

NON PROFIT ORGANISATIES: Wat is er zo bijzonder aan?

De maatschappelijke onderneming als rechtsvorm: een goed idee in een verkeerde jas?

De klassieke private non-profit organisatie

Van oudsher bestaan er drie vormen van organiseren. Allereerst staatsorganisaties, zoals leger, douane, tolheffing. Vervolgens private winst gerichte ondernemingen, zoals in vroegere tijden al zichtbaar in handel, winkels, scheepsbouw en later in fabrieken en grote, wereldwijd opererende commerciële ondernemingen. En tenslotte de private non-profit organisaties, vaak het eerst te zien in onderwijs en gezondheidszorg, maar ook in allerlei sociale aanpakken van burgers. Inmiddels kent ook deze variant grote wereldwijde varianten als Amnesty, GreenPeace, organisaties van anti-globalisten e.d. Nederland kent een rijke traditie in deze derde soort, vooral in ouderen- en ziekenzorg en de zorgverzekeringen, maar ook in de hoogtijdagen van het particulier initiatief eind 19^e, begin 20^e eeuw: publieke omroepen, woningcorporaties en onderwijsinstellingen (zoals de VU) zijn hier nog de zichtbare resten van. Ook het verenigingsleven als zelforganisatie van burgers is nog steeds rijk te noemen¹.

De term non-profit geeft alleen nog maar, in een negatieve zin, een aanduiding van de economische opstelling van dergelijke organisaties: ze zijn niet gericht op winst. Vaak wordt een subtiel onderscheid gemaakt met de term '*not-for-profit*'. Deze tweede 'soort' kent vaak wel onderdelen die winst maken, maar dat is dan nog steeds niet het hoofddoel van het totaal. Men is niet gericht op winst, maar maakt het (op onderdelen van dienstverlening) wel. Inmiddels hebben we in Nederland de neiging deze aanduiding, die in de Rijnlandse sfeer toch vooral een mentaliteit van belangeloze maatschappelijke betrokkenheid weergeeft, meer te vertalen zoals de Amerikanen dat doen. Non-profit is dan een bepaalde belastingstatus (met bepaalde voordelen, bijvoorbeeld de schenker van middelen mag deze aftrekken voor de inkomstenbelasting) die vooral verbiedt dat de winst niet mag worden uitgekeerd (de non-distributie van winst²). Het zal duidelijk zijn dat dat ten opzichte van de oorspronkelijke liefdadigheidsgedachte een nogal cynische en verengde versie is.

De belangrijkste kenmerken van non-profit organisaties in klassieke zin en meer positief geformuleerd, zijn:

- ze zijn missie gedreven; deze missie kent een belangrijke maatschappelijke component, doel of doelgroep;
- ze zijn ontstaan uit eigen initiatief van burgers en kennen ook een autonome bestuursstructuur en – cultuur waarin burgers en burgerschaps motieven de boventoon voeren;
- ze organiseren door hun fondsenwerving dan wel de wijze waarop ze bepaalde diensten verlenen een solidariteit op private grondslag³. Het gaat om het lenigen van publieke noden. In de keuze wie men helpt, is niet het koopkrachtprincipe leidend, maar de eigen missie;
- ze bestaan vooral van 'goede gaven' (hier ligt dus ook de parallel met de Amerikaanse belastingdefinitie)(ook in Nederland is recent de sfeer van

¹ Zie voor een scherper en meer internationaal gerelateerd overzicht mijn artikel 'De toekomst van de maatschappelijke onderneming in Nederland' in 'Particulier initiatief en publiek belang' SCP maart 2002

² Een klassieker over de 'nondistribution constraint': Henry B. Hansmann 'The role of nonprofit Enterprise', Yale Law Journal 1980

³ Dit element maakt dat de SER in zijn advies 'Ondernemerschap voor de publieke zaak'(2004/2005) zeer fraai spreekt van 'private for public', dit in tegenstelling tot commerciële ondernemingen die toch vooral 'private for private' (namelijk de aandeelhouder/eigenaar) opereren.

liefdadigheidsorganisaties/organisaties voor goede doelen beter en scherper gedefinieerd met meer oog voor – terechte - bijbehorende regelgeving als transparantie van de kostenstructuur, bescheiden beloning van het bestuur en maximum reservevorming⁴).

