende aard getroffen. In sommige landen betreft de juridische vormgeving een afzonderlijke rechtspersoon (de Tsjechische OPS en de Amerikaanse NFPC), in andere landen vormt de maatschappelijke onderneming een modaliteit van een bestaande rechtspersoonsvorm (de Belgische VSO, de ontheven company limited by guarantee en toekomstige CIC in het Verenigd Koninkrijk alsook de incorporated association not for gain in Zuid-Afrika). In weer andere landen is een predikaat in het leven geroepen, dat wordt toegekend aan bestaande rechtspersonen die aan zekere, aanvullende vereisten voldoen (de Franse association reconue d'utilité publique en de Italiaanse ONLUS, welk laatste predikaat ook aan niet-rechtspersonen kan worden toegekend). Het onderscheid tussen regelingen uitgaande van een modaliteit van een bestaande rechtspersoon, respectievelijk van de toekenning van een predikaat aan een bestaande rechtspersoon, is overigens dun. Dat wij dit onderscheid toch aanbrengen, houdt verband met het oogmerk van de betrokken regelingen. Die regelin-

gen die wij bestempelen als predikaatregelingen, gaan uit van een keurmerk voor bestaande rechtspersonen, terwijl met de modaliteitregelingen op zichzelf is getracht een afzonderlijke juridische vormgeving tot stand te brengen, zij het dat die vormgeving is gekoppeld aan een reeds bestaande rechtspersoonsvorm.

Binnen de Belgische regeling voor de VSO en de toekomstige Britse regeling voor de CIC bestaat ruimte voor een zekere winstuitkering; in alle overige regelingen is winstuitkering uitgesloten. De in België en in de toekomst in het Verenigd Koninkrijk toegestane winstuitkering is beperkt tot een wettelijk maximum, dat wij eerder aanduiden als een maatschappelijk rendement. Naar de in deze studie gehanteerde omschrijving is alsdan niet langer sprake van een maatschappelijke onderneming. Binnen de genoemde rechtsstelsels is uitkering van zo'n maatschappelijk rendement evenwel van belang geacht vanwege de ondernemingsrechtelijke aard van de maatschappelijke onderneming en om de verdere ontwikkeling van maatschappelijke ondernemingen te bevorderen.

In alle buitenlandse regelingen is de juridische vormgeving als maatschappelijke onderneming gekoppeld aan bepaalde fiscale voordelen.

Gegevens omtrent de werking van de regelingen in de praktijk zijn schaars.

## **4.7 WENSELIJKHEID VAN EIGEN REGELING**

### **4.7.1 Inleiding**

In paragraaf 4.5 constateerden wij dat een eigen regeling voor de maatschappelijke onderneming binnen het Nederlandse rechtspersonenrecht noodzakelijk is. Met de erkenning van die noodzaak is ook de wenselijkheid gegeven om zo'n regeling tot stand te brengen. De vorm van de tot stand te brengen regeling staat dan echter nog niet vast. Beoordeeld moet daarom worden wat voor soort eigen regeling het meest wenselijk is om de maatschappelijke onderneming op goede wijze te laten deelnemen aan het rechtsverkeer. De in eerder genoemde criteria van deregulering en wetgevingskwaliteit kunnen daarbij als toetsingskader dienen.

Steunend op de resultaten van de rechtsvergelijking in paragraaf 4.6 presenteren wij in dit hoofdstuk drie verschillende regelingen voor de maatschappelijke onderneming: de maatschappelijke onderneming als afzonderlijke rechtspersoonsvorm (§ 4.7.2), als predikaat voor een bestaande rechtspersoon

(§ 4.7.3) en als modaliteit van een bestaande rechtspersoonsvorm (§ 4.7.4). Bij alle drie soorten regelingen plaatsen wij enkele algemene kanttekening, onder meer van fiscaalrechtelijke aard (§ 4.7.5). De verschillende soorten regelingen beoordelen wij aan het slot van dit hoofdstuk (§ 4.7.6).

#### 4.7.2 Afzonderlijke rechtspersoon

Wat betreft de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming kan ervoor worden gekozen om een afzonderlijke rechtspersoonsvorm in het leven te roepen. Naast de bij boek 2 BW geregelde vennootschappen en niet-vennootschappen, zal dan de maatschappelijke onderneming komen te bestaan, met een eigen regeling wat betreft haar rechtspersoonlijkheid, inrichting, et cetera.

Het creëren van een dergelijke afzonderlijke rechtspersoonsvorm kent aanzienlijke voordelen, niet in de laatste plaats omdat op die manier zonder meer recht kan worden gedaan aan al de in paragraaf 4.4 geïdentificeerde vereisten die aan de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming moeten worden gesteld. Omdat “van nul” wordt begonnen, is het immers mogelijk een volledig op de maatschappelijke onderneming toegesneden regeling te treffen. Uiteraard kan waar mogelijk dan worden geleend uit de regelingen voor de bestaande rechtspersonen. Daarbij moet worden bedacht dat - zoals geconstateerd in paragraaf 6 - geen enkele regeling voor de thans bestaande rechtspersonen geheel en volledig voldoet aan de voor de maatschappelijke onderneming vereiste juridische vormgeving. Als een aanvullende regeling toch is vereist, waarom dan geen geheel nieuwe regeling introduceren?

Bovendien kent de introductie van een nieuwe rechtspersoonsvorm het voordeel van een grote herkenbaarheid: de maatschappelijke onderneming wordt immers als eigen rechtspersoonsvorm binnen het Nederlands rechtspersonenrecht geïntroduceerd. De keerzijde daarvan is evenwel dat niet kan worden teruggevallen op bestaande ervaringen, jurisprudentie, rechtsleer, et cetera. Die zullen voor de maatschappelijke onderneming ook “van nul” moeten worden opgedaan en ontwikkeld.

Dit is niet het enige nadeel dat kleeft aan introductie van een afzonderlijke rechtspersoonsvorm. Bij introductie van de nieuwe rechtspersoon maatschappelijke onderneming moet namelijk hetzij worden aanvaard dat bestaande maatschappelijke ondernemingen een afwijkende juridische vormgeving blijven behouden (of zelfs dat in de toekomst keuzevrijheid blijft bestaan om een maatschappelijke onderneming niet als de daartoe in

het leven geroepen rechtspersoon vorm te geven), hetzij een overgangsregeling worden getroffen om bestaande maatschappelijke ondernemingen om te zetten in de nieuw geregelde rechtspersoonsvorm. In het eerste geval zal de introductie van een afzonderlijke rechtspersoonsvorm in veel mindere mate bijdragen aan de herkenbaarheid van de maatschappelijke onderneming binnen het rechtsverkeer. In het tweede geval zal een aanzienlijke omzettingsoperatie zijn vereist, die de bestaande maatschappelijke ondernemingen op kosten zal drijven.

#### 4.7.3 Predikaat voor bestaande rechtspersoon

De juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming zou ook vorm kunnen krijgen in een regeling die uitgaat van een keurmerk voor rechtspersonen, die zich als maatschappelijke onderneming kwalificeren omdat zij aan bepaalde vereisten voldoen. Zou gekozen worden voor een dergelijke predikaatregeling, dan zullen de in hoofdstuk geïdentificeerde vereisten voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming, als vereisten moeten worden gesteld om in aanmerking te komen voor het keurmerk. Daarbij moet worden bepaald door wie dit keurmerk wordt verleend. Naar Frans model kan ervoor worden gekozen om een afzonderlijke organisatie of orgaan - bijvoorbeeld de Sociaal Economische Raad, de Minister van Economische Zaken of zelfs een private certificeringsinstantie - aan te wijzen en te belasten met de toekenning van het predikaat. Die organisatie of dat orgaan dient dan te beoordelen of de betrokken onderneming zich voor het predikaat kwalificeert. Anderzijds zou ervoor kunnen worden gekozen te werken met een toetsing achteraf: de onderneming kan zichzelf maatschappelijke onderneming noemen, maar aandeelhouders, belanghebbenden of andere personen of instanties kunnen zich tot de rechter wenden wanneer ten onrechte van het predikaat gebruik wordt gemaakt. Deze laatste oplossing lijkt een meer eenvoudige, maar herbergt een groter risico in zich van misbruik van het predikaat.

Een ogenschijnlijk voordeel van een predikaat-regeling is dat de wijze waarop de betrokken onderneming juridisch is vormgegeven niet relevant is; bepalend is slechts of aan de gestelde vereisten wordt voldaan. Zolang echter wordt volgehouden aan het hier gehanteerde wezenskenmerk van de maatschappelijke onderneming dat door haar geen winst wordt uitgekeerd, doet dat voordeel zich nauwelijks gevoelen. Uitsluitend een vereniging of stichting kan dan immers in aanmerking komen voor het predikaat maatschappelijke onderneming.

Zou de uitkering van een zeker maatschappelijk rendement worden toe-

gestaan of zou worden geregeld dat een vennootschap de uitkering van winst op voorhand en volledig kan uitsluiten, dan is dit uiteraard anders, zie § 4.7.5.5.

