

Van wie is de maatschappelijke onderneming?

*Mr. dr. E.R. Helder**

1 Inleiding

Op 23 januari 2013 werd het wetsvoorstel Maatschappelijke onderneming¹ uit 2009 ingetrokken zonder dat er een parlementair debat aan gewijd was. Het wetsvoorstel beoogde een afzonderlijke rechtsvorm te creëren voor organisaties – al dan niet in de semipublieke sector – die zichzelf beschouwen als ondernemingen, maar met hun activiteiten rechtstreeks een maatschappelijk belang nastreven. Wie evenwel meende dat met de intrekking van het wetsvoorstel de discussie was gesloten, is bedrogen uitgekomen. Het rapport van de commissie-Halsema,² dat in september 2013 aan de minister van Economische Zaken en vervolgens aan de Tweede Kamer werd aangeboden, heeft aan het maatschappelijk debat een nieuwe impuls gegeven.³ Het rapport spitst zich toe op ‘weeffouten’ in de *governance* van semipublieke instellingen. Correctie van die weeffouten dient de ruimte te verkleinen voor ontsporend bestuur en falend toezicht. De commissie heeft drie van die weeffouten onderkend: (1) er is geen goede definitie van het publieke belang; (2) bestuur en toezicht zijn te veel ingericht om te sturen op prijs/kosten en te weinig op kwaliteit; en (3) de verdeling van verantwoordelijkheden tussen bestuur, intern toezicht, extern toezicht en politiek is onduidelijk.⁴

In deze bijdrage wil ik stilstaan bij vermogensrechtelijke aspecten van de maatschappelijke onderneming. Deze spelen een cruciale rol ten aanzien van investeringen in maatschappelijke ondernemingen. Een goede *governance* is een voorwaarde voor de financiering van welke onderneming of instelling dan ook. Vertrouwen in het management is een cruciale voorwaarde voor iedere redelijk denkende investeerder. Maar bovendien is

cruciaal de vraag hoeveel invloed kapitaalverschaffers op het beleid van een maatschappelijke onderneming mogen hebben.

Deze vraag raakt de door de commissie-Halsema geconstateerde weeffouten, omdat het wenselijke dan wel toelaatbare niveau van invloed van kapitaalverschaffers, evenals de invloed van welke stakeholder dan ook, dient te worden bezien in het licht van het publieke belang. Daartoe dient eerst in ogeschouw te worden genomen welke betekenis het publieke belang heeft voor de maatschappelijke onderneming. De stap die daar nog aan voorafgaat, is een nadere beschouwing van het begrip maatschappelijke onderneming.

Vervolgens kan worden verkend welke ruimte in vermogensrechtelijke zin dient te worden gegeven aan private investeerders.

2 Het begrip maatschappelijke onderneming

2.1 Maatschappelijke onderneming en overheid

De definitie van de maatschappelijke onderneming⁵ is nog niet uitontwikkeld en spraakverwarring is een reëel risico. De maatschappelijke onderneming wordt in de praktijk van twee kanten benaderd. Enerzijds is er de opvatting die de maatschappelijke onderneming ziet als een privaatrechtelijke organisatie die (een gedeelte van) een overheidstaak uitvoert, althans een taak waarvan de overheid zich het belang aantrekt. De maatschappelijke onderneming dankt haar bestaan in deze optiek aan pragmatische overwegingen of wordt slechts gedoogd op historische gronden. Anderzijds is er de opvatting die benadrukt dat maatschappelijke ondernemingen vaak, zo

* Mr. dr. E.R. Helder is universitair docent Burgerlijk recht, in het bijzonder voor de notariële rechtsgebieden, aan de Universiteit Utrecht.

1. Wetsvoorstel 32003.
2. Een lastig gesprek, rapport van de Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in semipublieke sectoren, ingesteld bij besluit van de minister van Economische Zaken d.d. 16 mei 2013, Stcrt. 2013, 13277 (hierna: Een lastig gesprek). De minister heeft inmiddels gereageerd op het rapport bij brief aan de Tweede Kamer d.d. 12 december 2013, kenmerk AEP/13185986. De brief van de minister blijft hier buiten beschouwing, aangezien de inhoud niet vermogensrechtelijk van aard is.
3. Parallel aan het onderzoek van de commissie-Halsema werd onder redactie van W. van Leeuwen een publicatie voorbereid door het Wetenschappelijk Instituut (WI) van het CDA, een zogenaamde periscoop, Het CDA en de maatschappelijke onderneming, gepresenteerd op 4 december 2013.
4. Zie Een lastig gesprek, p. 9-17.