Dit is als het ware de organisatiekundige bril (het meso-niveau), maar er is ook een meer macro gerichte bril: welke positie nemen non-profit organisaties in in het geheel van een maatschappelijke en economische inrichting van een land? Een belangrijke stroming in de economische theorie⁵ onderkent het zelfstandig bestaan van non profit organisaties. Niet als een tijdelijk verschijnsel of als een verschijnsel 'in between' en dus gedoemd telkens naar of markt of overheid over te hellen, maar als een eigenstandige en noodzakelijke factor. Het betreft dan die delen van dienstverlening en maatschappelijke behoeften waar de markt wel moet falen. Dit betreft vooral die transacties waar de gebruiker zeer afhankelijk is, in hoge mate moet vertrouwen op de aanbieder, waar minimumkwaliteit belangrijker is dan koopkracht, er via contracten niet goed sancties zijn af te dwingen, het prijsmechanisme onduidelijk is, wegelopen halverwege de levering van diensten onmogelijk is. Kortom precies de gebieden waar we veel van dit soort organisaties tegenkomen: gezondheidszorg, onderwijs, verslaafdenopvang, kinderopvang, sociale volkshuisvesting. Maar ook economisch kan de inbreng van non profit dienstverlening positiever geformuleerd worden. Dus niet als marktfalen, maar als een goede manier om een appèl te doen op het altruïsme en de eigen verantwoordelijkheid voor het totaal van de cliënt⁶.

Ook in bestuurskundige kring wordt het eigenstandig belang van private non-profit organisaties in het publieke domein toenemend onderkend. In analogie met het voorgaande zou je kunnen zeggen dat het hier voortbouwt op de gedachte van overheidsfalen. De overheid faalt daar waar ze zeer individueel gedifferentieerd moet kunnen opereren en dan stuit op rechtmatigheids- en gelijkheidsbeginselen. De overheid faalt als iets niet in een regel te vangen is, maar meer in een intentie of inschatting. De overheid faalt als de gemiddelde kiezer ergens geen last van heeft of (nog) geen belang in ziet, maar specifieke groepen kiezers/burgers dat wel hebben⁷. Ook deze analyse wordt empirisch redelijk goed gestaafd door de terreinen waar non-profit organisaties actief zijn. Ook hier is er echter een meer positieve aanduiding te geven van de aanvulling die non-profit organisaties leveren op de overheid, namelijk dat zij wel een appèl kunnen doen op liefdadigheid, altruïsme, zelforganisatie van burgers. De private grondslag van solidariteit onder burgers. Of in meer moderne termen: het organiserende principe van de *civil society* als derde 'sfeer' tussen staat en markt. Uit steeds meer onderzoek en ervaring, niet in het minst door onze eigen Wet Maatschappelijke Ondersteuning, blijkt ook dat de overheid werkelijk private (dus niet 'verlengde arm' organisaties als verambtelijkte

⁴ In al deze operaties (SER rapport, *governance* Goede Doelen en Advies over de maatschappelijke onderneming) is Herman Wijffels de spin in het web; hij was tot oktober 2007 lid van de Denktank van Public SPACE.

⁵ O.a. Weisbrod 'The nonprofit economy'(Harvard UP 1988), maar zie ook recent een heldere analyse in het theoretische deel van Anheier 'Nonprofit Organizations'(Routledge 2005)

⁶ In een beroemde studie 'The gift relationship' heeft Titmuss aangetoond dat bloeddonatie op commerciële basis (de donor wordt betaald) tot perverse effecten zal leiden die niet goed zijn te pareren en dus een altruïstische basis (de donor 'geeft' bloed) veel beter is. Zijn studie verscheen ruim voor de bloedschandalen van de 90er jaren.

⁷ Fraai voorbeeld hiervan zijn de Voedselbanken: deze sprongen in een bureaucratisch gat in de overheidshulpverlening aan arme mensen voordat velen doorhadden dat daar een feitelijk probleem bestond

welzijnsorganisaties) non-profit organisaties nodig heeft als een soort buffer of intermediair bij het inschakelen van de *civil society*.

De Nederlandse 'hybride' variant: de maatschappelijke onderneming

Ten opzichte van deze klassieke private non-profit organisatie is er echter in Nederland al enige decennia iets bijzonders aan de hand. Dit was voor mij aanleiding in mijn boek van 2000⁸ het concept van de 'maatschappelijke onderneming' te introduceren. Dit was in hoge mate gebaseerd op mijn adviespraktijk en lezingen van het decennium daarvoor waarbij grote strategische veranderingen op deze private non-profit organisaties af kwamen. In latere analyses is dit fenomeen ook verder wetenschappelijk onderbouwd⁹.