Dit voordeel herbergt bovendien een risico in zich: een té ruim opgezette predikaatregeling kan afbreuk doen aan de herkenbaarheid van de maatschappelijke onderneming, evenals thans geldt voor de té ruime regelingen voor de vereniging en stichting. Ondanks de vereisten waaraan de onderneming moet voldoen om in aanmerking te komen voor het predikaat van maatschappelijke onderneming, geldt immers dat een predikaatregeling een variëteit aan achterliggende rechtspersoonsvormen kan toelaten. Daarmee biedt de predikaatregeling naar de aard der zaak minder eenduidigheid en dus minder herkenbaarheid binnen het rechtsverkeer voor de maatschappelijke onderneming dan een regeling uitgaande van een afzonderlijke rechtspersoon. De vereisten waaraan een onderneming moet voldoen wil zij in aanmerking komen voor het predikaat moeten daarom zo helder mogelijk worden geformuleerd. Alleen dan is voor derden duidelijk dat de als maatschappelijke onderneming erkende onderneming wezenlijk anders is dan de reguliere, achterliggende rechtspersoon (vereniging of stichting).

Verder kan als voordeel gelden dat het van de aard van de betrokken onderneming zal afhangen welke aanvullende regelingen zij zonodig in haar statuten moet treffen om zich als maatschappelijke onderneming te kwalificeren. Een predikaat-regeling leidt daarom zowel tot flexibiliteit als maatwerk.

Ook dit voordeel zal zich eerst echt doen gevoelen, wanneer ook vennootschappen in aanmerking kunnen komen voor het predikaat maatschappelijke onderneming. Zou de betrokken onderneming dan een vennootschap zijn, dan zullen in de statuten minder voorzieningen behoeven te worden getroffen wat betreft de bestuurlijke inrichting van de onderneming, dan wanneer die onderneming een stichting zou zijn. Anderzijds zou deze stichting niets hoeven te regelen ter zake van de uitkering van winst; voor de vennootschap zou dit anders liggen.

Een voordeel is voorts dat voor de maatschappelijke onderneming de algemeen geldende, wettelijke vereisten van kracht blijven die voor haar achterliggende rechtspersoonsvorm gelden (vereniging of stichting). Daarmee profiteert de maatschappelijke onderneming ook van (ontwikkelingen op het vlak van) de wetgeving, jurisprudentie en rechtsleer terzake van die achterliggende rechtspersoonsvorm. Als voordeel kan ook gelden dat met een predikaatregeling vooralsnog geen principiële keuze behoeft te worden

gemaakt omtrent de vraag of de maatschappelijke onderneming aandeelhouders kan hebben. In hoofdstuk 4.6 bleek met die kwestie in verschillende landen op verschillende wijze te zijn omgegaan. Vooralsnog zal gelden dat de maatschappelijke onderneming geen aandeelhouders kent; zij is immers een vereniging of stichting.

Wel zal dan langs andere weg de betrokkenheid van deelnemers en belanghebbenden moeten worden geregeld, zie § 4.7.5.6 en het slothoofdstuk.

Echter, zou uitkering van een maatschappelijk rendement worden toegestaan of zou worden geregeld dat een vennootschap winstuitkering op voorhand en volledig kan uitsluiten, en zou vervolgens de predikaatregeling worden uitgebreid tot vennootschappen, dan is daarmee direct ook duidelijk dat de maatschappelijke onderneming aandeelhouders kan hebben.

Een predikaatregeling zou niet noodzakelijkerwijs een wettelijke regeling behoeven te zijn. Volstaan kan worden met een buitenwettelijke predikaatregeling, vergelijkbaar met de certificering die in (onder meer) de praktijk van het milieurecht geschiedt door private certificeringsinstanties aan de hand van buitenwettelijke standaarden. Langs die weg zou invoering van een predikaatregeling op eenvoudige wijze kunnen geschieden. Nadeel van zo'n buitenwettelijke regeling zou echter zijn dat de juridische status van het predikaat per definitie minder sterk is, omdat het zijn betekenis niet ontleent aan de wet. Het predikaat zou alsdan een lege huls kunnen blijken te zijn, zonder waarde binnen het rechtsverkeer. Bovendien kan worden betwist of koppeling van een mogelijk in te voeren fiscale regeling, zie § 4.7.5.2, aan een buitenwettelijke predikaatregeling mogelijk is.



#### 4.7.4 Modaliteit van bestaande rechtspersoon

In het verlengde van een predikaatregeling ligt een regeling die ervan uitgaat dat de maatschappelijke onderneming een modaliteit is van een of meer reeds wettelijk geregelde rechtspersonen. De ratio achter een dergelijke regeling is dan dat weliswaar een eigen juridische vormgeving geldt voor de maatschappelijke onderneming, maar dat die vormgeving is geënt op een bestaande rechtspersoonsvorm. Bij invoering van een modaliteitregeling zou aan boek 2 BW derhalve een regeling worden toegevoegd, inhoudende dat bepaalde rechtspersonen - bijvoorbeeld een vereniging en/of stichting - die aan bepaalde aanvullende wettelijke vereisten voldoen, worden aangemerkt als maatschappelijke ondernemingen. Een vergelijkbare modaliteitregeling bestaat reeds in boek 2 BW voor structuurvennootschappen.<sup>81</sup>

Vanwege de verwantschap tussen een predikaatregeling en een modaliteitregeling, zullen de vorenbeschreven voor- en nadelen van de predikaatregeling zich in meerdere of mindere mate ook doen gevoelen bij invoering van een modaliteitregeling.

Tot slot van paragraaf 4.6 gaven wij aan onderscheid te maken tussen beide soorten regelingen, omdat de predikaatregeling primair uitgaat van een keurmerk voor bestaande rechtspersonen, terwijl de modaliteitregeling daadwerkelijk is gericht op het tot stand brengen van een specifieke juridische vormgeving. Omdat die juridische vormgeving niet ziet op een afzonderlijke rechtspersoonsvorm, maar is gekoppeld aan een of meer regelingen voor bestaande rechtspersoonsvormen, kan het onderscheid tussen een modaliteit- en predikaatregeling echter dun zijn.

Een voordeel van de invoering van een modaliteitregeling is dat zij minder ingrijpend is dan de introductie van een afzonderlijke rechtspersoonsvorm, maar wel, als gevolg van haar eigen wettelijke regeling, leidt tot een grotere herkenbaarheid voor de maatschappelijke onderneming dan bij invoering van een predikaatregeling het geval is. Evenals voor een predikaatregeling geldt, kan binnen de modaliteitregeling worden geprofiteerd van bestaande ervaringen, jurisprudentie en rechtsleer terzake van de bij boek 2 BW reeds geregelde rechtspersonen. Ook van ontwikkelingen dienaangaande zou de maatschappelijke onderneming in de toekomst kunnen profiteren.

Wordt voor de invoering van een modaliteitregeling gekozen, dan zal de wetgever de keuze moeten maken van welke bestaande rechtspersoonsvorm

<sup>81</sup> Vanwege het broze onderscheid tussen een predikaat- en modaliteitregeling kan overigens ook worden volgehouden dat de structuurregeling een predikaatregeling betreft.

of rechtspersoonsvormen de maatschappelijke onderneming een modaliteit zal vormen. Een te brede keuze zou dan afbreuk kunnen doen aan de herkenbaarheid van de maatschappelijke onderneming, maar zou ook voordelen kunnen kennen, zie hierna. Uitgaande van de in deze studie gehanteerde omschrijving van het begrip maatschappelijke onderneming komen slechts de vereniging en stichting thans in aanmerking als rechtspersoonsvormen waarvan de maatschappelijke onderneming een modaliteit kan vormen. De wetgever zou er in dat verband voor kunnen kiezen om de maatschappelijke onderneming uitsluitend als modaliteit van de stichting te regelen, omdat de stichting in de praktijk de meest gehanteerde rechtspersoonsvorm voor maatschappelijke onderneming lijkt.

In de modaliteitregeling zal de wetgever vervolgens bepalingen moeten opnemen die ertoe strekken dat aan de in paragraaf 4.4 geïdentificeerde vereisten voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming wordt voldaan. Al naar gelang de rechtspersoonsvorm die de wetgever als uitgangspunt neemt, zullen die bepalingen verschillen. Voor de stichting zal bijvoorbeeld van belang zijn dat regelingen worden getroffen terzake van toezicht en wat betreft een enquêterecht.<sup>82</sup>

Een groot voordeel ten opzichte van introductie van een afzonderlijke rechtspersoonsvorm betreft vervolgens dat in veel geringere mate omzetting behoeft plaats te vinden van bestaande maatschappelijke ondernemingen naar de geregelde modaliteit. Wordt bijvoorbeeld ervoor gekozen de maatschappelijke onderneming te regelen als modaliteit van (tenminste) de stichting, dan geldt dat de meeste bestaande maatschappelijke ondernemingen reeds de stichtingsvorm kennen en in hun statuten al bepalingen kennen die waarborgen dat aan de in paragraaf 4.4 geïdentificeerde vereisten wordt voldaan. Voor niet als stichting vormgegeven maatschappelijke ondernemingen doet dit voordeel zich uiteraard niet gevoelen.

