

DE STRIJD TUSSEN POLITIEK EN ALGEMEEN NUT BEOGENDE ORGANISATIES IN NEDERLAND LOSGEBARSTEN

Wees alert op de *Closing Space* voor maatschappelijk organisaties!

▷ Tekst Ineke Koele | Fotografie Dirk Kome

In een internationale context is al jaren sprake van een *Closing Space* voor organisaties in het maatschappelijke middenveld (*Civil Society*), waarbij wordt gedoeld op de toegenomen juridische beperkingen die door overheden worden opgelegd op het functioneren en financieren van algemeen nut beogende organisaties¹. Dit liet zich tot recent vooral zien in landen met een niet-liberaal of illiberaal bestuur, maar in toenemende mate sijpelt dit door in onze eigen democratie. Het is van groot belang dat de sector zich bewust is van deze inperking van haar maatschappelijke ruimte, zodat ze kan anticiperen op deze antidemocratische krachten die haar voortbestaan en daarmee ook de motor van vooruitgang welke zij in de samenleving vormt, bedreigt.

Het is dit jaar 175 jaar geleden dat Thorbecke Nederland haar nieuwe Grondwet gaf en daarmee ook haar civil society. Voor het eerst werden spelregels gecreëerd die ruimte moesten scheppen voor initiatieven en ontwikkelingen

vanuit de zichzelf organiserende maatschappij. Thorbecke was een 'spelregelliberaal', die de staat zag als een primaire rechtsgemeenschap waarbij het publieke recht altijd van de hoogste orde was. De Grondwet uit 1848 luidde het definitieve afscheid in van een staat waar slechts de belangen van corporaties en particulieren werden gediend. Vanaf nu kregen private en maatschappelijke organisaties plaats en ruimte van die staat toegewezen, waarbij het de bedoeling van Thorbecke was om de 'volkskracht' te wekken, de zelforganisatie van de burgermaatschappij: de civil society. De drie staatsmachten regering, parlement en rechtspraak werden zuiver gebalanceerd en moesten elkaar in evenwicht houden. Bedenk dat er nog geen politieke partijen bestonden en dat het parlement volledig onafhankelijk van het bestuur opereerde, zonder last of ruggespraak. Gebalanceerd door de spelregels in de Grondwet zouden regering, parlement, rechtspraak en de civil society zich op een pluriforme wijze richten op het algemene, primaire, belang en daarmee worden geïdentificeerd².

¹Zie hierover mijn eerder op 15 februari 2018 gepubliceerde betoog over hoe dit te keren in De Dikke Blauwe : <https://www.dedikkeblauwe.nl/news/enlarging-the-space-for-international-philanthropy>. Goede doelen hebben dit echter niet of zeer spaarzaam opgepakt.

²Waar het om civil society organisaties ging, werd dat in die tijd wel aangeduid met het adagium 'Bona Pauperum', het goed der armen, wat refereerde aan het tijdelijk door de kerk beheerde collectief goed ten behoeve van de armen. De juridische eigendom was ondergeschikt aan het doel waarvoor het werd verkregen.



In de huidige tijdsgeschiedenis is de heldere afbakening van Thorbecke verdwenen. Het parlement is niet meer de onafhankelijke, door lokale kringen benoemde toezichthouder van de regering. De staat is niet meer een georganiseerde publiekrechtelijke gemeenschap, maar eerder een verzameling van particuliere rechten en belangen. In de ogen van Thorbecke hebben wij een regressie meegemaakt naar een stadium vóór de Napoleontische tijd. Zodra het gemeenschappelijke publieke perspectief, hoe complex dat ook moge zijn, niet langer de maatstaf is, ontstaat disrespect voor de zuivere scheiding der machten en gaat de strijd om die macht (een privaat belang) het landschap bepalen en verdwijnt samenwerking naar de achtergrond ten gunste van concurrentie.

Waar de civil society nog wel exclusief gericht is op het publieke belang wordt dit al snel ervaren als een bedreiging door bestuur en parlement. De collectieve ambitie is dan zoek en maar al te graag wil de staat ook macht uitoefenen over die civil society, waar dat in een paradigma van samenwerking ten behoeve van het algemeen nut niet het geval zou zijn.

De eerste serieuze georkestreerde poging om de Civil Society te marginaliseren is de beperking van de giftenaftrek die in het Belastingplan 2022 *last minute* is toegevoegd. Allerwegen is het gebrek aan deugdelijke motivering van deze maatregel gehekeld. Wat echt zorgelijk is, is de wijze waarop het wetsvoorstel is voorbereid en gemotiveerd. Dit gebeurde namelijk niet door een deugdelijke wetgevende voorbereiding, maar door een media-orkestratie waarbij via het NOS journaal op 15 augustus 2022 publieke verantwoordiging werd gecreëerd rondom de schenking van een waardevol schilderij aan een ANBI met fiscale gevolgen terwijl dat schilderij rustig boven de bank van de donor bleef hangen.