In een notendop kun je zeggen dat ten opzichte van bovenstaand model van de klassieke non-profit organisatie het Nederlandse model zowel verstatelijkt als vermarkt is, waardoor het erg hybride geworden is. Niet alleen voor de bestuurders en toezichthouders van deze organisaties zelf, maar ook voor de overheidsorganisaties en marktpartijen eromheen die zich hiertoe moeten verhouden. Wat ooit is ontstaan als (verzuild) particulier initiatief (op katholieke, protestantse, algemene/liberale en sociaal-democratische basis) is vanaf de jaren 50 van de vorige eeuw bij de uitbouw van de verzorgingsstaat door de overheid gehanteerd als blauwdruk. De uitbouw van de publieke voorzieningen vond als het ware plaats volgens de 'mal' van de private non-profit organisatie. Dit had te maken met verdelende rechtvaardigheid, verzuiling, maar ook met het fenomeen dat er in al de velden die zich leenden voor de collectief gefinancierde uitbouw van de verzorging deze private organisaties er al waren en invloed uitoefenden op de bestuurlijke inrichting. Daarmee werd het private karakter toenemend ondermijnd wat betreft zeggenschap en autonomie (er kwamen allerlei voorschriften over de interne structuur, verantwoording, kostenopbouw etc), maar ook wat betreft het autonome handelen in de dienstverlening (er kwamen allerlei voorschriften inzake de rechten van individuen op hulp, waaraan de betreffende organisatie zich diende te houden). Met dat laatste werd natuurlijk ook een klassiek bijeffect van liefdadigheid, namelijk een nogal willekeurige en regenteske toedeling van middelen, vermeden en vervangen door een systeem van wettelijke rechten. Later, zeg vanaf de jaren 80, vond onder invloed van bezuinigingen en herijking van de arrangementen van de verzorgingsstaat een vermarkting plaats. De private non-profit organisaties kregen commerciële concurrenten. Deze concurrentie werd toegelaten, waarmee het van overheidswege gereguleerde monopolie van veel van deze instellingen verdween, en zij ook onderling gingen concurreren. Maar de instellingen werden tegelijk ook vrijgelaten om de terugloop in overheidsinkomsten te compenseren met marktactiviteiten¹⁰. Deze beweging versterkte dus weer het private karakter van deze instellingen, zeker wat betreft strategische beslissingen, mogelijkheden tot reserveren en eigen investeringen, maar met behoud van overheidsregelgeving op het publiek gefinancierde en voor het publiek bedoelde deel van hun dienstverlening. Je zou kunnen zeggen dat de vermarkting van de jaren 80 het proces van verzelfstandiging uit de armen van overregulerend vadertje overheid sterk heeft

⁸ Drs. S.P.M. de Waal 'Nieuwe strategieën voor het publieke domein. Maatschappelijk ondernemen in de praktijk' (Samsom)

⁹ Met name de studie van het SCP o.l.v. Paul Dekker 'Noch markt, noch staat' is daarin heel belangrijk en onderbouwend. Zie overigens ook zijn bijdrage in 'The Third Sector in Europe' (Evers en Laville, Edward Elgar 2004) van dezelfde schrijver met een historische analyse van het concept

¹⁰ Hieraan vooraf ging een felle strijd tussen lobbyisten van het bedrijfsleven en de sectoren met veel van deze maatschappelijke ondernemingen inzake het dossier 'markt en overheid'; nog ooit ingezet door een rapport o.l.v. Job Cohen t.b.v. EZ waarin een verbod op marktactiviteiten voor een aantal sectoren werd bepleit, hetgeen – terecht en om heel veel redenen – niet gelukt is.

bevorderd. De einduitkomst van dit hele historische proces maakt de Nederlandse situatie erg uitzonderlijk, ten opzichte van het klassieke model van de non-profit organisatie.