Het vorenstaande zou anders zijn indien de wetgever ervoor zou kiezen de maatschappelijke onderneming te regelen als modaliteit van verschillende bestaande rechtspersoonsvormen. Bij aanvaarding van de uitkering van een zeker maatschappelijk rendement of bij regeling van de mogelijkheid voor een vennootschap om winstuitkering op voorhand en volledig uit te sluiten, zou de maatschappelijke onderneming dan zelfs een modaliteit van een ven-

82 Zie onder meer *Health Care Governance. Aanbevelingen voor goed bestuur, goed toezicht en adequate verantwoording in de Nederlandse gezondheidszorg*, 1999 en *Naar professioneel toezicht*, het advies van de Commissie Intern Toezicht Woningcorporaties, Glasz 1998. Zie ook: W.J. Slagter, *Corporate Governance bij stichting en vereniging*, Stichting & Vereniging, 1999, pp. 43 - 48.

nootschap (BV of NV) kunnen zijn. Een voordeel daarvan zou zijn dat verschillende van de in paragraaf 4.4 genoemde vereisten reeds voor de BV en de NV zijn geregeld. Als gezegd, zou een zodanig ruime modaliteit-regeling wel afbreuk kunnen doen aan de herkenbaarheid van de maatschappelijke onderneming.

## **4.7.5 Kanttekeningen**

### *4.7.5.1 Inleiding*

Alvorens de voren beschreven, drie soorten regelingen voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming te beoordelen, besteden wij in deze paragraaf aandacht aan verschillende, met de invoering van zo'n regeling - ongeacht haar vorm - gemoeide zaken. Achtereenvolgens gaan wij in op de fiscale consequenties (§ 4.7.5.2), op consequenties van wetstechnische aard (§ 4.7.5.3) op het belang van een gedragscode voor de maatschappelijke onderneming (§ 4.7.5.4), op het vraagstuk van het maatschappelijk rendement (§ 4.7.5.5) en op de vraag wie als deelnemers en belanghebbenden hebben te gelden bij een maatschappelijke onderneming (§ 4.7.5.6).

### *4.7.5.2 Fiscale consequenties*

In paragraaf 4.6 is gebleken dat in verschillende lidstaten ervoor is gekozen om de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming te koppelen aan zekere fiscale voordelen. Die voordelen zouden gerechtvaardigd zijn vanwege de deels aan het algemeen belang parallel lopende maatschappelijke doelstelling van de onderneming en daarnaast een goede "incentive" vormen voor de verdere ontwikkeling van het maatschappelijk ondernemerschap.

Binnen het huidige Nederlandse belastingstelsel kunnen zekere fiscale voordelen bestaan voor de maatschappelijke onderneming. Wat betreft de vennootschapsbelasting wordt bijvoorbeeld onderscheid gemaakt tussen volledig, partieel en niet-belastingplichtigen. Commerciële ondernemingen zijn volledig belastingplichtig. Van hen worden de partieel belastingplichtigen onderscheiden: die entiteiten die slechts deels commerciële ondernemingsactiviteiten verrichten en daarom slechts deels vennootschapsbelastingplichtig zijn. Stichtingen en verenigingen zijn bijvoorbeeld slechts aan vennootschapsbelasting onderhevig indien en voor zover zij een onderneming - een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid die deelneemt aan het economisch verkeer met het oogmerk om winst te behalen - drijven of in duurzame concurrentie treden met belastingplichtige ondernemers. Ondernemingen die zijn vormgegeven als publiekrechtelijke rechtspersoon en ondernemingen die voor 100% in handen zijn van de overheid

zijn niet aan vennootschapsbelasting onderheven, tenzij zij bepaalde commerciële ondernemingsactiviteiten verrichten, (alhoewel deze vrijstelling momenteel in discussie is).<sup>83</sup> Om concurrentievervalsing te voorkomen, worden de criteria om als niet-vennootschapsbelastingplichtige te worden aangemerkt steeds strenger. Binnen de huidige structuur van vennootschapsbelastingen zijn maatschappelijke ondernemingen, zoals in deze studie omschreven, aan te merken als partieel belastingplichtigen. Zij zijn slecht aan vennootschapsbelasting onderhevig voor zover zij ondernemingsactiviteiten verrichten.

Een in de huidige praktijk vaak voorkomende juridische vormgeving voor de maatschappelijke onderneming betreft overigens de situatie dat de onderneming als zodanig wordt gedreven in de vorm van een volledig belastingplichtige BV. De aandelen in deze BV worden vervolgens gehouden door een stichting. Winst na belasting wordt aan die stichting uitgekeerd en deze wendt de uitgekeerde winst vervolgens aan voor het doen van schenkingen binnen haar maatschappelijke doelstelling. Omdat vermogensbeheer als zodanig niet wordt aangemerkt als commerciële ondernemingsactiviteit, zijn de activiteiten van deze stichting onbelast. Als deze stichting dan bovendien door de fiscus wordt aangemerkt als een algemeen nut beogende instelling zijn haar uitkeringen binnen het huidige belastingstelsel vrijgesteld van schenkingsrecht. Schenkingen aan de stichting zijn dan belast tegen een verlaagd tarief (8%).

Indachtig de aan buitenlandse regelingen ten grondslag liggende overwegingen en gelet op het huidige belastingstelsel in Nederland, ligt het ons inziens voor de hand om tenminste met de hiervoor beschreven voordelen vergelijkbare fiscale voordelen te koppelen aan een tot stand te brengen regeling voor de maatschappelijke onderneming. De juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming zal aldus moeten worden afgestemd met de belastingwetgeving. Steeds moet echter ervoor worden gewaakt dat fiscale voordelen niet leiden tot concurrentievervalsing (hetgeen in strijd zou zijn met het nationale en Europese mededingingsrecht).

#### 4.7.5.3 *Wetstechnische consequenties*

Verder zal de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming moeten worden afgestemd met meerdere bestaande en/of toekomstige wettelijke regelingen. Als voorbeeld noemen wij hier de Handelsregisterwet. In artikel 4 van die wet wordt melding gemaakt van de rechtspersonen die in het handelsregister kunnen worden ingeschreven. Zou ervoor worden geko-

<sup>83</sup> Zie bijvoorbeeld de plenaire behandeling wetsvoorstellen Belastingplan 2005 (Kamerstukken 29767) en Overige fiscale maatregelen 2005 (Kamerstukken 29758) in Eerste Kamer op 21 december 2004.

zen om de maatschappelijke onderneming juridisch vorm te geven als afzonderlijke rechtspersoon, dan behoeft die bepaling wijziging. Dit zal gelden voor veel meer bepalingen van veel meer wetten en regelingen.

#### 4.7.5.4 Gedragscode

In § 4.4.2.6 gaven wij aan dat de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming spelregels behoeft voor *good governance*. In zoverre verschilt de maatschappelijke onderneming dus niet van de commerciële onderneming. Betwijfeld kan worden of in deze behoefte moet worden voorzien door middel van wetgeving, dan wel dat moet worden gewerkt met een ondernemingscode, vergelijkbaar met de "Code Tabaksblat" die voor commerciële ondernemingen is ontwikkeld.<sup>84</sup>

Wij wijzen erop dat inmiddels verschillende rapporten zijn verschenen waarin per sector aanbevelingen worden gedaan wat betreft *good governance*.<sup>85</sup> Bovendien heeft het Netwerk Toekomst Maatschappelijke Onderneming een algemene "BrancheCode Maatschappelijke Onderneming" uitgegeven, een algemene Code voor de "[...] *maatschappelijke onderneming die in specifieke sectoren beredeneerd geamendeerd kan worden, dan wel nader worden toegespitst*".<sup>86</sup>

Het Netwerk Toekomst Maatschappelijke Onderneming wordt gevormd door een aantal brancheorganisaties dat actief is in de sectoren wonen, zorg en onderwijs.<sup>87</sup>

Overigens wordt de mogelijkheid van een gedragscode voor bestuur en toezicht in de semi-publieke sector - waartoe de maatschappelijke onderneming, naar wij veronderstellen, zal worden gerekend - op dit moment onderzocht door Minister voor Economische Zaken.<sup>88</sup>

84 Code Tabaksblat, in te zien op:

<<http://corpgov.nl/page/downloads/CODE%20DEF%20COMPLEET%20II.pdf>>

85 Zie onder andere: voor woningcorporaties: *Naar professioneel toezicht*, Commissie Glasz 1998; voor de zorgsector *Health Care Governance. Aanbevelingen voor goed bestuur, goed toezicht en adequate verantwoording in de Nederlandse gezondheidszorg* 1999.