Het is een uitstekend voorbeeld van een *doublespeak*³: een bewuste poging de verantwoordiging bij het publiek en dus de Tweede Kamer aan te wakkeren, waarbij de waarheid wordt verhuld. De waarheid is immers dat een schenking van de blote eigendom van een schilderij (door het vruchtgebruik te behouden kan het boven de bank blijven hangen) alleen leidt tot aftrekbaarheid indien dit terug te voeren is op een zakelijke prijsstelling in de markt voor de schenking, nu bij giften in natura uitsluitend de waarde in het economische verkeer voor aftrek in aanmerking komt.

Die waarde van de blote eigendom zal uiteraard veel lager zijn dan de waarde van het schilderij zelf, als er al een zakelijke prijs voor te hanteren zou zijn.

Ook bleef onvermeld dat musea graag het zakelijk bloot eigendomsrecht verkrijgen van schilderijen die relevant zijn voor hun collectie, omdat daarmee de toekomstige eigendom zeker gesteld is en men niet afhankelijk is van een testament en de wensen van erfgenamen of executeurs. In het wetsvoorstel zelf werd door de wetgever uitspraken gebezigd zoals: ‘als in mindering wordt gebracht op het inkomen, daarover geen inkomstenbelasting wordt betaald en de *gemeenschap dat deel van de gift voor zijn rekening neemt*’. Het is noch juridisch noch feitelijk juist om te beweren dat een belastingaftrek ‘voor rekening van de gemeenschap’ komt; dat veronderstelt dat de gemeenschap een concreet recht heeft en dat dient juist gemotiveerd te worden. Het is dus niet meer dan een politieke configuratie, die vaak door journalisten en populistten wordt gebezigd.

‘Het is noch juridisch noch feitelijk juist om te beweren dat een belastingaftrek “voor rekening van de gemeenschap” komt’

Bij een belangrijke wetstechnische ingreep is een deugdelijke motivering essentieel. Waarom zou de donor ook belasting moeten betalen over (vermogens)inkomen dat hij heeft weggeschonken? Dat is zonder verdere toelichting bepaald niet evident. Het getuigt van een cultuur van schaarste, die uitgaat van een concurrentie om belastingmiddelen en een perspectief van macht⁴.

Op 21 februari 2023 werd een volgende aanval op de Civil Society en haar kritisch denk- en handelingsperspectief gedaan vanuit een geheel andere hoek. De Tweede Kamer leden Stoffer (SGP), Eerdmans (JA21), Van der Plas (BBB) hebben een motie⁵ ingediend welke is aanvaard met hulp van CDA en VVD (81 tegen 75 stemmen) om

³ William Lutz, *Doublespeak: from ‘Revenue Enhancement’ to ‘Terminal Living’: How Government, Business, Advertisers, and others use language to deceive you*, Harper Perennial 1990. *Doublespeak* is language that avoids or shifts responsibility, language that is at variance with its real or purported meaning. It is language that conceals or prevents thought: rather than extending thought, doublespeak limits it.

⁴ Zie uitgebreider, I.A. Koele, *Excessief Schenken aan ANBI's – de Patagonia revolutie wordt gesmoord*, Fiscaal tijdschrift vermogen, december 2022, https://www.koeletaxlegal.com/publicaties/excessief-schenken-aan-anbi-s-de-patagonia-revolutie-gesmoord-ftv-december-2022#_ftn2. Ook in de vorige editie van de Dikke Blauwe is hier een artikel aan gewijd.

⁵ Tweede Kamer 2022-2023, 36169, nr. 37.