Voor de *overheid*: vrijwel alle kennis, middelen, professionals in hele grote sectoren van publieke dienstverlening zijn ondergebracht in deze maatschappelijke ondernemingen. De sectoren zijn dus volledig geprivatiseerd, al is het op non-profit basis. Ook bij de burgers zijn dit geaccepteerde organisaties met vaak een grote mate van legitimiteit en betrouwbaarheid (hoewel deze steun, zoals van zoveel instituties, wel onder druk staat). Er is voor de overheid dus niet veel keus buiten deze maatschappelijke ondernemingen. Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld de USA waar veel meer een contract- en aanbestedingscultuur heerst in de omgang tussen overheid en non-profit organisaties en dit ook vrij gemakkelijk kan worden afgewisseld met eenzelfde relatie met for-profit partijen. In de meeste sectoren heeft het echter toch meer de kenmerken van een gedwongen huwelijk, zoals gezegd: ontstaan door het hanteren van een blauwdruk vanaf de uitbouw van de verzorgingsstaat. Die blauwdruk is nog steeds zichtbaar. Al worden door de overheid wel telkens pogingen gedaan hier onder uit te komen zoals het verplichten van aanbesteding (WMO), het verscherpen en veranderen van de eisen die horen bij toelating (woningcorporaties), het bevorderen van concurrentie zowel tussen maatschappelijke ondernemingen als met commerciële ondernemingen. Hierdoor zijn recent meer gemengde sectoren ontstaan, zoals in de kinderopvang en thuiszorg (in het niet-AWBZ-deel). Het gevaar van deze laatste aanpak is toch ook weer een verder bevorderen van commercialisering en vermarkting, waardoor dus de klassieke voordelen van het non-profit karakter (appèl op liefdadigheid en solidariteit, dichtbij *civil society*, noodzakelijke betrouwbaarheid) verdwijnen. De echte marktdepten zetten hier – en wellicht terecht – tegenover dat als de economische theorie over de oorsprong van non-profit organisaties, zoals boven weergegeven, klopt, zij vanzelf dus een voorsprong hebben in dergelijke opener markten in deze specifieke vormen van dienstverlening. Een sector waar dat gelijk inmiddels bewezen lijkt, is die van de zorgverzekeringen: vrijwel alle portefeuilles van verzekerden zijn inmiddels in handen van degenen die zich organiseren als Onderlinge Waarborg Maatschappij! Tevens is het voor de overheid een hybride partner: de ene keer vertoont het een publiek, maatschappelijk betrokken gezicht, de andere keer dat van een 'gewone private' onderneming. Ook bij pogingen van overheidswege deze organisaties ergens toe te dwingen blijkt dit: niet de hele organisatie en alle middelen van de organisatie zijn als publiek en publiek gereguleerd te bestempelen. Dus hoe 'rekenen we af' bij: faillissement, misinvesteringen, kwaliteitsmissers in de publieke dienst, intrekken of juist onttrekken ('*opting out*') aan de vergunningensystematiek? Naarmate deze verhouding spannender wordt, omdat de overheid meer wil, respectievelijk de instellingen verder afdrijven van hun publieke taak en missie worden deze vragen pregnanter gesteld. In de geschetste historische ontwikkeling van een indringend en wederzijds afhankelijk *partnership* van overheid en non-profit organisaties is dat onvoldoende gebeurd.

Voor de *marktpartijen*: het betreft geduchte concurrenten en dankzij beschermende regelgeving zijn hele sectoren van publieke dienstverlening afgesloten voor het commerciële bedrijfsleven. Terwijl deze maatschappelijke ondernemingen wel worden toegelaten tot de 'gewone' markt, en daar de concurrent van bestaande commerciële aanbieders worden, komen deze laatste niet in aanmerking voor het leveren van bepaalde vormen van publieke diensten. De maatschappelijke onderneming is dus privaat en concurrent, maar beschikt over een beschermde positie in de sector van publieke dienstverlening en heeft van daaruit

schaalvoordelen, professionele voordelen, ketenvoordelen, imagovoordelen etc. Ook hier komt deze bijzondere positie voort uit de historie: niet alleen de overheid heeft niet veel te kiezen, ook de burger en de professional is aan deze situatie gewend, waarin maatschappelijke ondernemingen een dominant verschijnsel zijn in bepaalde vormen van publieke dienstverlening. Het introduceren van een commerciële werkwijze wordt dus beleefd als een breuk met traditie en niet altijd verfrissend. Te hiërarchisch, te veel een werknemerscultuur in plaats van een professionele, teveel gericht op winst op de korte termijn, teveel winst die weglekt naar aandeelhouders etc. Belangrijke 'klagende' partijen over deze beschermde situatie zijn projectontwikkelaars (als het gaat om woningcorporaties), private onderwijsaanbieders, commerciële omroeporganisaties etc. Daar waar de 'lucratieve' randen van de (voorheen) publieke dienstverlening zijn vrijgegeven voor volledige concurrentie hoor je de commerciële partijen niet meer, aangezien ze inzien dat het restant, onder de huidige condities, toch nooit commercieel kan worden aangeboden (dit is de aanpak bij de ziekenhuiszorg en gedeeltelijk ook bij de omroepen).

Voor de *maatschappelijke ondernemingen* zelf: weliswaar privaat en autonoom en opererend in een steeds onzekerder strategische omgeving, maar op onderdelen van de bedrijfsvoering sterk publiek gereguleerd (gelukkig vaak meer op output- en outcome basis dan de ouderwetse inputsturing) en gefinancierd (en dus onderhevig aan extra controle, extra verantwoording, extra toezicht op kwaliteit en het algemeen maatschappelijk karakter). De kernkeuze waar ze voor staan, bevat veel van de elementen van de geschetste klassieke non-profit instelling: Willen we terug naar de *civil society*? Zijn we daar toch niet eigenlijk onderdeel van? Of willen we juist een 'doorsteek' naar de markt maken en 'gewoon' geld verdienen als hoofddoel hebben (en van daaruit nog steeds goede diensten leveren)? Wat is eigenlijk onze eigen maatschappelijke missie of hebben we die toch eigenlijk niet, omdat we leveren wat de overheid definieert en bepaalt als publieke dienst en niets daarbuiten kunnen en willen doen?