86 Netwerk Toekomst Maatschappelijke Onderneming: *De waarde van de maatschappelijke onderneming geborgd*, 2003, p. 20.

87 Met name: Aedes (woningcorporaties), Arcare (verpleeg- en verzorginstehuizen), Bve-Raad (instellingen voor volwasseneneducatie beroepsonderwijs), HBO-raad (hogescholen) en LVT (thuiszorg) en NVZ (ziekenhuizen).

88 Zie:

<<http://www.onderzoeksdatabank.minez.nl/onderzoeken/onderzoekskaart.aspx?onderzoekid=2584>>. Aan het onderzoek wordt sinds 2003 gewerkt door de Universiteit van Tilburg

#### 4.7.5.5 *Maatschappelijk rendement*

Herhaaldelijk is in deze studie gewezen op het vraagstuk van het maatschappelijk rendement: de vraag of het de maatschappelijke onderneming moet zijn toegestaan om een zeker deel van het financiële surplus (de 'winst') uit te keren. Binnen de in deze studie gehanteerde omschrijving van de maatschappelijke onderneming bestaat daarvoor geen ruimte. Binnen het merendeel van de literatuur – waarvan onze omschrijving, als gezegd, een synthese vormt – wordt er ook van uitgegaan dat door de maatschappelijke onderneming geen overschot of 'winst' wordt uitgekeerd. Toch blijken in het buitenland regelingen voor de maatschappelijke onderneming tot stand gebracht waarbinnen 'winst' uitkering tot een wettelijk voorgeschreven maximum is toegestaan. Bovendien bestaan thans ook 'winst' uitkerende ondernemingen, die desondanks menen geen commerciële onderneming te zijn, omdat zij een maatschappelijk doel nastreven dat vervlochten is met het algemeen belang.

De commissie blijft afwijzend staan tegenover de idee van uitkering van het financiële surplus of het overschot door een maatschappelijke onderneming. Wel zou er de mogelijkheid moeten zijn om aan de deelnemers een vergoeding uit te keren. De vergoeding is dan de rente op het deelnemerskapitaal, vergelijkbaar met een obligatielening. Wordt dit kapitaal door de maatschappelijke onderneming aangetrokken als achtergestelde lening dan behoort dit tot het eigen vermogen. In het geval van een gewone lening behoort het kapitaal tot het vreemd vermogen van de onderneming.

Acceptatie van een dergelijk maatschappelijk "rendement" zou een positief effect kunnen hebben op de betrokkenheid van mensen of instellingen bij een maatschappelijke onderneming.

Wanneer de deelnemers op het gestorte kapitaal van het eigen vermogen van de onderneming een "rendement" zouden ontvangen, dan heeft deze keuze vergaande consequenties. Zo zou zij impliceren dat de maatschappelijke onderneming naar huidig recht kan worden vormgegeven als vennootschap. Daarmee zou er (mogelijk) ook aanleiding zijn om tot een andere beoordeling te komen, dan hierna onder § 4.7.6 weergegeven. Bovendien zou die keuze gevolgen hebben voor de betrokkenheid van belanghebbenden bij de maatschappelijke onderneming (in de vorm van aandeelhouders), et cetera.

Genoemde consequenties zouden zich overigens ook voordoen wanneer de uitkering van een maatschappelijk rendement niet wordt aanvaard, maar in plaats daarvan boek 2 BW wordt gewijzigd in die zin dat het vennootschappen wordt toegestaan winstuikering op voorhand en volledig uit te sluiten.

Zo'n uitsluiting van winstuitkering zou indruisen tegen het wezenskenmerk van de vennootschap, zie § 4.1. Uitgangspunt is immers dat de BV en NV kapitaalvennootschappen zijn: de aandeelhouders verschaffen kapitaal en wensen in ruil daarvoor een vergoeding. De huidige juridische vormgeving van de BV en NV - het samenstel van regels voor het bijeenbrengen en bijhouden van kapitaal, waaronder de regels omtrent de rechten en plichten van de aandeelhouders - is op dit uitgangspunt gebaseerd. Een zodanige wijziging van boek 2 BW zou zodoende een grootscheepse wijziging van de juridische vormgeving van de BV en NV - en van de perceptie van vennootschappen in het algemeen - vergen.

#### 4.7.5.6 *Belanghebbenden*

Tot slot wijzen wij erop dat wij in § 4.4.2.10 hebben aangegeven, dat de betrokkenheid van belanghebbenden binnen de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming moet zijn verzekerd, maar dat wij niet precies hebben aangegeven wie moeten worden aangemerkt als belanghebbenden bij een maatschappelijke onderneming. Binnen de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming zal de wetgever bepalen voor welke (groepen van) personen welke mate van betrokkenheid wordt geregeld. Denkbaar is in dat verband dat de wetgever de maatschappelijke onderneming ook vrijheid toekent om zelf invulling te geven aan de vereiste betrokkenheid van belanghebbenden. In hoofdstuk 5 zullen wij wel een onderscheid maken tussen deelnemers en belanghebbenden. Bij de eersten gaat het om de categorie betrokkenen die het zogenaamde toezicht op het toezicht voor hun rekening zullen nemen.

Wat ook van de verdere invulling zij, voor de betrokkenheid van belanghebbenden (en deelnemers) zal eerst en vooral bepalend zijn wat voor soort juridische vormgeving voor de maatschappelijke onderneming wordt gekozen en, in het verlengde daarvan, in hoeverre ook vennootschappen - die aandeelhouders kennen - een maatschappelijke onderneming kunnen drijven, zie hiervoor.

#### 4.7.6 **Conclusie**

Van de hiervoor beschreven drie soorten regelingen voor de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming menen wij, dat de in § 4.7.4 beschreven modaliteitregeling de meest wenselijke is. Zij biedt meer herkenbaarheid voor de maatschappelijke onderneming dan de beschreven predikaatregeling, terwijl zij in juridische en praktische zin minder ingrijpend is dan een regeling voor een afzonderlijke rechtspersoonsvorm.

Volledigheidshalve wijzen wij nogmaals erop dat de scheidslijnen tussen de verschillende soorten regelingen dun zijn. Een modaliteitregeling leidt immers de facto tot toekenning van het predikaat maatschappelijke onderneming aan rechtspersonen die aan de gestelde vereisten voldoen, terwijl een modaliteitregeling niet minder uitgebreid behóeft te zijn dan een regeling die uitgaat van een afzonderlijke rechtspersoonsvorm.

Wij pleiten er dan ook voor de maatschappelijke onderneming wettelijk te verankeren als modaliteit van tenminste de stichting en vereniging. Om de maatschappelijke onderneming als zodanig herkenbaar te maken ten opzichte van de reguliere stichting of vereniging, moet het de maatschappelijke onderneming dan worden toegestaan om zich maatschappelijke onderneming te noemen. Voor andere organisaties moet dit worden verboden.

De wetgever zou ervoor kunnen kiezen om de maatschappelijke onderneming tevens te regelen als modaliteit van vennootschappen. Alsdan moet hetzij worden aanvaard dat de maatschappelijke onderneming een maatschappelijk rendement op het gestorte kapitaal van het eigen vermogen uitkeert, hetzij worden geregeld dat een vennootschap op voorhand en volledig winstuitkering kan uitsluiten. Dit laatste lijkt ons onwenselijk. Acceptatie en regulering van het uitdelen van (gemaximeerd deel van) het maatschappelijk rendement heeft echter voordelen. Wordt een zodanig ruime modaliteitregeling getroffen, dan moet wel de herkenbaarheid van de maatschappelijke onderneming gewaarborgd blijven: ongeacht de achterliggende rechtspersoonsvorm zal iedere maatschappelijke onderneming aan dezelfde vereisten moeten voldoen.



## 5 Slot: politieke uitgangspunten, afwegingen en enige implicaties

## De hoofdvragen in vogelvucht

In dit rapport is een rechtspersonenrechtelijke verkenning gedaan naar de betekenis en structuur van de maatschappelijke onderneming. We willen de hoofdvragen in dit slothoofdstuk nog eenmaal de revue laten passeren om vervolgens kort stil te staan bij de actuele (en aan veel dynamiek onderhevige) relatie van maatschappelijke ondernemingen tot de overheid in haar normerende rol en tot commerciële instellingen als concurrenten in maatschappelijke domeinen die lange tijd geen commerciële instellingen kenden. Tot slot zal kort worden stil gestaan bij de verhouding tot het Europese recht.