de regering opdracht te geven te verkennen in hoeverre voor belangenorganisaties met een ideëel doel op grond van artikel 3:305a BW nadere vereisten met het oog op de representativiteit gesteld moeten worden. Voor de SGP kan dit moeilijk anders worden gezien dan een Pavlov reactie op de zaak die Bureau Clara Wichmann heeft geïnitieerd tegen de Staat, op basis waarvan de Staat uiteindelijk werd veroordeeld omdat zij de SGP de vrijheid liet om in strijd met (de Grondwet en) internationale verdragen geen passief kiesrecht toe te kennen aan vrouwen⁶. In rechtsoverweging 4.3 van dit arrest maakt de Hoge Raad korte metten met het betoog van de SGP dat Clara Wichmann niet ontvankelijk was omdat het belang van de achterban van Clara Wichmann c.s. niet samenvalt met het veel beperktere belang van de specifieke groep vrouwen die zich eventueel voor de SGP kandidaat zouden willen stellen, en dat deze laatste groep de actie van Clara Wichmann c.s. niet willen. De Hoge Raad antwoordt netjes dat het hier gaat om het algemeen belang van alle burgers in Nederland bij handhaving van het grondrecht op gelijke behandeling door optreden van de Staat tegen discriminatie wegens geslacht. Nu het Clara Wichmann c.s. met hun vorderingen te doen is om het handhaven van dat grondrecht, is voldaan aan de door art. 3:305a gestelde eis van gelijksoortigheid (representativiteit).

In zijn algemeenheid kan de motie worden gezien als reactie op het zich uitbreidende vakgebied van *public interest litigation*, procesvoering in het belang van het algemeen nut, wat door ANBI's wordt geïnitieerd met hulp van fondsenwerving. Het bekendste voorbeeld is de Urgenda zaak⁷, waarin de staat der Nederlanden is bevolen zich te houden aan een CO2 reductiedoelstelling van 25% in 2020 ten opzichte van 1990. De Hoge Raad gebruikt het IPCC van de VN om de verplichtingen uit te werken die op de Staat rusten op grond van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM), specifiek de artikelen 2 en 8, die het recht op leven en het recht op eerbiediging van het privé, familie- en gezinsleven garanderen. De Hoge Raad oordeelde dat stichting Urgenda als ideële belangenorganisatie een rechtsovereenkomst tegen de Staat kan baseren op het EVRM, nu individuele personen die onder de rechtsmacht van de Staat vallen daarop een beroep kunnen doen. De wetgever heeft dit juist met artikel 3:305a BW sinds 1994 mogelijk willen maken voor rechtsovereenkomsten die strekken tot bescherming van 'gelijksoortige belangen' van andere personen, voor zover de stichting deze belangen ingevolge zijn statuten behartigt. Bij algemeen belangacties zoals deze gaat het om de behar-



tiging door een rechtspersoon van algemene belangen, die niet individualiseerbaar zijn omdat zij toekomen aan een veel grotere groep van personen, die diffuus en onbepaald is. De Hoge Raad betoogt dat *juist bij milieubelangen zoals de onderhavige rechtsbescherming door een dergelijke bundeling van belangen bij uitstek efficiënt en effectief is*⁸. In de wetsgeschiedenis en rechtspraak is aanvaard dat een collectieve actie tot bescherming van de leefomgeving kan worden ingesteld, zonder dat hiervoor vereist is dat een aanwijsbare groep van personen bescherming behoeft. Een efficiënte en effectieve rechtsbescherming wordt bevorderd indien personen niet ieder voor zich tegen de overheid procederen over dezelfde kwestie, maar het debat in kwestie (de uitwisseling van argumenten) op een collectief niveau plaatsvindt⁹.

Opvallend is dat de Nederlandse staat ook in deze zaak betoogt dat stichting Urgenda specifiek en concreet zou moeten aantonen welke risico's klimaatverandering veroorzaakt voor specifieke c.q. concreet te identificeren (groepen van) personen, maar dat is een eis die de wet juist niet stelt. De geschonden normen van artikel 2 en 8 Europees Verdrag van de Rechten van de Mens strekken ter bescherming van de belangen van (de achterban van) Urgenda, te weten alle bewoners van Nederland die door een gevaarlijke klimaatverandering worden bedreigd. De Staat heeft in cassatie betoogd dat de mensenrechten van het EVRM alleen individuele rechten garanderen maar niet de samenleving als geheel beschermt (!), wat ook werd verworpen door de Hoge Raad.

⁶ HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549.

⁷ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

⁸ Idem, r.o. 5.9.2.

⁹ Zie Conclusie Advocaat Generaal Langemeijer en Wissink, ECLI:NL:PHR:2019:887, r.o. 2.6

Burgers zouden dankbaar moeten zijn voor deze ultieme corrigerende functie van de rechterlijke macht, die naar zijn aard beperkt blijft tot het juridische instrumentarium en in het algemeen belang wordt ingesteld. Zoals Roger Cox, de advocaat die Urgenda bijstond het onlangs omschreef in Elsevier Weekblad: ‘...Daarom is een debat in de rechtszaal ook zo fijn. Al die flauwekul houdt in een rechtszaal geen stand, want dan moet je met feiten komen. Een klimaatrechtszaak is een filter voor bullshit.’¹⁰ Het is algemeen bekend dat politici in het huidige versplinterde landschap vaak niet de tijd noch middelen hebben om zich op de hypercomplexe dossiers van deze tijd werkelijk te bekwamen. In een sneller dan ooit veranderende samenleving is niets zo erg als entropie, de chaos van besluiteloosheid. Algemeen nut beogende instellingen kunnen met de juiste mensen aan boord via *public interest litigation* het algemeen nut dienen juist door die entropie te bestrijden.