In een interview in Christen Democratische Verkenningen in 2001 heb ik uiteindelijk als volgt gedefinieerd waar mijns inziens de maatschappelijke onderneming voor moet staan en meerwaarde heeft in de Nederlandse verhoudingen:

"Ik acht vijf kenmerken van fundamenteel belang.

Ten eerste: het moet een organisatie zijn die in de basisstructuur non-profit is: een puur commerciële drijfveer moet op het hoogste niveau uitgesloten zijn en eventuele winsten uit deelondernemingen moeten uiteindelijk op holding-niveau ten goede komen aan de hoofddoelstelling. De eigenaar of kapitaalverschaffer ziet af van maximalisatie van eigen inkomsten, respectievelijk marktconform belonen. Dat geldt ook voor de plaatsvervanger van dergelijke aandeelhouders, het professioneel management. Er moet sprake zijn van voorbeeldgedrag.

Ten tweede: de maatschappelijke onderneming leeft van drie financieringsbronnen: inkomsten uit de markt, overheidsfinanciering en bijdragen van burgers.

Ten derde: de maatschappelijke onderneming is economisch, juridisch en bestuurlijk autonoom. Natuurlijk is er vaak afhankelijkheid van beleid en financiering van de overheid, maar dat beleid dient gericht te zijn op behoud en uitbouw van autonomie. Anders kan een organisatie nooit ondernemende trekken ontwikkelen.

Ten vierde is de maatschappelijke onderneming gericht op burgers: zij worden beschouwd als maatschappelijke aandeelhouders van de onderneming. Met hen wordt rechtstreeks gecommuniceerd op een structurele, open en verantwoording afleggende wijze. Daarin onderscheidt de maatschappelijke onderneming zich van een puur commerciële onderneming die vooral verantwoording wil afleggen aan aandeelhouders, aan kapitaalverschaffers. Daarmee hangt samen dat een deel van

de steun of inkomsten niet direct gerelateerd is aan de producten of diensten die geleverd worden. Het gaat om intrinsieke steun, door het appèl op burgerschap en door de aantrekkingskracht van het goede doel of het publieke nut waar de organisatie voor staat. Kortom: de maatschappelijke onderneming heeft een bijzondere plicht tot publieke verantwoording en legitimering.

In de vijfde en laatste plaats heeft een maatschappelijke onderneming een publieke missie. De missie en afrekenmechanismen in het bedrijf baseren zich op maatschappelijke solidariteit: er wordt een eigenstandige afweging rond uitsluiting- en armoedevraagstukken gemaakt, rond het omgaan met goede en slechte risico's en onverzekerde en onverzekerbaarheid. De organisatie stuurt op maatschappelijk rendement: een gegeven publieke gulden wordt zo efficiënt en effectief mogelijk benut. Er is een drive om het humane karakter van de dienstverlening te benutten en te accentueren. Op veel van de terreinen waarop maatschappelijke ondernemingen actief zijn, ligt de missiegedrevenheid, zinvolheid en menselijke betekenisgeving immers voor het oprapen."

U ziet: het non-profit karakter stond wat mij betreft ook toen al bovenaan als belangrijke basiseis voor de toekomst en meerwaarde van de maatschappelijke onderneming.