*Een belangrijke conclusie was dat de maatschappelijke onderneming een plaats verdient in het BW, bij voorkeur in de vorm van een modaliteit, waarvoor stichtingen, verenigingen en wellicht ook vennootschappen kunnen kiezen. De flexibiliteit die de huidige juridische vormgeving van de vereniging en de stichting kenmerkt, is – zo luidde de conclusie – zo groot dat zij een belemmering vormt voor de maatschappelijke onderneming om op goede wijze deel te nemen aan het rechtsverkeer. De juridische vormgeving van de vereniging en stichting kent namelijk noch dwingendrechtelijke regels, noch regels van regelend recht wat betreft de bestemming van het overschot of surplus, de verankering van het maatschappelijke doel, de verhouding tot de overheid, de spelregels voor *good governance*, het functioneren van bestuur en toezicht, betrokkenheid van deelnemers cq. belanghebbenden, de verslaglegging, de aansprakelijkheid en het enquêterecht. In deze studie zijn voorstellen gedaan om in die leemten te voorzien.*

Die voorstellen sluiten aan bij de vragen die wij ons aan het begin van de studie hebben gesteld. Bij die vragen ging het met name om:

- a) de vormgeving van het toezicht op de mate waarin maatschappelijke ondernemingen hun *sociale* ambitie serieus nemen. Er is immers een structuur nodig die waarborgt dat de maatschappelijke doelstelling daadwerkelijk gediend worden, met name ook rond de bestemming van het overschot en van vermogensbestanddelen;
- b) het recruterende van mensen die zich betrokken weten bij de doelstellingen van de maatschappelijke onderneming (het equivalent van de aandeelhouders bij de kapitaalvennoot);
- c) de doelmatigheid van het opereren. De tucht van de aandeelhouders en vaak ook van een markt ontbreekt;
- d) de toegang tot de kapitaalmarkt. Zeker als de maatschappelijke onderneming in een veld moet werken waar sprake is van competitie met com-

merciële instellingen kan het een nadeel zijn dat er geen relatie is met de kapitaalmarkt;

- e) het risico van verstarring. Als de maatschappelijke onderneming vrij zeker is van haar inkomsten loopt zij het risico van verstarring en van defensieve strategieën. Innovatie komt moeilijk van de grond. Dat risico wordt nog eens versterkt als er sprake is van tegengestelde belangen in de boezem van de organisaties.

Voor wat betreft het toezicht (a) is hierboven bepleit de taken en de positie van bestuur en raad van toezicht in de wet te preciseren en vast te leggen dat er toezicht op het toezicht komt. Wij denken daarbij aan een ‘vergadering van deel-nemers’ die toeziet op het behartigen van de statutaire doelstelling van de instelling en die de organisatie overigens van advies kan voorzien. Bijvoorbeeld bij het verbinden van de doelstellingen van de organisatie met meer algemene maatschappelijke ontwikkelingen. Daarbij valt onder meer te denken aan de lange termijnvisie van de instelling, marktpositie en fusie, samenwerking met andere instellingen en reorganisaties.

Omdat de maatschappelijke onderneming een maatschappelijk doel nastreeft dat vervlochten is met het algemeen belang, is doorgaans een brede kring van belanghebbenden betrokken bij die onderneming. Op dit punt is hierboven een onderscheid gemaakt tussen enerzijds een toezichthoudend orgaan (dat fungeert naast de raad van toezicht). Bij deze geleiding willen wij spreken over *deelnemers*. Het gaat het daarbij om mensen of instellingen die de uit hoofde van de sociale doelstelling van de maatschappelijke onderneming betrokken zijn. Naar analogie van de vergadering van aandeelhouders ware te spreken van een vergadering van deelnemers. Anderzijds zijn er de *belanghebbenden*. Bij deze tweede categorie gaat het om degenen die een direct belang kennen bij het opereren van de maatschappelijke onderneming.

De ‘vergadering van *deelnemers*’ heeft de functie van bewaker van continuïteit van de onderneming. Zij stelt de jaarrekening vast, benoemt de leden van de raad van toezicht, heeft een enquête-recht en keurt de statuten goed. Voorts kan zij gevraagd en ongevraagd advies geven en betrokken worden bij de strategie van de onderneming. Het zal bij deze vergadering in de regel gaan om de oprichters van de onderneming (startkapitaal), particuliere geldverschaffers (eigen vermogen), begunstigers of charitatieve instellingen (donaties) en maatschappelijk en/of ideëel betrokkenen (rechts)personen. Afhankelijk van de sector waarin de maatschappelijke onderneming opereert zal de vergadering een eigen invulling krijgen. Van Leeuwen spreekt in dat verband over een hernieuwde vorm van een algemene ledenraad. In dat

verband vraagt hij tevens expliciet aandacht voor andere maatschappelijke instellingen die belang hebben bij een goed functionerende maatschappelijke onderneming.<sup>89</sup> In het verlengde van Post, Preston en Sachs breekt hij een lans voor ‘een knooppunt in een netwerk van onderling met elkaar verbonden stakeholders die allemaal samen het waardescheppende vermogen van de onderneming creëren, onderhouden en versterken’. In de sfeer van de woningbouwcorporaties zouden dat bijvoorbeeld welzijninstellingen, organisaties voor thuiszorg etc. kunnen zijn.<sup>90</sup> Of ook de wetgever tot een dergelijk netwerk moet verplichten (via sectorwetgeving) laten wij in het midden. Een en ander zal per sector kunnen verschillen en bovendien bij voorkeur door het particuliere initiatief zelf moeten worden ingevuld. Hier is van belang dat er een transparante basisregeling in het BW komt en dat de nadere structurering van het toezicht en de externe verantwoording bijdragen aan de legitimiteit en het draagvlak van de maatschappelijke onderneming.

Direct *belanghebbenden* zijn bijvoorbeeld de werknemers, afnemers en subsidiërende overheden: personen en instanties die elk vanuit een eigen optiek gerechtvaardigde eisen stellen aan het handelen van een maatschappelijke onderneming. Hun gerechtvaardigde belangen worden gediend via hun eigen kanalen: de ondernemingsraad, geschillenbeslechtingcommissies, ombudsfuncties, cliëntenraden, samenwerkingsvormen tussen maatschappelijke ondernemingen, publiekrechtelijke randvoorwaarden en het overheidstoezicht op de naleving daarvan etc. In sectorwetgeving of via de statuten kan bepaald worden dat deze direct belanghebbenden (in casu de diensten afnemende doelgroepen, bijvoorbeeld de ouders rond een school en de werknemers) een speciale positie krijgen in relatie tot de raad van toezicht, of de vergadering van deelnemers (adviesfunctie, recht van voordracht, een zetel in het orgaan etc.). Zo is een stapeling van controle te voorkomen. De overheid hoort niet bij de categorie belanghebbenden waarom het hier gaat, omdat zij een eigen publiekrechtelijke positie met daarbij passende bevoegdheden heeft.

De genoemde betrokkenheid is voor de maatschappelijke onderneming van groot belang; zij vormt de “maatschappelijke legitimering” voor de onderneming.

Voor wat betreft (b) het rekruteren van mensen die zich betrokken weten bij

89 W.D. van Leeuwen, ‘Publieke verantwoording door maatschappelijke ondernemingen’, *Tijdschrift Bestuurskunde* (Utrecht 2005) (nog te publiceren).

90 Vgl. Van Leeuwen (2005): ‘De *governance codes* die in de wereld van onderwijs, zorg, wonen en welzijn van kracht zijn, zouden nog eens beoordeeld moeten worden op de positie die stakeholders in het beleidsproces van de organisatie hebben en op de wijze waarop daarover verantwoording wordt afgelegd’.

de maatschappelijke onderneming en haar doelstellingen geldt dat hier een *zorgplicht* van de onderneming komt te liggen. We realiseren ons dat vooral het rekruteren van ideëel betrokkenen (deelnemers) een lastige aangelegenheid is nu tijd een schaars goed is. Toch zijn de structurele voorwaarden voor betrokkenheid wel voor verbetering vatbaar. Naarmate maatschappelijke organisaties meer speelruimte krijgen, neemt hun maatschappelijk belang toe. Dat kan een basis zijn om meer mensen voor het werk te interesseren. Ook kan het aantrekkelijker gemaakt worden voor mensen om in financiële zin in deze ondernemingen te investeren, via donaties en soms via kapitaalverstrekking.

Bezien zou moeten worden of personen die investeren in deze ondernemingen naar analogie van de fiscale regeling die bestaat voor beleggingen in sociaal-ethische fondsen in aanmerking kunnen komen voor de vrijstelling voor hun 'maatschappelijke beleggingen' in box 3 (met een maximum van € 51 390 (bedrag 2004)).<sup>91</sup> Daarnaast zou de belegger ook in aanmerking kunnen komen voor de heffingskorting die geldt voor het beleggen in sociaal-ethische fondsen (vermindering van te betalen inkomstenbelasting van 1,3% over het gemiddelde bedrag van de op 1 januari en op 31 december van het betreffende kalenderjaar vrijgestelde maatschappelijke beleggingen). Donaties moeten uiteraard fiscaal behandeld worden als giften. De financiële wederkerigheid die met de beleggingen kan ontstaan versterkt de sociale inbedding van de maatschappelijke onderneming, geeft openingen voor ideële betrokkenheid en draagt daarmee bij aan het sociale kapitaal van de samenleving. Ook vraag-financiering kan een stevige bijdrage leveren aan meer betrokkenheid bij een organisatie.