5. Zie hierover o.m. Rapport van de projectgroep Rechtsvorm maatschappelijke onderneming (commissie-Wijffels) van 28 september 2006; H.J. de Ru, De maatschappelijke onderneming in het BW, in: Congresbundel Maatschappelijke ondernemingen 7 juni 2007, Deventer: Kluwer 2007; T.J. van der Ploeg, De juridische inkadering van de maatschappelijke onderneming, in: Preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’, Deventer: Kluwer 2008; C.A.M. Mouwen, De maatschappelijke onderneming. Een nieuwe ondernemingsvorm tussen markt, overheid en burger, BTMO (1) 2009, afl. 1, p. 7-12; L. Timmerman, J.M. de Jongh & A.L.P. Schild, Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW?, in: Maatschappelijk verantwoord ondernemen (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2010-I), Deventer: Kluwer 2010; L.G.H.J. Mouwen, Van maatschappelijk belang (oratie Tilburg), 2011; S. Laseur-Eelman & A.H. Mars, Maatschappelijke ondernemingen, in: Handboek stichting en vereniging, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013.

niet vrijwel altijd aan particulier initiatief zijn ontsproten⁶ en dat hun optreden in de samenleving niet afhankelijk is van de taak die de (lokale of nationale) overheid zich dienaangaande stelt. De sociale huisvesting en grote delen van de zorgsector en het onderwijs zijn niet voortgekomen uit overheidsop treden, maar ‘van onderop’. Een sprekend voorbeeld buiten de genoemde sectoren is TESO, de naamloze vennootschap die de veerdienst tussen Texel en Den Helder onderhoudt. TESO is opgericht door eilandbewoners die ontevreden waren over de destijds bestaande commerciële veerdienst. Men ijverde niet voor overheidsingrijpen, maar creëerde zelf een alternatief.

De visie op de overheid is derhalve medebepalend voor de positie die de overheid ten opzichte van maatschappelijke ondernemingen wordt toegedacht en daarmee voor de omschrijving die van een maatschappelijke onderneming wordt gegeven.

Een andere variabele is de visie op de marktpositie van de maatschappelijke onderneming. Enerzijds kan de maatschappelijke onderneming worden gezien als het tegenwicht tegen ongewenste commercialisering van publieke taken, die de overheid niet of niet langer optimaal kan vervullen. De maatschappelijke onderneming is in die optiek de oplossing indien de overheid de grenzen van haar mogelijkheden bereikt en een marktconforme dienstverlening mogelijk maar niet wenselijk is. Anderzijds kan de maatschappelijke onderneming worden gezien als alternatief voor publieke dienstverlening van taken die niet rendabel te maken zijn vanuit een commercieel gezichtspunt, derhalve indien een marktconforme aanbidding wenselijk maar niet mogelijk is. Het onderscheid is van belang voor de bepaling van eventuele wettelijke faciliteiten die aan maatschappelijke ondernemingen geboden zouden moeten worden en voor de vraag of en in hoeverre activiteiten in bepaalde sectoren aan maatschappelijke ondernemingen voorbehouden dienen te zijn.

2.2 De term ‘maatschappelijke onderneming’

De commissie-Halsema hanteert niet de term ‘maatschappelijke onderneming’, maar spreekt in aansluiting op haar taakomschrijving⁷ van semipublieke instellingen, een term die aansluit bij de hiervoor genoemde eerste opvatting, namelijk dat deze instellingen een afgeleide overheidstaak uitvoeren. Het WI⁸ daarentegen vat de maatschappelijke onderneming op als een privaatrechtelijk vormgegeven onderneming⁹ en benadrukt dat de oorsprong van vrijwel alle maatschappelijke ondernemingen is te vinden in particulier initiatief,¹⁰ wat overeenstemt met de opvatting dat het algemeen belang rui-

mer kan zijn dan de belangen die de overheid zich aantrekt. Andere kenmerken van de maatschappelijke onderneming in de omschrijving van het WI zijn: het nastreven van een maatschappelijk doel dat vervlochten is met het algemeen belang, alsmede het voortbrengen van goederen en diensten. Mijns inziens dient het ondernemingskarakter van de maatschappelijke onderneming niet uit het oog te worden verloren. Zoals elke onderneming is ook de maatschappelijke onderneming een organisatie van arbeid en kapitaal, die zich beweegt in het economisch verkeer om een voordeel te behalen. De maatschappelijke onderneming onderscheidt zich van andere ondernemingen door haar oogmerk om rechtstreeks een maatschappelijk belang te dienen. De maatschappelijke onderneming is onderdeel van de samenleving en op operationeel niveau nevengevoerd aan de overheid.¹¹

2.3 Winstuitkering?

Het WI noemt voorts als kenmerk van de maatschappelijke onderneming dat het financiële overschot of de winst niet wordt uitgekeerd, maar geheel wordt gebruikt voor het realiseren van het maatschappelijk doel dat wordt nagestreefd, hoewel het WI niet uitsluit dat dit laatste criterium dient te worden heroverwogen en te worden bijgesteld onder invloed van de maatschappelijke dynamiek.¹² Rond en kort na de laatste eeuwwisseling was de heersende opvatting dat een maatschappelijke onderneming per definitie geen winstuitkeringen kon doen.¹³ Het wetsvoorstel Maatschappelijke onderneming uit 2009 kende daarentegen een variant van de maatschappelijke onderneming, aangeduid als ‘M.O.W.’, die winstbewijzen kon uitgeven waarop een geclausuleerde vorm van dividend mogelijk zou zijn.¹⁴ Voor een uitgebreide behandeling van winstuitkering door maatschappelijke ondernemingen, voor wat betreft de zorgsector, kan worden verwezen naar Plomp.¹⁵ Aansluitend bij haar bevindingen dat de argumenten voor een verbod op winstuitkering in de zorg aan kracht hebben verloren,¹⁶ kan de vraag worden gesteld in welk opzicht andere sectoren zich in dit opzicht van de zorg onderscheiden. Mijns inziens is het maatschappelijk belang ermee gediend dat winstuitkering door een maatschappelijke onderneming niet categorisch onmogelijk wordt gemaakt. Met name kan een mogelijkheid van winstuitkering bijdragen aan de investeringsbereidheid.¹⁷ Ik kom hierop terug.