De motie-Stoffer echter geeft er blijk van graag afscheid te nemen van de procesbevoegdheid van ANBI's met het argument dat een abstracte algemeen nut beogende doelstelling niet voldoende aanleiding geeft tot representativiteit. De procesbevoegdheid zou beperkt moeten worden tot massaclaims waarbij gelaedeerden een financiële bijdrage verstrekken als bewijs van hun concrete belang (representativiteit). Daarbij wordt overwogen dat “het ondernemen van juridische acties door belangenorganisaties op grond van artikel 3:305a BW mogelijk is vanuit *specifieke belangen*, met grote consequenties voor het *algemeen belang*, terwijl de representativiteit¹¹ van deze organisaties buitengewoon gering kan zijn”. Het is lastig om dit anders te kwalificeren dan een soort napleiten door de SGP in een verloren zaak met omdraaiing van argumenten (dat immers ging om het algemeen belang van non-discriminatie met grote consequenties voor het specifieke belang van de SGP).

Voor zover wordt bedoeld dat niet iedereen het eens is met de Urgenda uitspraak of Clara Wichmann uitspraak en dat dit kennelijk wel zou moeten om representatief te zijn, miskent dat de juridische geformuleerde algemeen nuttige representativiteit. Het grijpt terug naar het standpunt van de staat dat mensenrechten alleen individuele rechten garanderen maar niet de samenleving als geheel beschermt. Daarmee wordt helder dat deze Kamerleden een strijd entameren met de samenleving (civil society), waarbij men de staat niet wenst te zien als een rechtsgemeenschap die zijn oorsprong heeft in het algemeen belang, maar louter als een plek waarbij individuele rechten worden verdedigd

via het mandaat van de kiezer. Zonder de staat als idealistische rechtsgemeenschap, resteert volgens Thorbecke in een democratie slechts chaos, een strijdtoneel van particuliere rechten, waarbij de rede, het organiseren, en het algemeen belang sneuvelt.

Uiteindelijk is het recht dat via *public interest litigation* tot stand kan komen om op basis van onze beschavingsbegin-selen actie af te dwingen het laatste ressort van redelijkheid in een dolgedraaide politieke omgeving.

Bij het afsluiten van deze kopij werd door de Minister voor Rechtsbescherming F. Weerwind een reactie gepubliceerd aan de Tweede Kamer¹² waaruit blijkt dat de minister van mening is dat er (ook na de wijziging van de collectieve actie regelgeving in 2020) voldoende waarborgen bestaan voor de representativiteit van collectieve acties en dat er in 2025 een evaluatie zal plaatsvinden van deze gewijzigde regeling, waarbij ook gekeken zal worden naar het representativiteitsvereiste. Uit de beslisnota blijkt dat er op 10

‘Het grijpt terug naar het standpunt van de staat dat mensenrechten alleen individuele rechten garanderen maar niet de samenleving als geheel beschermt’

maart j.l. een uitgebreide brief is ontvangen van Oxfam Novib mede namens 26 andere maatschappelijke organisaties, over dit onderwerp. Het doet mij deugd dat de sector alert was en zich goed heeft laten voorlichten.

Niettemin zal waakzaamheid geboden blijven op dit terrein, waarvan het belang nauwelijks overschat kan worden: de toegang tot het recht van het algemeen nut namens de samenleving als geheel.

In een bredere context zal de sector moeten strijden voor haar maatschappelijke ruimte en het 175-jarig jubileum van de door Thorbecke zorgvuldig vormgegeven Grondwet zou daarbij een belangrijke impuls kunnen zijn. <

@mr. dr. Ineke A. Koele

¹⁰ <https://www.vn.nl/klimaatadvocaat-roger-cox/>

¹¹ Daarmee voldoet deze karakterisering ook aan de kenmerken van een (kwaadaardige) ‘Unspeak’, zie Steven Poole, *Unspeak: How Words become weapons, how weapons become a message, and how that message becomes reality*, Grove Press, 2007, hoofdstuk 10.

¹² <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2023/04/17/tk-reactie-op-motie-stoffer-c-s-over-verkennen-nadere-eisen-representativiteit-voor-ideele-belangenorganisaties>