

De vorm van de maatschappelijke onderneming

Minister Hirsch Ballin heeft een voorontwerp laten circuleren voor een rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming. Zijn opzet is veelbelovend, maar bevredigt nog niet. Het ontwerp houdt belangenbehartiging, advisering en toezicht onvoldoende uit elkaar, gaat voorbij aan het belang van visitatie bij een systeem met open normen en mist een kans door de op winst gerichte publieke ondernemingen niet ook meteen mee te nemen.

In het kader van de bestuurlijke vernieuwing zijn belangrijke stappen gezet met het programma: Rechtsstaat en rechtsorde: Nota bruikbare rechtsorde (Tweede Kamer, 2003–2004).

Daarin wordt onderkend dat de maatschappij behoefte heeft aan minder regelgeving, meer wendbaarheid om in te spelen op veranderingen in de vraag en meer sturing op resultaat. In de pluriforme samenleving van vandaag zijn veel problemen te ingewikkeld geworden om uitsluitend vanuit het Haagse te bedisselen; er moet ruimte komen voor meer inbreng vanuit een groeiend legioen van kwalitatief hoogwaardige professionals die (binnen een wettelijk mandaat) open normen invullen. Het voorontwerp voor een rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming volgt die benadering en kondigt aan dat het ruimte schept voor een vermindering van de regeldruk. Een mooi streven: minder regels, meer betrokkenheid van belanghebbenden en van decentrale deskundigheid, een nadere specificatie van ieders eigen verantwoordelijkheid, en met dat alles een beter resultaat. Zo'n vernieuwingsproces loopt al een tijdje, begonnen met de Wet verbetering poortwachter en de nieuwe Bijstandswet, die de reïntegratie en de arbeidsparticipatie een flinke zet hebben gegeven (Kok et al., 2006), en voortgezet met de Wet maatschappelijke ondersteuning voor de lichtere vormen van verzorging.

Kenmerk van die wetten is dat zij specifieke verantwoordelijkheden en bevoegdheden toedelen aan het bedrijfsleven, de lagere overheid en de individuele burger. Zij leggen minder nadruk op regels en procedures, en meer op motivatie, resultaat en maatschappelijk effect. In die ontwikkeling past dat wordt nagegaan of er meer kan worden overgelaten aan de particuliere stichtingen en verenigingen die onderwijs, gezondheidszorg en volkshuisvesting verzorgen, en wat dat dan betekent voor het toezicht. Juist

in die sectoren zoemt de maatschappelijke onderneming rond, nu nog als bezweringsformule, maar als het aan Hirsch Ballin ligt straks als nader omschreven rechtsvorm. Daarbij stelt hij de vraag aan de orde of de verenigings- en de stichtingsvorm wel zijn opgewassen tegen de voortschrijdende schaalvergroting die op deze sectoren afkomt. Daarnaast vraagt ook de verbreding van de problematiek waar zij voor staan om bestuurlijke herijking. Denk daarbij aan de brede school die een aantal maatschappelijke functies krijgt toegedacht, aan de vervlechting van de verslavingszorg met de arbeidsvoorziening en het huisvestingsbeleid, of de rol van de woningcorporaties in het creëren van prachtwijken (Engbersen et al., 2005).

Vernieuwing vraagt ook om een nieuwe institutionalisering

De klassieke structuur-nv is geen bruikbare optie voor de genoemde sectoren. Die streeft naar maximalisering van de aandeelhouderswaarde, en dat kan strijdig blijken met de opdracht van de maatschappelijke onderneming. Daar dient de toegankelijkheid van daartoe geormerkte voorzieningen voorop te staan, waarbij rekening gehouden wordt met de overige maatschappelijke belangen die daarbij spelen. Een complicatie van verenigingen en stichtingen is dat zij geen aandeelhouders hebben – zij zijn van niemand. Daardoor is de rekenschap aan de verschillende belanghebbenden (aan de partijen, individuen, groepen en organisaties waarvan rechten en belangen in het geding zijn) niet bevredigend geregeld. In een vraaggeoriënteerde democratie is een voor de hand liggende oplossing om de kring van belanghebbenden aan te wijzen als richtingbepalende opdrachtgever (*principal*), in een meervoudige opdrachtgever-opdrachtnemerrelatie met de instelling en als *residual claimant* voor de bestemming van een eventueel exploitatieoverschot dat binnen de maatschappelijke doelstelling van de onderneming dient te worden aangewend.