6. Dit wordt onder meer gesignaleerd door de Raad voor openbaar bestuur, Loslaten in vertrouwen, Den Haag: Raad voor openbaar bestuur 2012, p. 29, die tevens vaststelt dat de bereidheid om initiatieven te nemen in het algemeen belang ook nu in de Nederlandse samenleving aanwezig is (p. 61).

7. Art. 2 lid 2 van het instellingsbesluit, zie noot 2.

8. Het WI is het wetenschappelijk instituut van het CDA, zie noot 3.

9. Zie WI, p. 18.

10. WI, p. 19.

11. Zie ook J.P. Balkenende, Overheidsregelgeving en maatschappelijke organisaties (diss. VU Amsterdam), Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1992, p. 274-276.

12. Zie WI, p. 19.

13. Zie o.m. H.J. de Ru, J.L. Burggraaf & L.A.J. Spaans, De maatschappelijke onderneming, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 30.

14. Wetsvoorstel 32003, art. 2:307k t/m 307m.

15. E. Plomp, Winst in de zorg (diss. UvA Amsterdam), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

16. Plomp 2011, p. 198.

17. Zie E.R. Helder, De juridische infrastructuur van de maatschappelijke onderneming (diss. Utrecht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 323-324 en 338. Daarnaast kan een uitkeringsverbod leiden tot ophoping van werkloos kapitaal in de dode hand.

2.4 *Alternatieve terminologie?*

Het is overigens opvallend hoe in recente publicaties getracht wordt de term ‘maatschappelijke onderneming’ te vermijden. Zoals gemeld hanteert de commissie-Halsema een andere term. Ook de Raad voor openbaar bestuur prefereert een alternatief en kiest voor ‘maatschappelijke organisaties’, daarmee, wellicht onbedoeld, teruggrijpend op de dissertatie van Balkenende.¹⁸ Mogelijk speelt hier op de achtergrond een algemene tendens om ondernemerschap minder te appreciëren dan aan het einde van de vorige eeuw, toen de term ‘maatschappelijke onderneming’ in zwang kwam. Dat neemt niet weg dat de term ‘maatschappelijke onderneming’ heel passend is voor organisaties die een maatschappelijk belang beogen en daartoe willen deelnemen aan het economisch verkeer.

3 Het publieke belang

3.1 *Het publieke belang versus het maatschappelijk belang*

Wetsvoorstel 32003 bepaalde dat de maatschappelijke onderneming gericht diende te zijn op een ‘maatschappelijk belang’.¹⁹ Eerder werd ook gesproken van gerichtheid op een ‘publiek belang’.²⁰ Een derde vergelijkbare term, die in relatie tot de maatschappelijke onderneming minder gebruikt lijkt te worden, is ‘algemeen belang’.²¹ De vraag rijst of de termen maatschappelijk belang, publiek belang en algemeen belang synoniem zijn. Het antwoord hierop is lastig te geven, omdat deze begrippen niet scherp omlind zijn. De memorie van toelichting bij wetsvoorstel 32003 maakte een onderscheid tussen het publieke belang en het maatschappelijk belang, overigens in navolging van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR).²² Het publieke belang zou door de overheid dienen te worden nagestreefd met publiekrechtelijke middelen, het maatschappelijk belang zou meeromvattend zijn.²³ De commissie-Halsema daarentegen ziet het publieke belang als richtsnoer voor semipublieke instellingen.²⁴ In de termen van de genoemde memorie van toelichting lijkt de commissie met het publieke belang het maatschappelijk belang te bedoelen, waarbij onmiddellijk de kanttekening gemaakt kan worden dat uit niets blijkt dat de commissie het door de minister en de WRR gemaakte onderscheid hanteert.

Er zijn twee redenen die het zinvol kunnen maken om publiek belang en maatschappelijk belang van elkaar te onderscheiden. De eerste reden betreft het initiatief. Er kan onderscheid worden gemaakt tussen taken waarvan de nastreving uitsluitend op initiatief van de overheid kan plaatsvinden, als onderdeel

van overheidsbeleid, en taken die ook op particulier initiatief tot stand kunnen komen. Taken die aan overheidsinitiatief zijn voorbehouden, zijn bijvoorbeeld de politie en defensie. Particulier initiatief is bijvoorbeeld mogelijk op het gebied van energievoorziening en afvalverwerking. Ten aanzien van publieke belangen zou ik het primaat van de politiek willen aannemen. Het is een politieke vraag, immers een beleidskeuze, wat op enig moment tot het publieke belang behoort. De behartiging van een maatschappelijk belang daarentegen kan worden gedragen door de overheid, maar kan ook voortkomen uit particulier initiatief. Het is overigens wederom een politieke vraag hoeveel ruimte daartoe aan het particulier initiatief wordt geboden en in hoeverre particulier initiatief wordt gefaciliteerd. De tweede reden heeft betrekking op de realisatie. Indien de overheid het monopolie heeft op de uitvoering van een taak, dan zou deze taakvervulling gerekend kunnen worden tot het publieke belang. Indien daarentegen uitvoering door anderen mogelijk en toelaatbaar is, dan zou gesproken kunnen worden van een maatschappelijk belang. Aangezien de overheid altijd initiatiefnemer en/of uitvoerder kan zijn, is het publieke belang aldus opgevat een specimen van het maatschappelijk belang. En indien de overheid geen enkele ruimte zou laten aan particulier initiatief, zouden publiek belang en maatschappelijk belang samenvallen. Een zodanige taakopvatting van de overheid staat tegenover de opvatting dat de overheid een maatschappelijk belang slechts tot publiek belang dient te maken, indien de behartiging van dat belang zonder overheidsbemoediging onvoldoende plaatsvindt.²⁵