Het juridisch jasje: de maatschappelijke onderneming

Temidden van dit geweld aan ontwikkelingen en debatten, is er nu een nieuw element aan toegevoegd. Het voornemen van dit kabinet om een wetsontwerp voor de rechtsvorm 'maatschappelijke onderneming' te maken is opgenomen in het regeerakkoord. De aanloop daarnaar toe werd gelegd, zoals gezegd, in de adviezen van de SER en een speciale adviescommissie voor Justitie onder leiding van Herman Wijffels. Hierin werden verschillende varianten geschetst om deze rechtsvorm beter te reguleren, variërend van een keurmerk dat instellingen vrijwillig konden gaan voeren tot een aparte rechtsvorm. Kern van de vraag aan de werkgroep was of er sprake diende te zijn van een aparte rechtspersoon voor het fenomeen 'maatschappelijke onderneming'. De huidige rechtspersonen voor *not-for-profit* activiteiten, zoals stichting, vereniging en onderlinge waarborgmaatschappij, zouden niet meer voldoen gezien het ondernemingskarakter, de grootschaligheid en het gemengde financiële karakter van deze organisaties in de publieke dienstverlening. Dit heeft geleid tot een grote hoeveelheid aanvullende sectorspecifieke wet- en regelgeving. De vraag aan de projectgroep is dan ook geplaatst in het kader van het kabinetsplan om te komen tot lastendruk vermindering. Een bijzondere rechtsvorm zou immers kunnen helpen dergelijke sectorregelgeving te verminderen, is dan de gedachte. In het advies wordt uiteindelijk niet gekozen, gelukkig, voor een aparte rechtsvorm, maar voor een bijzonder wettelijk regime van *governance* voorschriften e.d. dat als het ware kan worden 'aangevraagd' door organisaties. Het belang voor hen is dan dat ze daarmee externe duidelijkheid over hun karakter bieden en de rechtsaanduiding 'maatschappelijke onderneming' kunnen voeren. Tevens zal hun voordeel er op den duur in gelegen liggen dat per sector een dereguleringskader wordt opgesteld voor die organisaties die deze *status aparte* verworven hebben. De commissie bepleit tenslotte experimenten in diverse sectoren om meer feeling hiervoor te krijgen.

Inmiddels ligt er een wetsontwerp van de minister van Justitie dat voor consultatie naar allerlei partijen in de betreffende sectoren is gestuurd dat echter wel uitgaat van de gedachte dat er een aparte rechtsvorm wordt gecreëerd (conform het besluit in het regeerakkoord).

Daarmee gaat dit wetsontwerp euvel aan twee fundamentele problemen:

- Het introduceert een juridische oplossing, namelijk uitbreiding van het scala aan potentiële rechtspersonen, zonder dat er een duidelijke juridische probleemanalyse onderligt. Waar gaan de huidige rechtspersonen mank? Waar kunnen instellingen zelf of externe instanties (rechter, overheid, toezichthouders, accountants) niet uit de voeten met de huidige rechtsvormen? Waar is de *governance* niet via extra regels of codes toe te snijden op moderne eisen? De summiere probleemanalyse in de taakopdracht van de commissie Wijffels had verder onderbouwd moeten worden. Natuurlijk kan de overheid besluiten het register aan rechtspersonen uit te breiden, maar welk initiatief van burgers of bestaande organisatie zit daar dan op te wachten en zal dit constructief willen hanteren? En is al die moeite niet gewoon weggegooid als geen enkel maatschappelijk initiatief hier positief op reageert? In een poging het maatschappelijk middenveld tegemoet te komen met een toegesneden rechtsvorm wordt datzelfde middenveld vervreemd, niet gehoord en belast met een keus die ze niet nodig hebben.
- Het zegt niets over de gevolgen van deze rechtsvorm voor de sectorregelgeving waarin de betreffende maatschappelijke onderneming nu opereert. De basisgedachte dus dat dit een uitruil zou kunnen zijn: een betere private rechtsvorm leidt tot een minder streng of hinderlijk overheidsregime, is verlaten. Daar gaat Justitie immers niet over en het zal ook per sector verschillen. De verkokering in de rijksoverheid creëert weer eens een probleem in plaats van een oplossing. Dus ook deze analyse ontbreekt: in welke sector is op welke gronden ruimte voor deregulering, mits de betrokken instelling kiest voor een beter en strenger privaatrechtsregime? Daarmee suggereert dit wetsontwerp ook een mogelijke uniformering over sectoren heen die nog ter discussie staat. Wat te denken van zoiets wezenlijks als invloed van gebruikers? De positie van huurders, patiënten resp. leerlingen verschilt nogal, past daar èen enkele vorm van 'belanghebbenden inbreng' op? Zitten burgers daarop te wachten?

Je zou kunnen zeggen dat dit twee fundamentele problemen zijn vanuit analytisch of zakelijk oogpunt. Als er dus nu onvoldoende zakelijke grond onder dit wetsontwerp ligt, resteert dus het vermoeden dat er een politieke, wellicht zelfs ideologische reden dominant is. Dat wordt door de huidige minister van Justitie ook bevestigd in een speciaal themanummer van Ondernemingsrecht¹¹. Hij schrijft daar: "*....moet het mogelijk zijn meer verantwoordelijkheid aan de instellingen te laten. Dit kan alleen als de maatschappelijke onderneming daarvoor voldoende garanties bevat.....De publiekrechtelijke wetgeving bevat thans een groot aantal governance voorschriften van dezelfde zaken als hier bedoeld. Die voorschriften hebben niet automatisch geleid tot terugtreden van de overheid. Het codificeren en harmoniseren van deze voorschriften in een privaatrechtelijk model heeft echter een meerwaarde....*" De minister onderkent dus dezelfde punten die uit onze analyse naar voren kwamen: het gaat om deregulering van overheidswege en verankering van bepaalde *governance* eisen in de nieuwe rechtsvorm. Hij voegt er een wezenlijk element aan toe: door het te verankeren in privaatrechtelijke vorm wordt de verhouding met de overheid een andere. De betrokken onderneming wordt niet meer gedefinieerd vanuit haar verhouding met de overheid, maar op een meer horizontale manier in verhouding tot burgers en andere ondernemingen. Het dwingt de overheid ook tot een heroverweging van haar regelgeving.