Tot zover de achtergrond van het voorontwerp, maar daar stopt het goede nieuws dan ook. Er staat te weinig over de afbakening van het domein van toepassing. Wordt de peuterspeelzaal straks ook een maatschappelijke onderneming en wordt de rijksinspectie losgelaten op schriftelijke onderwijzers als de Leidse Onderwijs Instellingen? Waar

Een complicatie van verenigingen en stichtingen is dat zij geen aandeelhouders hebben – zij zijn van niemand

DIK WOLFSON

Emeritus hoogleraar economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam

stopt de commercialisering van de gezondheidszorg – bij de apothekers? In Trouw van 12 december 2007 vraagt Annelies Huygen zich terecht af of de parallel met het commerciële bedrijfsleven niet te gedachteloos wordt doorgetrokken. Het onderwijs is geen verffabriek, leerlingen zijn geen potjes verf en leraren maken geen onderdeel uit van een top-downproductieproces, maar moeten bottom-up een eigen, professionele inbreng kunnen hebben. Een manco is ook, zoals al aangestipt, dat het ontwerp niet aangeeft hoe de Raden van Toezicht in de gaten worden gehouden bij het ontbreken van aandeelhouders en in welke mate en in welk tempo de regeldruk wordt verminderd: in een big bang, of in een onduidelijk proces?

Van de drie genoemde sectoren zijn de woningcorporaties het verst gevorderd op de weg naar een meer marktanaloge bedrijfsvoering. Ze dienen hier verder als voorbeeld om de materie te verhelderen. Corporaties worden gereguleerd krachtens de Woningwet, in het Besluit Beheer Sociale Huursector (BBSH) dat hun maatschappelijke missie formuleert en onder meer bepaalt (1) dat zij zich moeten richten op het scala van belanghebbenden in hun omgeving, (2) dat eventuele winsten ten dienste staan van de volkshuisvesting in bredere zin en (3) dat er een huurdersvertegenwoordiging zal zijn die twee leden mag voordragen voor de Raad van Toezicht (RvT). Op papier is er dus al heel wat geregeld, maar hoe functioneert dat in de praktijk? De corporaties hebben een snelle ontwikkeling doorgemaakt, zowel in omvang als in oriëntatie. De professionalisering van het toezicht heeft daarmee niet altijd gelijke tred gehouden en de minister zoekt wegen om naast de huurders ook de andere belanghebbenden (zoals de gemeenten en de zorginstellingen waarmee wordt samengewerkt) een plaats in het toezicht te geven. Wie bepaalt dan die zeteltoedeling? Maakt de corporatie dat zelf uit? En vermeng je in de voorgestelde opzet belangenbehartiging, advisering en toezicht van en door bewoners of andere belanghebbenden niet te veel? Daar waarschuwt de WRR (2004) nu juist voor. Laat de opzet dan zijn om, zonder functies te vermengen, een optimale vorm te vinden voor de inspraak van belanghebbenden en de rekenschap naar de omgeving van de corporatie. Ook hier gaat het weer om die klassieke vraag uit het Romeinse recht: *Quis custodiet ipsos custodes*: wie houdt de toezicht-houders in de gaten?

Ook hier gaat het weer om die klassieke vraag uit het Romeinse recht: *Quis custodiet ipsos custodes*: wie houdt de toezichthouders in de gaten?