3.2 *Relatie tot de overheid*

Uit het voorgaande wordt duidelijk dat de ruimte die op enig moment aan maatschappelijke ondernemingen wordt geboden om zich in de samenleving te ontplooiën, mede afhankelijk is van de opvatting die de overheid heeft omtrent haar eigen taak. Hetzelfde geldt overigens voor commercieel ondernemerschap, ook de markt en marktwerking hebben de ruimte die de overheid geeft.²⁶ De positie van de maatschappelijke onderneming in de samenleving wordt derhalve mede bepaald door het antwoord op de vraag naar de overheidstaak. Daaruit vloeien opvattingen voort over de ruimte die al dan niet geboden dient te worden aan ondernemingen, waaronder maatschappelijke ondernemingen. De opvatting over de overheidsstaak wordt bepaald door de visie op de positie van de overheid in de samenleving en daarmee op de samenleving zelf.²⁷

18. Zie noot 11.

19. Art. 2:26a en 2:285a lid 1 van het wetsvoorstel Maatschappelijke onderneming d.d. 6 juni 2009.

20. Bijv. in het Rapport van de projectgroep Rechtsvorm maatschappelijke onderneming d.d. 28 september 2006, p. 3.

21. Zie Helder 2013, p. 126.

22. WRR, Het borgen van het publiek belang, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, p. 20 e.v.

23. MvT bij wetsvoorstel 32003, p. 43.

24. Een lastig gesprek, p. 24.

25. WRR 2000, p. 46.

26. Zie hierover J.P.H. Donner, Grenzeloos recht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 15 e.v. en voor wat betreft de zorg: J.G. Sijmons, De cure, transitie en onbalans, in: Stelsel onder stress (preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 48-55 en 76-79 en ook J.G. Sijmons & T.A.M. van den Ende, De juridische herpositionering van de zorginstelling, in: Maatschappelijk ondernemen in het bijzonder in de zorg (preadvies voor de Vereniging ‘Handelsrecht’), Deventer: Kluwer 2008, p. 23.

27. Zie Balkenende 1992, p. 302-303.

3.3 Relatie tot de markt

Een andere vraag is of aan maatschappelijke ondernemingen dezelfde ruimte dient te worden geboden als aan andere ondernemingen, of juist meer of minder ruimte, of een andere ruimte. Wanneer het werkterrein van maatschappelijke ondernemingen wordt aangeduid als de semipublieke sector, wordt kennelijk onderscheid gemaakt tussen de ruimte voor maatschappelijke ondernemingen en de ruimte voor commerciële organisaties. Maar het is de vraag of de aanduiding semipublieke sector terecht is, gezien het veelal particuliere initiatief waaruit de in deze sector actieve instellingen zijn voortgekomen.²⁸ De voorbeelden zijn hiervoor reeds genoemd. De aanduiding semipublieke sector berust op het publieke belang van de desbetreffende activiteiten,²⁹ hetzelfde publieke belang dat de commissie-Halsema thans adviseert om te herijken. De commissie ziet daar een taak voor de politiek. De geschiedenis van het wetsvoorstel Maatschappelijke onderneming illustreert dat dat geen gemakkelijke taak is, die bij voorkeur wordt doorgeschoven naar de maatschappelijke ondernemingen zelf. Indien de politiek tot een herijking komt, is het wenselijk dat zij zich beperkt tot een kaderstellende formulering, zodat er voldoende ruimte blijft voor maatschappelijke ondernemingen om aan het na te streven belang zelf een invulling te geven. Immers, niet alleen het maatschappelijke element, maar ook het ondernemerschap van maatschappelijke ondernemingen dient tot zijn recht te kunnen komen. Ondernemerschap is niet mogelijk zonder de ruimte om keuzes te kunnen maken, ook voor wat betreft de invulling van het maatschappelijk belang dat de onderneming beoogt te dienen.

3.4 Op welk niveau formuleren?

De vraag rijst of het bij dit alles niet een valkuil is om het publieke belang te willen formuleren op een universeel niveau. Op sectorniveau zijn publieke belangen concreter te omschrijven: goede, bereikbare en betaalbare zorg, goed en toegankelijk onderwijs, enzovoort zijn als doelstelling gemakkelijker te hanteren dan algemene termen van welbevinden. De wetgever leek dit in 2009 te onderkennen door ruimte te laten aan elke maatschappelijke onderneming om zelf haar te dienen maatschappelijk belang in de statuten te laten formuleren,³⁰ de commissie-Halsema kiest een algemenere invalshoek door de verantwoordelijkheid bij de politiek te leggen. De verhouding tussen de verantwoordelijkheden van de politiek en van de maatschappelijke ondernemingen zelf afwegend, zou de politiek een toetsingskader dienen te ontwikkelen aan de hand waarvan het door maatschappelijke ondernemingen gekozen maatschappelijk belang beoordeeld kan worden.