Voor wat betreft (c) de doelmatigheid van het opereren van maatschappelijke ondernemingen geldt dat die zal toenemen als deze instellingen moeten gaan concurreren met commerciële tegenvoeters. Of dat gebeurt, hangt niet zozeer samen met de aard van de maatschappelijke onderneming als wel - breder - met de ordening van een maatschappelijk veld. Als in de zorg ook commerciële zorginstellingen worden toegelaten, verscherpt dat de competitie en daarmee de doelmatigheid. Hetzelfde geldt voor het al dan niet introduceren van een open bestel in het onderwijs etc.

Voor wat betreft de relatie met de kapitaalmarkt (d) geldt dat de overheid ervoor kan kiezen om het maatschappelijke ondernemingen toe te staan om tot een bepaald maximum het financiële surplus (de 'winst') uit te delen aan kapitaalverschaffers. Dat vergroot de slagkracht van deze ondernemingen, zonder dat het deze ondergeschikt maakt aan een winstmotief. Ook kan gewerkt worden met (achtergestelde) leningen, waarbij de verstrekker van de

91 Dit maximum geldt voor het gezamenlijke bedrag van sociaal-ethische en groene beleggingen.

lening een vastgestelde vergoeding krijgt voor zijn of haar inleg. Dan is er sprake van een vergoeding aan de kapitaalverschaffer. De opstellers willen een ontwikkeling in de eerste richting niet op voorhand uitsluiten.

Voor wat betreft (e) de verstarrende effecten van zekere inkomsten (vanwege overheidssubsidies of regelgeving) geldt, evenals hierboven, dat dit mede beïnvloed wordt door de ordening van het veld waarop de maatschappelijke onderneming opereert. Naarmate een bestel meer open is voor nieuwe toetreders zal er meer ruimte zijn voor competitie, ook op het punt van doelmatigheid en innovatie. Overigens zullen een beter toezicht, het verhelderen van verantwoordelijkheden en het introduceren van een raad van deelnemers bijdragen aan meer dynamiek. Van marktwerking moet zeker niet alles verwacht worden.

### Externe verantwoording en de rol van de overheid

Investeren in het primaat van de samenleving houdt voor de christen-democratie in dat de overheid de ruimte respecteert van maatschappelijk instellingen om zelfstandig en ondernemend invulling te geven aan hun ambities op terreinen als de zorg, het onderwijs, de volkshuisvesting etc. Het gaat daarbij om sociale functies die naar hun aard het beste vervuld kunnen worden door deze maatschappelijke organisaties. Vrijheidrechten, de verwerking van sociale grondrechten en maatschappelijke vitaliteit komen hier samen. De maatschappelijke onderneming is daarom geen overheidsdienst en zij dient als zodanig ook niet door de overheid behandeld te worden.

De overheid moet er vanuit haar eigen verantwoordelijkheid wel op toezien dat de aangeboden diensten of producten toegankelijk zijn en aan kwaliteitsmaatstaven voldoen. *Hoe zij dat doet, is daarbij echter weer van eminent belang. Zij dient bij het waarborgen van de financiële toegankelijkheid, bij de bereikbaarheid en bij de bewaking van de deugdelijkheid van diensten daarom die instrumenten te kiezen die het meest bijdragen aan het zelforganiserende vermogen van mensen, aan hun vermogen elkaar te inspireren en te corrigeren etc.* Het is om die reden dat de christen-democratie al eind jaren tachtig van de vorige eeuw een instrumententypologie heeft ontwikkeld op de domeinen van planning, financiering en normering. Die instrumententypologie is nog steeds buitengewoon relevant. Zij heeft nadien haar uitwerking gekregen in pleidooien voor vraagsturing en een daarop toegesneden inkomenspolitiek (gerichte belastingverlichting om zo de koopkrachtige vraag van mensen te garanderen). De beslissingen rond *financiering* en *planning* van diensten komt

zo meer in handen van mensen zelf te liggen. De betrokkenheid bij de maatschappelijke onderneming kan daarvan een impuls krijgen.

*Bij de normering (met het oog op de kwaliteit van diensten) gaf Publieke gerechtigheid (1990) de voorkeur aan de structurering van betrekkingen boven overheidsregulering.<sup>92</sup> Ordeningsmodaliteiten die betrokkenen zelf in staat stellen om toezicht te houden op maatschappelijke instellingen verdienen de voorkeur boven directe overheidstoezicht. Voor het dichterbij brengen van een verantwoordelijke samenleving en het borgen van elementaire belangen van mensen die afhankelijk zijn van zorginstellingen, scholen, woningbouwcorporaties is een goede structurering van betrekkingen dus van wezenlijk belang. Het is ook om die reden dat wij hierboven pleitten voor het optimaliseren en opnemen van de rechtsfiguur van de maatschappelijke onderneming in het NBW.*

Deze rechtsfiguur creëert immers de juridische randvoorwaarden voor controle en normering vanuit de samenleving zelf en kan uit dien hoofde bijdragen aan vermindering van overheidsregels, administratieve lasten en dito interventies.

Extern overheidstoezicht wordt zoveel mogelijk vervangen door interne controle (toezicht), en door een transparante maatschappelijke verantwoording (*horizontale relaties en countervailing powers*). Die strategie spoort met en is een belangrijke aanvulling op het concept van vraagsturing (planning en financiering) en draagt bovendien bij aan meer ondernemende maatschappelijke instellingen.

In die zin voldoet de maatschappelijke onderneming (zoals hierboven gestructureerd) ook aan een groeiende maatschappelijke behoefte. Er is - zoals eerder aangegeven - behoefte aan speelruimte om ondernemend en innovatief op te treden. Anderzijds is er behoefte aan verantwoording, controle en maatschappelijke inbedding.

Die behoefte wordt uiteraard versterkt door - en hangt samen met - ingrijpende herschikkingen die plaats vinden in bijvoorbeeld de zorg en het onderwijs. De zorgvernieuwing vraagt om een herpositionering van verzekeraars en zorgaanbieders. Het concept van leerrechten in het onderwijs dwingt eveneens tot het opnieuw doordenken van de rol van onderwijsinstellingen. In de sfeer van de volkshuisvesting tekent zich jaren na het beëindigen van de subsidierelatie nog steeds een discussie wat nog de aard van de relatie tussen corporaties en de overheid is.

92 Wetenschappelijk Instituut voor het CDA (1990), hoofdstuk 7.

## De relatie tot commerciële instellingen

Een belangrijk aandachtspunt dat zich rond vraagfinanciering, de maatschappelijke onderneming en gereguleerde marktwerking in bijvoorbeeld de zorg en het onderwijs aftekent, is de ordeningspolitieke vraag naar de relatie met de commerciële ondernemingen. In de sector van de woningbouw acteren vanouds commerciële verhuurders naast de non-profitinstellingen. Bij de omroepen is er sinds enige decennia sprake van een duaal bestel. In de zorg en in het onderwijs is dat -afhankelijk van de aard van de zorg en het compartiment waarover we spreken cq van het type onderwijs- in veel mindere mate het geval.

Met name rond de gezondheidszorg is er meer openheid ontstaan voor de gedachte dat ook op winst gerichte instellingen een plek kunnen hebben. Die ontwikkeling is ook in christen-democratische kring te zien. Balkenende en Dolsma hielden in 2001 een pleidooi voor de introductie van de maatschappelijke onderneming, maar zonder daarbij het zorgdomein te reserveren voor non-profitinstellingen. Juist het feit dat maatschappelijke ondernemingen geen winst uitdelen, dat zij gericht zijn op een sociaal doel en dat zij een plek in hun organisatie geven aan deelnemers en belanghebbenden stelt hen in staat –ook in termen van reputatie- de competitie met commerciële instellingen aan te gaan op het domein van de zorg. Uiteraard veronderstelt dat volgens hen wel een goede regeling van de zorgsector: er zal een *level playing field* moeten zijn ook wat betreft de sociale plichten van actoren die in de zorg optreden (reden voor een acceptatieplicht, een wettelijk basispakket en voor doorsneepremie op de verzekeringsmarkt en bijvoorbeeld kwaliteitswetgeving op de zorgmarkt)<sup>93</sup>. Ook de SER (2000)<sup>94</sup> en de Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling (2004)<sup>95</sup> beschouwen het winst-oogmerk niet per se als een taboe bij de uitvoering van de basisverzekering voor de gezondheidszorg. Het kabinet heeft zich daarbij aangesloten. Ook in omringende landen valt deze kentering waar te nemen, bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk.<sup>96</sup>

In het onderwijs tekent zich rond de leerrechten een zelfde soort discussie af. Moeten instellingen voor hoger onderwijs gaan functioneren in een open bestel, waarin elke instelling die aan eisen van deugdelijkheid voldoet, geac-

93 Vgl G.J. Hamilton, 'Europa en de non-profitsector', in: Sociaal Cultureel Planbureau, *Noch markt, noch staat*, Den Haag 2001, p. 47.