Daarbij kunnen belangenbehartiging, advies en toezicht uit elkaar worden gehouden door de vertegenwoordiger van de huurders en de commissaris algemeen belang geen stemrecht te geven in de Raad van Toezicht

Een commissaris algemeen belang als tussenpersoon

Ruil een van die twee plaatsen van de huurders nu eens in voor een commissaris algemeen belang als onafhankelijke tussenpersoon die er meer in het bijzonder op toeziet dat de RvT en de corporatie zich richten op een evenwichtige behartiging van de belangen van haar verschillende belanghebbenden (Wolfson, 2006). Geef de gemeente(n) waar de corporatie werkzaam is een recht van voordracht voor die benoeming, na consultatie van de corporatie, en bewaak de onafhankelijkheid van die functionaris door te bepalen dat het geen zittende politicus of ambtenaar mag zijn, want hij/zij moet ook de gemeente(n) bij de les houden. Dat biedt een houdbare vorm voor de bepleite vertegenwoordiging van belanghebbenden. Daarbij kunnen belangenbehartiging, advies en toezicht

uit elkaar worden gehouden door de vertegenwoordiger van de huurders en de commissaris algemeen belang geen stemrecht te geven in de Raad van Toezicht. In die figuur laat hun invloed zich borgen als, naast de huurdersvereniging, ook de commissaris algemeen belang een enquêterecht krijgt, met toegang tot de Ondernemingskamer of de bestuursrechter, zonder rechter te zijn in eigen zaak. Die rol van de Ondernemingskamer, voorgesteld door de SER (2005), vindt nogal wat weerklank in Den Haag. Zij zou zich niet hoeven te beperken tot het vernietigen of schorsen van besluiten, maar zelfs kunnen uitstrekken tot het ontslag van de Raad van Toezicht. Het is echter de vraag of de route langs de Ondernemingskamer wel de meest voor de hand liggende is. Wat daar wordt voorgelegd zal, als regel, gaan om een toetsing aan de door de overheid (in het BBSH) geformuleerde missie, en dat is een politieke en geen juridische aangelegenheid. Elders (Wolfson, 2006) is dan ook geopperd om het Centraal Fonds Volkshuisvesting, dat het financiële toezicht houdt namens de minister, om te bouwen tot een Autoriteit Sociale Volkshuisvesting, als een ZBO van VROM die aanwijzingen kan geven en voor ontslag kan voordragen. Zo wordt de ministeriële systeemverantwoordelijkheid op afstand gezet, maar niet weggemoffeld.

De figuur van de commissaris algemeen belang is, *mutatis mutandis*, afgekeken van de positie van de Koninklijk Commissaris bij De Nederlandsche Bank onder de Bankwet van vóór de Europese Centrale Bank. Die functionaris werd rechtstreeks benoemd door de minister van Financiën, was géén ambtenaar, woonde de vergaderingen van de Raad van Commissarissen bij zonder stemrecht, en onderhield een eigen communicatiekanaal met het ministerie van Financiën. Hij dubbelde daarnaast als voorzitter van de Bankraad, een onafhankelijk adviescollege dat regelmatig vergaderde, waardoor hij de regels van het spel beheerste en een beschikbaarheidsnut had om een second opinion te kunnen geven ingeval de minister de bank een aanwijzing zou geven. Die procedure was opgetuigd met het oogmerk te helpen voorkomen dat het ooit tot een aanwijzing kwam, en dat is ook nooit gebeurd, want daar hadden minister en bank allebei belang bij.

Het aanwijzingsrecht is inmiddels vervallen in de Europese bankwet, om de volstreekte onafhankelijkheid van de ECB te dramatiseren, en daar houdt de parallel dan ook op. Een aanwijzingsrecht voor de minister of, namens deze, voor de hier voorgestelde verzelfstandigde Autoriteit (met een naar verwachting weer voornamelijk preventieve werking) zou een alternatief kunnen zijn voor de door de SER en in het voorontwerp bepleite mogelijkheid van een gang naar de rechter. De rol van de Bankraad zou dan gespeeld kunnen worden door een landelijke codecommissie voor het toezicht op woningcorporaties, zoals we die nu al kennen in de commissie-Terlouw.