28. Zie noot 46.

29. Of op overheidsfinanciering, maar dat is een uitvloeisel van het publieke belang.

30. Wetsvoorstel 32003, art. 2:26a lid 1 c.q. art. 2:285a lid 1.

4 Investeerders

4.1 Discussie over winstuitkering in de zorgsector

Wetsvoorstel 32003 bevatte de mogelijkheid dat een maatschappelijke onderneming winstbewijzen zou uitgeven. Langs deze weg zou de mogelijkheid worden gecreëerd voor maatschappelijke ondernemingen om privaat kapitaal aan te trekken. De discussie hierover wordt met name gevoerd in de zorgsector.³¹ De zorg wordt in Nederland bekostigd uit de publieke middelen en verzekeringspremies.³² De kosten van de zorg leggen een steeds groter beslag op de publieke middelen,³³ zodat de noodzaak opdoemde om na te denken over andere wijzen van financiering. Om risicodragende particuliere investeringen mogelijk te maken is het noodzakelijk om voor zorginstellingen een winstoogmerk toe te staan. Uitkering van winst wordt tot op heden niet toegestaan onder de Wet toelating zorginstellingen, zij het dat art. 5 lid 2 van die wet de mogelijkheid opent dat bij algemene maatregel van bestuur uitzonderingen worden gemaakt.³⁴ Als neveneffect van een winstoogmerk verwachtte de minister belast met de volksgezondheid zo'n tien jaar geleden reeds dat de zorg efficiënter, productiever, klantgerichter en innovatiever zou gaan werken.³⁵ In 2005 stelde de minister in de zogenaamde Eerste Kapitaallastenbrief³⁶ drie voorwaarden om winstuitkering in de zorg toe te laten. Ten eerste zou er 'transparante en integrale prestatiebekostiging' dienen plaats te vinden, waarmee werd bedoeld dat geen concurrentievervalsing mocht optreden doordat instellingen bepaalde kosten, bijvoorbeeld huisvesting, niet in hun kostprijs zouden behoeven incalculeren. Ten tweede diende het met publieke middelen opgebouwde vermogen niet via winstuitkeringen weg te lekken uit de sector. Ten derde zouden de publieke belangen van de zorg, te weten kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid, dienen te zijn gewaarborgd. De verwachting was destijds dat in 2012 aan deze voorwaarden kon worden voldaan. In 2007 verscheen de Tweede Kapitaallastenbrief,³⁷ waarin meer nadruk werd gelegd op de risico's van het toestaan van winstuitkering, zoals afnemende maatschappelijke betrokkenheid en vermindering van kwaliteit onder druk van financiële rendementseisen. Daarom was de toenmalige minister huiverig om voor zieken-

31. Zie o.m. diverse bijdragen in: *Recht en zorg van kwaliteit (liber amicorum voor prof. mr. J.H. Hubben)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

32. Voor 2014 worden de inkomsten voor de Zorgverzekeringswet zorg begroot op € 44,2 miljard, waarin begrepen een rijksbijdrage kinderen van € 2,5 miljard. Het resterende bedrag omvat inkomensafhankelijke bijdragen, premies en eigen risico van de verzekerden. De inkomsten voor de AWBZ worden begroot op € 28,1 miljard, zie de *Zorgthermometer* (jrg. 18, oktober 2013), Zeist: Vektis C.V., p. 25 en 32.

33. Voor 2014 wordt voor de zorgsector als geheel een kostenstijging van 5,3% voorzien ten opzichte van 2013, aldus de *Zorgthermometer* 2013, p. 5.

34. Voor significante delen van de zorgsector heeft het verbod op winstuitkering overigens nooit of niet altijd gegolden; voor een overzicht zie *Plomp* 2011, p. 34-45.

35. Kamerstukken II 2003/04, 27659, nr. 17, p. 25 e.v.

36. Brief van de minister van VWS aan de Tweede Kamer d.d. 8 maart 2005, Kamerstukken II 2004/05, 27659, nr. 52.

37. Brief van de minister van VWS aan de Tweede Kamer d.d. 9 juli 2007, Kamerstukken II 2006/07, 27659 en 29248, nr. 84.

huizen de rechtsvorm van een kapitaalvennootschap toe te staan en gaf hij de voorkeur aan een nieuwe te ontwikkelen rechtsvorm voor maatschappelijke ondernemingen. In 2009 verscheen vervolgens de zogenaamde *governance*-brief,³⁸ waarin de minister stelt dat commerciële belangen niet de overhand mogen krijgen over publieke belangen, zoals kwaliteit, toegankelijkheid, betaalbaarheid en continuïteit van de zorg. Om dat te waarborgen wil de minister dat zeggenschap geconcentreerd wordt en blijft bij het bestuur en de raad van toezicht, zodat kapitaalverschaffers geen doorslaggevende invloed op strategische beslissingen kunnen uitoefenen.³⁹ Wetsvoorstel 32003 (rechtsvorm maatschappelijke onderneming) diende mede in dit licht te worden gezien. Inmiddels is het wetsvoorstel ingetrokken. Het huidige regeerakkoord kondigt een sectorspecifieke regeling aan, waarbij winstuitkering door zorginstellingen zal worden toegestaan onder zodanige inperkingen dat alleen langetermijninvesteringen interessant zullen zijn. Er zal de eis gelden dat na de winstuitkering de solvabiliteit ten minste 20% blijft. Zorgverzekeraars zal worden toegestaan een minderheidsbelang in een instelling te nemen.⁴⁰