¹¹ Ondernemingsrecht 2007-16, pag 586

Daarmee hebben we natuurlijk een heel belangrijk element te pakken: de introductie van deze nieuwe rechtspersoon is de opmaat naar een proces van herregulering van een aantal publiekssectoren waar deze vorm empirisch veelvuldig voorkomt. Dit zijn dus vooral welzijns- en gezondheidszorg, onderwijs, volkshuisvesting en publieke omroep. De 'maatschappelijke onderneming' wordt zo, naast een – vrijwillige – instellingskeus uit het register van rechtspersonen, ook een blauwdruk voor een nieuwe verhouding met de overheid. Nadat de maatschappelijke onderneming geïntroduceerd is, kan ieder departement een 'MO-pakket' opstellen dat voldoende plussen voor de instelling bevat om hen te verleiden over te stappen op dit regime van maatschappelijke onderneming. De vrijwillige keus wordt dan bevorderd door een bijzonder – gedereguleerd - overheidspakket. Net als nu in sommige regelgeving de rechtsvorm wel wordt voorgeschreven (vaak de stichting), is overigens niet uit te sluiten dat dat ook hier alsnog het geval blijft. Dan is er natuurlijk helemaal geen sprake van vrijwilligheid. Dat lijkt overigens niet de intentie van deze minister, noch van de partij die dit vooral steunt, het CDA.¹²

Evaluatie van het wetsontwerp: erg veel gaten in de analyse

Dit alles overziende zie ik de volgende problemen in het traject van het regelen van een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming zoals nu opgetuigd door dit kabinet:

- a. Binnen het privaatrechtelijk construct wordt een uniformering gezocht over sectoren heen die feitelijk niet kan en geen recht doet aan ontwikkelingen en verschillen. Dit geldt voor inspraak van gebruikers (sommige zijn mondig, anderen niet), invloed van *stakeholders* (sommige hebben echt een belang, andere zijn alleen insprekers) en nut van externe inbreng (sommige instellingen hebben eigen vermogen en kunnen echt sturen, andere nauwelijks). Maar wat te denken van de interne inrichting: sommige zijn zeer professionele organisaties, andere niet. Bij de eerste is ook het maatschapsmodel en de coöperatieve vereniging te overwegen en vermoedelijk beter geschikt dan de stichting of maatschappelijke onderneming. Het eerdere pleidooi van de commissie Wijffels voor experimenten over sectoren heen, ligt meer voor de hand.
- b. Het huidig wetsontwerp hinkt op 2 gedachten wat betreft de aansluiting die men zoekt bij maatschappelijk initiatief. Is dit nu een wetsontwerp voor bestaande, grote instituten in zorg en onderwijs die daarmee een democratischer of gelegitimeerder of zelfstandiger plaats krijgen in ons bestel of is het gericht op het beter bewilligen van nu moeizaam beginnend eigen initiatief van burgers, het moderne particulier initiatief? Dit laatste wordt bijvoorbeeld wel bereikt met de buitenlandse voorbeelden uit Engeland en België.
- c. Er wordt geen duidelijkheid vooraf geboden over de intenties per sector met deze rechtspersoon. Dit leidt tot veel wantrouwen over de echte bedoelingen van de wetgever;
- d. Er is nog onvoldoende debat over de noodzakelijke, eventueel ook uniforme, effecten op de sectorregelgeving. Waar faalt deze? Waar is ook hier harmonisering geboden? Zoals in fiscaal regime (zie de kwestie vennootschapsbelasting bij de woningcorporaties), winstuitkering en -

¹² Overigens heeft ook de PvdA het construct omarmt, namelijk in twee nota's die in de partijbestuursperiode 2001- 2005 verschenen in de reeks Brandende Kwesties, namelijk over zorg en wonen. Bij Zorg werd het concept overigens, juist vanwege het non-profit karakter en de aansluiting op de civil society, gereserveerd voor instellingen opererend binnen de AWBZ, niet die opereerden in de (aankomende) Zorgverzekeringswet en WtZi. ('Zorg voor een gezond leven' PvdA-projectgroep Zorg o.l.v. drs. S.P.M. de Waal, april 2005)

bestemming (zie de kwestie opbrengst uit onroerend goed in de ziekenhuizen), de aansluiting op de Goede Doelen organisaties inzake de omgang met donaties en sponsoring, het veilig stellen van publiek eigendom bij faillissement, het ingrijpen bij falend bestuur, de regulering van topinkomens etc.