94 Sociaal Economische Raad, *Naar een gezond stelsel van ziektekostenverzekeringen*, Den Haag 2000.

95 Raad voor maatschappelijke ontwikkeling (2004).

96 Zie bijv. J. Carvel, 'Private treatment centers to expand', *The Guardian*, 8th of January 2005, [http://www.guardian.co.uk/uk\\_news/story/0,,1385661,00.html](http://www.guardian.co.uk/uk_news/story/0,,1385661,00.html).



crediteerd kan worden of blijft het aanbod voorbehouden aan de erkende instellingen? In zijn rapport over leerrechten heeft het WI openingen willen bieden voor een open bestel.<sup>97</sup> Ook het kabinet-Balkenende II wil die keuze verkennen.<sup>98</sup>

Het voordeel van het ook toelaten van commerciële instellingen wordt in de regel gezocht in:

- het feit dat afnemers meer mogelijkheden krijgen om zelfstandig een keuze te maken bij wie men elementaire dienst afneemt;
- het feit dat competitie zorgt voor meer doelmatigheid en innovatie bij alle ondernemingen (of die nu wel of niet op winstuitdeling zijn gericht);
- het vergroten van het aanbod van diensten.<sup>99</sup>

Daar staat tegenover dat:

- het winstmotief kan strijden met de *kwaliteit* van de dienstverlening (een en ander is weer sterk afhankelijk van de inzichtelijkheid van het aanbod);
- commerciële ondernemingen zich exclusief richten op de uit een oogpunt van winst interessante *deelmarkten* en bijvoorbeeld geen complexe zorg of dure studies (waar nauwelijks vraag naar is) zullen aanbieden of op interessante doelgroepen (de slimme leerlingen) en bijvoorbeeld de vormingsaspecten in het onderwijs minder waarderen. Als maatschappelijke ondernemingen dat wel doen, zal dat hen op achterstand plaatsen;
- het winstmotief de betrekkingen tussen student en onderwijsinstelling, tussen patiënt en zorgverlener etc. zodanig kan gaan inkleuren dat typische *kenmerken van deze relatie* (toewijding, vorming etc.) zullen verdwijnen.

Een en ander impliceert dat op deze maatschappelijke domeinen in elk geval pas sprake kan zijn van profit- en non-profitinstellingen als aan belangrijke randvoorwaarden is voldaan. Wij noemen er enkele:

- maatschappelijke ondernemingen moeten in staat worden gesteld hun niet op winstuitdeling gerichte karakter ten volle te benutten. Reden waarom het zo zinvol is om hen een aparte positie in het NBW te geven. Het 'etiket' van de maatschappelijke onderneming krijgt op die manier

97 Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, *De ontbrekende schakel. Leerrechten als verbinding tussen onderwijs en arbeidsmarkt*, Den Haag 2004.

98 TK 2003-2004, 29891, nr. 1. Zie ook Ministerie van OC&W, *Meer flexibiliteit, meer keuzevrijheid, meer kwaliteit. Financiering in het hoger onderwijs*, Den Haag 2004.

99 VWS-minister De Geus stelde bijvoorbeeld in maart 2003 dat zelfstandige behandelcentra een rol spelen in het wegwerken van wachtlijsten, Raad voor maatschappelijke ontwikkeling (2004) p. 52.

maatschappelijke betekenis en impact in de (eventuele) competitie met commerciële instellingen. Met de aanbevelingen uit deze studie willen wij hen daarbij als het ware juridische een steuntje in de rug geven, namelijk door de kenbaarheid van de maatschappelijke onderneming te vergroten en het eigen (niet op winstuitdeling gerichte) karakter vast te leggen en inzichtelijk te maken;

- de eisen die gesteld worden rond de kwaliteit van de elementaire diensten moeten niet alleen voor alle partijen gelijk zijn, maar bovendien verhinderen dat de bovengenoemde deelmarkten ontstaan. Ook de ordening van het veld moet daarop zijn toegesneden (geen risicoselectie in de zorg, een bekostiging die kruissubsidie onnodig maakt etc.). Dat is uit een oogpunt van marktordering van belang. Wezenlijker is uiteraard dat de afnemers recht hebben op kwalitatief toereikende diensten;
- maatschappelijke ondernemingen moeten, voor zover er competitie is, kunnen werken met reële prijzen. Als de kosten die gemaakt worden voor, uit een commercieel oogpunt, onaantrekkelijke voorzieningen (bijv. niet breed aansprekende studierichtingen, maar richtingen die wel een maatschappelijke functie hebben, inclusief de kosten voor overhead) niet worden vergoed, plaatst hen dat op grote achterstand. Als zij de voorzieningen met kruissubsidies moeten betalen, dan komen zij op achterstand te staan ten opzichte van die commerciële instellingen die deze diensten niet aanbieden.

### De verhouding tot het Europese recht

De inbedding van het maatschappelijk initiatief dient aan EG-rechtelijke randvoorwaarden van het vrije verkeer, mededinging en staatssteun te voldoen. In eerdere studies van het WI werd al geconcludeerd dat de basisregels uit het EG-Verdrag steeds belangrijker worden nu op veel beleidsterreinen waar maatschappelijke organisaties een rol spelen meer vrijheidsgraden worden geïntroduceerd.<sup>100</sup> Het Europese Hof zal dan sneller uitgaan van economische activiteiten, de aanwezigheid van een onderneming of van concurrentiebeperking. Voor landen waarin het maatschappelijke middenveld een stevige rol speelt, roept dat extra vragen op.

Europa onderkent ondertussen wel de betekenis van particuliere instellingen die het algemeen belang dienen. In toenemende mate zoeken de Europese Commissie en het Hof naar een evenwicht tussen economische basisregels van de in het EG-Verdrag nagestreefde marktwerking en het respecteren van de positie van maatschappelijke ondernemingen anderzijds.

<sup>100</sup> Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, *Zorg tussen lidstaat en interne markt*, Den Haag 2003.

In de studie over *Zorg tussen lidstaat en interne markt* van het WI (2003) is daarop uitvoerig ingegaan.

Van de Gronden onderscheidt een aantal manieren waarop het evenwicht gaandeweg wordt gerealiseerd. Soms trekt het Hof de conclusie dat een bepaalde activiteit niet economisch van aard is (bijvoorbeeld het onderwijs), ook al staat er een vergoeding tegenover de prestatie. Voorts zijn zogenaamde excepties ontwikkeld. Commissie en/of Hof trekken dan de conclusie dat er zwaarwegende niet-economische belangen in het geding zijn en/of dat lidstaten in grote mate zelf de bevoegdheid hebben om een stelsel in te richten (bijvoorbeeld de gezondheidszorg). Zo stond het Hof het de Italiaanse wetgever toe om alleen organisaties zonder winstoogmerk in staat te stellen bejaardenoorden te exploiteren. Het Europese recht is op dit snijvlak van overheid en maatschappelijke organisaties die het ‘algemeen belang’ dienen nog volop in ontwikkeling, juist ook omdat de relatie tussen overheid, markt en maatschappelijk middenveld op terreinen als de zorg en het onderwijs in nagenoeg alle landen van de EU volop in ontwikkeling is.<sup>101</sup>

Voor zover op een maatschappelijk domein zowel commerciële als maatschappelijke ondernemingen actief zijn, waakt Europa uiteraard over het zogenaamde *level playing field* (geen ongeoorloofde kruissubsidies, staatssteun etc.).

## Slot

De christen-democratie geeft van oudsher voorrang aan de samenleving. Mensen zijn bereid om hun idealen en gerechtvaardigde belangen gezamenlijk een maatschappelijke spits te geven en zich met dat doel te organiseren. Een samenleving die dat niet honoreert en blijft steken in markt en staat verschaalt op den duur. De overheid dient te investeren in het zelforganiserend vermogen van de samenleving, ook om de eenvormigheid van overheidsdiensten of van de sterkste marktpartij te voorkomen. Taak van de overheid is het de juridische, financiële etc. randvoorwaarden te scheppen voor maatschappelijke verbanden.

Maatschappelijke verbanden zijn voor de samenleving immers van groot belang. Zij kennen een sociale doelstelling. Zij dragen daarmee bij aan het vertrouwen van mensen en van afnemers. Zij zijn het ankerpunt voor veel belangeloos vrijwilligerswerk en daarmee voor altruïsme en wederkerigheid: zaken die in een moderne samenleving te vaak worden gemist. Juist omdat

<sup>101</sup> J.W. van de Gronden, ‘EG-recht en het maatschappelijk middenveld’, *Sociaal Economische Wetgeving (SEW)*, 2001, 9, p. 302-313.

deze instellingen belangrijke sociale doelen behartigen, is anderzijds professionaliteit noodzakelijk. Het komt erop aan die twee bewegingen zoveel mogelijk met elkaar te laten sporen. Vermeden moet worden dat maatschappelijke organisaties losraken van sociale ambities en idealisme. Skocpol spreekt van de beweging *from membership to management*, en zij betreurt die ontwikkeling.<sup>102</sup> *Die ontwikkeling is alleen goed in te bedden als ook de professionele bestuurders worden aangesproken op het realiseren van de sociale doelstellingen waarvoor de instellingen staan en waarvoor zij in het leven zijn geroepen.* Dan kunnen professionalisering en versteviging van het toezicht niet alleen hand in hand gaan met sociale ambities, maar deze zelfs versterken. De herijking van het rechtspersonenrecht die in dit rapport bepleit is, probeert daaraan een bijdrage te leveren.