4.2 De knelpunten

De hiervoor beschreven gang van zaken in de zorg illustreert hoe er geworsteld wordt rond de toelaatbaarheid van private investeerders in maatschappelijke ondernemingen. Het knelpunt is uiteraard niet dat geld van private partijen van een andere kwaliteit zou zijn dan overheidsgeld. Problemen worden voorzien in het rendement en in de zeggenschap die investeerders zullen verlangen. Er wordt derhalve gezocht naar een evenwicht, waarbij enerzijds kapitaalverschaffers voldoende invloed kunnen uitoefenen en voldoende rendement kunnen verwachten om investeren aantrekkelijk te maken en anderzijds het maatschappelijk belang blijft prevaleren boven deelbelangen.

5 De overkill van een vermogensklem

5.1 Terug naar af

Bij het zoeken van een oplossing ligt het voor de hand om te gaan denken in termen van het beperken van de bevoegdheden van aandeelhouders en het versterken van de positie van andere stakeholders en het uitbreiden van het toezicht op de maatschappelijke onderneming. Deze benadering berust op de premisse dat er *a fortiori* een tegenstelling zal zijn tussen het investeerdersbelang en het maatschappelijk belang. Deze gedachte wordt ongetwijfeld gevoed door de recente geschiedenis, waarin mondiaal de gevolgen ondervonden zijn (en nog worden) van een maatschappijvisie waarin het creëren van 'shareholder value', op te vatten als het behalen van het hoogst

mogelijke rendement in de kortst mogelijke termijn, werd beschouwd als basis voor vrijwel alle menselijke activiteit.⁴¹ Deze opvatting werd dominant in het laatste decennium van de twintigste eeuw en geldt inmiddels als achterhaald. In het licht van de crisis kunnen we stellen dat op basis van de *shareholder value*-benadering geen enkele waarde wordt gecreëerd, met name niet voor aandeelhouders.⁴² Inmiddels wordt (weer) onderkend dat het aandeelhoudersbelang op langere termijn slechts verwezenlijkt kan worden indien de belangen van andere stakeholders op een evenwichtige wijze eveneens in aanmerking worden genomen.⁴³ In zekere zin is de theorie van het kapitalisme daarmee terug bij af, want haar grondlegger Adam Smith was ervan doordrongen dat niemand zijn eigen belang kan dienen zonder de belangen van anderen in aanmerking te nemen.⁴⁴

5.2 Een proportionele benadering

Naast de vrees voor dominantie van aandeelhoudersbelangen is er op politiek niveau de angst dat in maatschappelijke ondernemingen met publieke middelen opgebouwd vermogen via winstuitkeringen 'weglekt' en aldus verloren gaat voor herinvestering binnen de desbetreffende sector.⁴⁵ Maatregelen om zulk weglekken te voorkomen worden als voorwaarde genoemd alvorens risicodragende private investeringen in maatschappelijke ondernemingen toegelaten zouden mogen worden. Er zijn vier redenen tot bezinning alvorens de wetgever tot het nemen van maatregelen overgaat.

5.2.1 Waar komt het vermogen vandaan?

Allereerst is het nog maar de vraag hoeveel vermogen in maatschappelijke ondernemingen is opgebouwd uit door de overheid beschikbaar gestelde middelen. Vrijwel alle Nederlandse maatschappelijke ondernemingen met wortels in de negentiende of de eerste helft van de twintigste eeuw zijn voortgekomen uit particulier initiatief, gefinancierd met door particuliere

38. Brief van de minister en de staatssecretaris van VWS d.d. 9 juli 2009, Kamerstukken II 2008/09, 32012, nr. 1.

39. Kamerstukken II 2008/09, 32012, nr. 1, p. 31.

40. Regeerakkoord VVD-PvdA d.d. 29 oktober 2012, Bruggen slaan, p. 21. De genoemde criteria staan haaks op de trend die bijvoorbeeld blijkt uit de herziening van het bv-recht per 1 oktober 2012 (de 'flex-bv') en inhoudt dat harde toelaatbaarheidscriteria (die eenvoudig zijn 'af te vinden') worden vervangen door open normen.

41. Zie G. Herrigel, *Corporate Governance: History without Historians* (prepared for G. Jones & J. Zeitlin, *Handbook of Business History*), Oxford: Oxford University Press 2006.

42. Een uitzondering dient wellicht te worden gemaakt voor een beperkte groep, die op het hoogtepunt van de beurs zijn aandelenbezit heeft verzilverd. Daarmee gaven zij blijk de beperkte houdbaarheid van het begrip *shareholder value* te onderkennen.

43. Zie P. van Schilfgaarde, J. Winter & J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV* (16de druk), Deventer: Kluwer 2013, p. 26 e.v.

44. A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (Penn State Electronic Classics Series Publications) 1776, p. 544-545.