- e. Het lijkt erop dat het accent in deze voorstellen toch vooral ligt in de moeilijkheden die de overheid heeft met deze organisaties. Het uitzuiveren van die verhouding is vooral aan de orde. Nuttig en nodig zoals we zagen, maar het andere vraagstuk, dat van de verhouding met het reguliere bedrijfsleven, wordt minder goed getackeld. Eigenlijk zou hier het ministerie van EZ het meest over te zeggen moeten hebben, maar wel vanuit een positieve houding naar het speciale karakter van dit type ondernemingen. Het belangrijkste vraagstuk, dat ook sterk juridisch van aard is, dat hierin aangepakt zou moeten worden en toch, ondanks het voortouw van Justitie, hopeloos ontbreekt in de analyses en debatten is hoe dit constructief zich verhoudt tot Europese regelgeving inzake open markt en mededinging. We willen immers deze sectoren dynamiseren, meer ruimte bieden voor (maatschappelijk) ondernemerschap. Maar zet dat de deur niet open voor claims van buitenlandse aanbieders, commercieel of non-profit, om dan ook hier te mogen 'leveren' op sectoren waar dat bij ons, maar ook in de rest van Europa, zeer gevoelig ligt, zoals zorg, onderwijs, publieke omroep? Daarmee en passant ook als breekijzer dienend voor het Nederlandse bedrijfsleven met dezelfde wens. Met andere woorden: kunnen we het regime van vergunningen of toelatingen, zoals we dat in al deze sectoren hanteren om extra eisen aan hun optreden te stellen, handhaven en tegelijk dynamiseren door het gebruik van dit constructief?

Kernprobleem: wordt de maatschappelijke onderneming wel non-profit?

Tenslotte ontbreekt in het traject dat nu is uitgezet een, vanuit de opbouw van dit betoog, **cruciaal** element. Er is niet bijvoorbaat en even ideologisch voor gekozen de toch al zwakke positie van het privaat non-profit karakter van dit soort instellingen in Nederland te handhaven en te beschermen. Ik ben dit betoog gestart met de constatering dat de klassieke private non-profit organisatie, met zijn grote en unieke voordelen ten opzichte van bedrijfsleven, staat en *civil society*, in Nederland in dit soort publieksectoren is overwoekerd door een teveel aan staat en een teveel aan markt. Niemand weet meer goed wat het is om privaat non-profit te zijn, zoals blijkt uit het gebrekkig kennen van en handelen naar de eigen missie. Pas de laatste jaren bespeur ik in sommige sectoren (woningcorporaties, gehandicaptenzorg, verlamingszorg, basisonderwijs) een hernieuwde aandacht voor maatschappelijke missie en '*public value*'¹³ Die beweging moet gestimuleerd en vastgehouden worden. Door deze keus niet expliciet vooraf aan te brengen, dreigt het wetsontwerp nu te moeten gaan slaan op alle instellingen in alle sectoren en dus ook degene die graag meer ruimte willen voor commercieel ondernemen, zoals ziekenhuizen en sommige hoger onderwijs instellingen. De cynici zullen zeggen dat daarmee het wetsontwerp zichzelf nog overbodiger maakt dan het al was, namelijk omdat het zo vaag en algemeen geldend wordt dat toch weer alle accent zal komen te liggen op sectorregelgeving. Ik denk dat het niet strikt markeren van de non-profit eis en het verwaarlozen van de Europese dimensie ons later nog ernstig kunnen opbreken. De enige hoop die we dan hebben is dat de nu al voor handen zijnde rechtspersonen

¹³ Mark H. Moore 'Creating Public Value' (Harvard UP, 1995), maar ook Peter Frumkin 'On being non profit' (Harvard UP, 2002)

met een duidelijk non-profit karakter, namelijk de stichting vereniging, onderlinge waarborgmaatschappij en coöperatieve vereniging, nog door veel instellingen gekozen zullen worden, ook al hangt de overheid nog zo'n leuke dereguleringsworst aan de maatschappelijke onderneming. Hebben we daar dan al die moeite voor gedaan? En heeft dan de overheid per saldo niet toch weer het middenveld lastig gevallen met zijn eigen, politieke, verkokerde sores?

Drs. S.P.M. de Waal
Oprichter en voorzitter Public SPACE Foundation
www.publicspace.eu