102 Skocpol (2003), p. 9 ev.

## LITERATUURLIJST

Algemene Rekenkamer, *Verbreding van de publieke verantwoording - Ontwikkelingen in maatschappelijke verslaglegging, kwaliteitszorg en governance*, Den Haag 2003.

Ankoné, J.C.M., *Corporate Governance: de maatschappelijke kwaliteitshord – Welk Toezicht, Raad van Toezicht?*, 16 juni 2003, Zorg aan Zet Zorgverzekeraars: <<http://www.zorgaan-zet.nl/opinie/index.php?id=98&them=2>>

Balkenende, J.P., 'De maatschappelijke onderneming', in Balkenende, J.P., Kaptein, M., Kimman, E., Toren, J.P. van der (red.) *Onderneming & Maatschappij, op zoek naar vertrouwen*, 2003.

Balkenende, J.P. en Dolsma, G., 'De maatschappelijke onderneming in de gezondheidszorg', *Christen Democratische Verkenningen*, nr's. 7,8,9, Themanummer 2000.

Bovenberg, A.L. en Gradus, R.H.J.M., 'De economie van moeder Theresa', *Economisch Statistische Berichten*, 86 (4315).

Carvel, J., Private treatment centers to expand, *The Guardian*, 8<sup>th</sup> of January 2005, [http://www.guardian.co.uk/uk\\_news/story/0,,1385661,00.html](http://www.guardian.co.uk/uk_news/story/0,,1385661,00.html).

CDA Tweede Kamerfractie, *De moeite waard*, Den Haag 1998.

CDA, *Gericht en rechtvaardig: een christen-democratische oplossing voor de armoedeval*, Den Haag 2000.

Code Tabaksblat, <<http://corpgov.nl/page/downloads/CODE%20DEF%20COMPLEET%20II>>

Coeckelbergh, D., *Ondernemen met de Vennootschap met Sociaal Oogmerk*, Gent, 2001.

Commissie Intern Toezicht Woningcorporaties (Commissie Glasz), *Naar professioneel toezicht*, 1998.

Dekker, P., 'Nederlandse non-profitsector gemeten en vergeleken: conclusies en perspectieven' in: Sociaal Cultureel Planbureau, *Noch markt, noch staat*, Den Haag 2001.

Dijk, G. van, e.a., *De woningbouwcorporatie als maatschappelijke onderneming*, Assen 2002.

Donzelot, J., *L'invention du social, Essai sur le declin des passions politique*, Parijs 1984.

Etzioni, A., *A third way to a good society*, London 2000.

Glaser, E.L. en Shleifter, A., *Non-For-Profit Entrepreneurs*, Cambridge 1998, Working Paper 6810, <http://www.nber.org/papers/w6810>.

Godfroj, A.J.A. en Jager, B. de, 'Besturen en toezicht houden in de volkshuisvesting', *Tijdschrift Bestuurskunde*, 1997.

Grinten, T.E.D. van der, 'Maatschappelijk middenveld in de gezondheidszorg', *Tijdschrift bestuurskunde, Themanummer Maatschappelijk middenveld*, januari 2001.

Gronden, J.W. van de, 'EG-recht en het maatschappelijk middenveld', *Sociaal Economische Wetgeving (SEW)* Tilburg 2001.

Hamilton, G.J., 'Europa en de non-profitsector', in: Sociaal Cultureel Planbureau, *Noch markt, noch staat*, Den Haag 2001.

De Hoop Scheffer, J.G. en Dankers, L.H.J.M., 'Maatschappelijk middenveld met nieuwe spelers', *Christen Democratische Verkenningen* 1999, nr. 6.

Huppe, P. en Meijs, L., *Non-profit in Nederland. Maakt het wat uit?*, in: Sociaal Cultureel Planbureau, *Noch markt, noch staat*, Den Haag 2001.

Kam, G. de, *Op grond van betekenis – over maatschappelijk ondernemen met grond en locaties*, (oratie Katholieke Universiteit Nijmegen), Nijmegen 2003.

Klink, A., *Christen-democratie en overheid. De christen-democratische politieke filosofie en enige staats- en bestuursrechtelijke implicaties*, (diss. Rijksuniversiteit Leiden), Delft 1991.

Leeuwen, W. D. van, 'Herstel van horizontale bindingen', *Christen Democratische Verkenningen*, Themanummer 2002, no 6/7/8.

Leeuwen, W.D. van, 'Publieke verantwoording door maatschappelijke ondernemingen', *Bestuurskunde*, Utrecht 2005.

Male, R.M. van, *Onvoltooid recht* (inaug. rede), Zwolle: 1993.

Ministerie van OC&W, *Meer flexibiliteit, meer keuzevrijheid, meer kwaliteit. Financiering in het hoger onderwijs*, Den Haag 2004.

Mouwen, C.A.M., *Strategie tussen overheid en markt*, Tilburg 2002.

Mouwen, C.A.M., *Strategische planning voor de moderne non-profit organisatie*, Tilburg 2004.

Netwerk Toekomst Maatschappelijke Onderneming, *De waarde van de maatschappelijke organisatie geborgd*, 2003.

Onderwijsraad, *Degelijk onderwijsbestuur*, Den Haag 2004.

Putnam, R.D., *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community* New York 2000.

Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, *Vershil in de verzorgingsstaat. Over schaarste in de publieke sector*, Den Haag 2004.

Ru, H.J.J. de, Burggraaf, J.L. en Spaans, L.A.J., *De maatschappelijke onderneming*, Allen & Overy Special Editions, Den Haag 2005.

Schreuder, C.A., *Publiekrechtelijke taken, privaatrechtelijke rechtspersonen*, (diss. Rijksuniversiteit Groningen), Deventer 1994.

Sijmons, J.G., *Verantwoord ondernemen: SER-advies en kabinetsstandpunt*, in: *NJB* 2001, nr. 24.

Simon, H.J., *Publiekrecht of privaatrecht?, Een geschiktheidsonderzoek aan de hand van het nutsmaximalisatiebeginsel toegespitst op het gebruik van het privaatrecht door het bestuur* (diss. Vrije Universiteit Amsterdam), Zwolle 1993.

Skocpol, Th., *Diminished Democracy. From Membership to Management in American Civil Life*, Oklahoma 2003.

Slagter, W.J., *Corporate Governance bij stichting en vereniging*, Stichting & Vereniging, 1999.

Sociaal Cultureel Planbureau, *Noch markt, noch staat*, Den Haag 2001.

Sociaal Cultureel Planbureau, *Particulier initiatief en publiek belang*, Den Haag 2002.

Sociaal Economische Raad, *Naar een gezond stelsel van ziektekostenverzekeringen*, Den Haag 2000.

Waal, S.P.M. de, 'Maatschappelijk ondernemerschap in organisatiekundig perspectief', in: Jong, P. de, Made, J.H. van der, Mierlo J.G.A. van (red.), *Gezondheidszorg in de jaren negentig – op weg naar maatschappelijk ondernemerschap?*, Amsterdam 1993.

Waal, S.P.M. de., Schuyt, Th.N.M. en Verveen, P.A., 'De filosofie van het maatschappelijk ondernemerschap', in: Waal, S.P.M. de, Schuyt, Th.N.M. en Verveen P.A., *Handboek Maatschappelijk ondernemerschap*, Houten/Zaventem 1994.

Waal, S.P.M. de, Schuyt, Th.N.M. en Verveen, P.A., 'Maatschappelijk ondernemerschap in de Nederlandse samenleving', in: *Handboek maatschappelijk ondernemerschap*, Houten/Zaventem 1994.

Waal, S.P.M. de, 'Marktwerving en solidariteit kunnen samengaan in de zorg', *NRC-Handelsblad*, 12-01-01.

Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, *Ruimte voor kwaliteit*, Houten 1990.

Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, *Publieke gerechtigheid. Een christen-democratische visie op de rol van de overheid in de samenleving*, Houten 1989.

Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, *Nieuwe Regie in de Zorg. Een christen-democratische visie op de structuur en financiering van de zorg*, Den Haag 2000.

Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, *Evenredig en rechtvaardig. Een voorstudie naar een vlakke belasting*, Den Haag 2001.

Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, *Zorg tussen lidstaat en interne markt. Zorgverzekeringen, EG-recht en Particulier initiatief*, Den Haag 2003.

Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, *De ontbrekende schakel. Leerrechten als verbinding tussen onderwijs en arbeidsmarkt*, Den Haag 2004.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag 2000.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Bewijzen van goede dienstverlening*, Amsterdam 2004.

Zijderveld, A.C., *Steden zonder stedelijkheid. Een cultuursociologische studie van een beleidsprobleem*, Deventer 1983.

Zijderveld, A.C., *De staccato-cultuur. Flexibele maatschappij en verzorgende staat*, Utrecht 1991.