45. Symptomatisch hiervoor was het eerste lid van art. 2:307I van wetsvoorstel 32003, dat luidde: 'Een bepaling in de statuten omtrent de uitgifte van winstbewijzen die ertoe leidt dat middelen die door of vanwege de overheid zijn verkregen door de vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming, alsmede de vruchten van deze middelen, niet worden besteed voor het doel waarvoor zij zijn bestemd, is nietig. Bij algemene maatregel van bestuur op voordracht van Onze Minister die het aangaat, wordt aangewezen welke deze middelen zijn en wat als de vruchten daarvan aangemerkt dienen te worden.'

ren en particuliere fondsen bijeengebracht kapitaal.⁴⁶ Pas in de tweede helft van de twintigste eeuw neemt de overheid de financiering over.⁴⁷ Er is derhalve een reële kans dat een wettelijke vermogensklem een te grote reikwijdte krijgt en daarmee zijn doel voorbijschiet. Voor de vormgeving van een vermogensklem biedt het rechtspersonenrecht overigens reeds een voorbeeld. Indien namelijk een stichting op de voet van art. 2:18 van het Burgerlijk Wetboek (BW) wordt omgezet in een andere rechtsvorm, dient uit de statuten van de rechtspersoon te blijken dat het bij de omzetting aanwezige vermogen slechts met toestemming van de rechter anders mag worden besteed dan voor de omzetting was voorgeschreven.⁴⁸ Een vergelijkbare vermogensklem kan wettelijk worden voorgeschreven voor het moment dat een maatschappelijke onderneming voor het eerst aandelen, winstbewijzen of participatiebewijzen gaat uitgeven. Een vermogensklem in vorenbedoelde zin schiet echter, zoals gezegd, zijn doel voorbij, en is als wettelijke regel derhalve te kwalificeren als ondoelmatig, indien zijn werking niet beperkt wordt tot vermogensbestanddelen die daadwerkelijk en ondubbelzinnig te herleiden zijn tot overheidsinvesteringen uit het verleden.

5.2.2 *Circulatie van middelen*

Daarnaast is het voor een zuivere vaststelling dat er vermogen uit een sector weglekt noodzakelijk om alle geldstromen rond de desbetreffende sector in aanmerking te nemen en niet slechts de dividendstroom die aan investeerders wordt uitgekeerd. Het is niet onwaarschijnlijk dat winstuitkeringen vanuit bijvoorbeeld de zorg opnieuw in de zorgsector worden geïnvesteerd. Investeren brengt nu eenmaal financiële risico's mee. Daarom hebben investeerders een voorkeur voor sectoren waarmee zij bekend zijn en waarin zij ervaring hebben opgebouwd. Indien investeren in de zorg eenmaal wordt toegestaan, is het te verwachten dat er een groep investeerders zal ontstaan die een sectorspecifieke expertise ontwikkelen en om die reden bij voorkeur blijven (her)investeren in diezelfde zorg. Toestaan van winstuitkeringen in de zorg kan bewerkstelligen dat er per saldo meer vermogen in de zorg geïnvesteerd zal worden dan er via een vermogensklem behouden kan worden.

5.2.3 *Volledig 'lekvrij' is een illusie*

Ten derde dienen we niet uit het oog te verliezen dat weglekken nooit geheel te voorkomen is en ook nu al plaatsvindt, onder meer via onderaanneming, waarbij een zorgverlenende instelling de uitvoering van taken opdraagt aan een (commerciële) partner, waarmee de instelling al dan niet in een groep verbonden is. De opdracht kan betrekking hebben op facilitaire zaken, maar evenzeer op (onderdelen van) het primaire proces van de zorgverlening. Uiteraard wordt het contract tussen

de zorginstelling en de onderaannemer zodanig vormgegeven, dat de winstmarges maximaal door de onderaannemer worden genoten.

5.2.4 *Vermogensklem en efficiency*

Ten slotte kan nog worden opgemerkt dat de aanwezigheid van kapitaal nog niets zegt over een efficiënte aanwending. De investeringsbereidheid van kapitaalverschaffers is niet voor niets mede afhankelijk van het vertrouwen dat zij hebben in het management van een organisatie. Het is niet te verwachten dat een efficiënt gebruik van middelen wordt gestimuleerd via een vermogensklem. Een vermogensklem bewerkstelligt 'geoormarkt geld' dat niet voor andere bestemmingen beschikbaar is en waarvoor het bestuur dus niet de afweging behoeft te maken, zelfs niet kan maken, of een andere wijze van besteding zinvoller is dan het geoormerkte doel. Er kan derhalve een perverse prikkel ontstaan om niet te veel aandacht te besteden aan een zorgvuldige besteding van de beschikbare middelen. Daarmee is niet gezegd dat elke vermogensklem verwerpelijk is. Donateurs mogen bijvoorbeeld verlangen dat hun giften niet anders worden gebruikt dan voor het doel waarvoor ze gegeven zijn. Maar de mogelijkheid dat een vermogensklem zich keert tegen het maatschappelijk belang dient onder ogen te worden gezien.

6 Slotbeschouwing

De term 'maatschappelijke onderneming' geeft weer dat een organisatie deelneemt aan het economisch verkeer ten behoeve van een maatschappelijk belang dat rechtstreeks door haar activiteiten wordt gediend. Het maatschappelijk belang dient te worden onderscheiden van het publieke belang, dat een engere betekenis heeft. Ten opzichte van het publieke belang vervult de overheid een sleutelrol, ten opzichte van het maatschappelijk belang hoeft dat niet het geval te zijn. Het onderscheid tussen maatschappelijk belang en publiek belang wordt niet door iedereen scherp gemaakt en dientengevolge worden beide termen wel door elkaar gebruikt. Een politieke herijking, zoals door de commissie-Halsema aanbevolen, zou hier verhelderend kunnen werken.

De maatschappelijke onderneming wordt tekortgedaan en de verwachtingen van de overheid zijn te hooggespannen, indien de maatschappelijke onderneming louter wordt beschouwd als geprivatiseerde uitvoerder van overheidstaken. Het ondernemingskarakter brengt mee dat de maatschappelijke onderneming een eigenstandige positie in de samenleving inneemt, waarin zij activiteiten ontplooit hetzij waarvoor zij beter geëquipeerd is dan de overheid, hetzij waartoe de overheid niet het initiatief heeft genomen, en waartoe zij beter in staat is dan een klassieke, commerciële onderneming.⁴⁹

46. Een uitzondering betreft de psychiatrische inrichtingen, op dit terrein heeft de overheid vanouds een centrale positie ingenomen, zie J.G. Sijmons, *Aanbodregulering en de Wet toelating zorginstellingen* (diss. Groningen), Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 113-115.

47. Zie Sijmons 2006, p. 116 e.v.

48. Art. 2:18 lid 6 BW. Blijkens lid 4 is tevens rechterlijke machtiging voor de omzetting vereist.

49. Een voorbeeld van een situatie waarin een maatschappelijke onderneming beter presteert dan een commerciële organisatie is aan de orde in de uitspraak van de voorzieningenrechter in de Rechtbank Den Haag van 31 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18370.

De maatschappelijke onderneming stelt zich ten dienste van een maatschappelijk belang. Dat maatschappelijk belang dient vooralsnog door de maatschappelijke onderneming zelf in haar statuten te worden geformuleerd. Het bestuur van de maatschappelijke onderneming dient dat maatschappelijk belang te laten prevaleren boven belangen van stakeholders, waaronder de belangen van aandeelhouders of vergelijkbare kapitaalverschaffers. Dit laatste aspect is van belang bij het bepalen van de invloed die kapitaalverschaffers op het beleid van de maatschappelijke onderneming mogen uitoefenen. Om die invloed te beperken kan worden gekozen voor een wettelijke regeling van de zeggenschap van kapitaalverschaffers of voor een statutaire beperking, mits voor dat laatste een wettelijke basis aanwezig is. Er dient echter niet te snel te worden aangenomen dat er *a fortiori* een tegenstelling bestaat tussen het maatschappelijk belang en het aandeelhoudersbelang op lange termijn. De maatschappelijke onderneming dient daarom niet zozeer te worden beschermd tegen haar aandeelhouders als zodanig, als wel tegen beslissingen met een kortetermijnperspectief.

De oplettende lezer zal opvallen dat ik de term ‘aandeelhouder’ gebruik in relatie tot de maatschappelijke onderneming. In mijn dissertatie bepleit ik de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming als modaliteit van de nv en de bv,⁵⁰ anders dan de heersende gedachtegang, die uitgaat van de stichtingsvorm.⁵¹ Illustratief is in dit verband de oorsprong van het Concertgebouw te Amsterdam. De bouw van het Concertgebouw is gerealiseerd door een naamloze vennootschap, opgericht op 8 juli 1882. Ondanks de commerciële doelomschrijving van de vennootschap, het oprichten en exploiteren van een concertgebouw, stond de initiatiefnemers een maatschappelijk belang voor ogen, namelijk Amsterdam te voorzien van een behoorlijke concertzaal, zodat het openbare muziekleven op het peil van vergelijkbare Europese steden kon worden gebracht.⁵² De aandeelhouders werden kennelijk gemotiveerd door dit maatschappelijk belang, want een financieel rendement op de investering was niet snel te verwachten. Tot op de dag van vandaag wordt het Concertgebouw grotendeels gefinancierd met privaat kapitaal.⁵³ Bij wijze van dividend wordt eenmaal per jaar voor de aandeelhouders een besloten concert gegeven.⁵⁴ De vennootschap beschikt over een prestigieuze accommodatie op een prachtige locatie in de hoofdstad. Daar zou toch voor de aandeelhouders meer rendement te behalen moeten zijn dan één keer per jaar een concert? Kennelijk wordt ook aandeelhoudersbelang niet altijd uitgedrukt in ‘return on investment’.

50. Helder 2013.

51. Zie hierover D.F.M.M. Zaman, Een nieuwe rechtsvormgeving (oratie Utrecht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 30-31 en 41.

52. Zie J.H. Giskes, in: Historie en kroniek van het Concertgebouw en het Concertgebouworkest 1988-1998. Deel I, Zutphen: De Walburg Pers 1988, p. 14-22. Meer specifiek diende de Tonhalle te Düsseldorf als voorbeeld.

53. <www.concertgebouw.nl/hetconcertgebouwfonds>, geraadpleegd op 30 december 2013.

54. <www.concertgebouw.nl/het-concertgebouw/aandeelhouders/muzikaal-dividend>, geraadpleegd op 30 december 2013.