Waarom een voordrachtsrecht bij de gemeenten? Formeel omdat de borging van het algemeen belang aan de overheid is voorbehouden; in dit geval zou dat de nabije overheid moeten zijn. Materieel omdat de regiefunctie voor de veiligheid, de sociale samenhang, de leefbaarheid,

de maatschappelijke ondersteuning, de geestelijke gezondheidszorg en het verslavingsbeleid, alsook de uitvoering van de Wet werk en bijstand, al bij de gemeenten gelegd zijn – daarmee is het hele scala van belanghebbenden naast de huurders beled. Een voordracht door de gemeenten(n) ligt niet gemakkelijk in een sector met een sterke vrijheidsdrang, maar het is wel de prijs voor de optimalisering van het decentrale, geïntegreerde en resultaatgerichte welzijnsbeleid dat het kabinet voor ogen staat met zijn programma Bruikbare rechtsorde, dat anderzijds de corporaties juist meer handelingsruimte biedt om, samen met anderen, de leefbaarheid van de buurt te verbeteren. Een keurmerk of een *governance code* alléén volstaat niet, zolang een evenwichtige belangenbehartiging niet op voorhand geborgd is en Raden van Toezicht zichzelf coöpteren zonder dat een commissaris algemeen belang een oogje in het zeil houdt. Een alternatief zou kunnen zijn om die commissaris te laten benoemen door de voorgestelde Autoriteit, maar die kent de lokale netwerken van belanghebbenden weer niet. Het is beter die mogelijkheid in de reserve te houden, voor het geval de gemeente(n) en de corporatie het niet eens kunnen worden over een kandidaat.

De strategische betekenis van visitatie

Een tekortkoming van het voorontwerp is dat de minister geheel voorbij gaat aan de strategische rol van visitatie. Visitatie is ontwikkeld in de wereld van het onderwijs, als hulpmiddel bij de interne verantwoording, met als opdrachtgever de betrokken instelling zelf. Dat begint met een zelfevaluatie aan de hand van een door een visitatiekoepel opgesteld protocol (Raeflex, 2007). Die koepel benoemt vervolgens een onafhankelijke commissie die, met de zelfevaluatie als startpunt, een interprofessionele toetsing uitvoert bij alle betrokkenen, zowel intern als in de omgeving (huurdersorganisaties, gemeente, zorginstellingen). Door niet de les te lezen, maar in *blame-free reporting* transparant te maken hoe er, van binnen en van buiten, naar de corporatie wordt gekeken, maakt zij de sterke kanten van de instelling zichtbaar en legt zij de zwaktes bloot die zijn ondergesneeuwd door de macht der gewoonte. Ze ondersteunt niet alleen het interne toezicht van directie en Raden van Toezicht, maar leert zelf ook en kan ervaringen en innovaties in volgende visitaties elders uitdragen. Dat is te meer van belang nu de corporaties nieuwe vormen zoeken in de integratie van de maatschappelijke dienstverlening.

Juist bij de maatschappelijke onderneming, waar weinig of geen bedrijfsgeheimen te bewaren zijn en professionals graag over hun werk praten, blijkt visitatie een heilzaam therapeutisch proces, waarin de instelling, van hoog tot laag, leert om naar zichzelf te kijken. Zorg ervoor dat de visitatoren geen banden hebben met de corporatie of de plaatselijke belanghebbenden, geef de commissie geen sanctiebevoegdheden, en houd het horizontaal (als sluitstuk van het interne toezicht), dat bevordert een open discussie. In de politiek gaan stemmen op om de visitatie van woningcorporaties verticaal (hiërarchisch) te organiseren, vanwege de minister, maar dat blijkt nu juist contraproductief, in een professionele organisatie. Laat, in de methodiek, ruimte om recht te doen aan de grote onderlinge verschillen in de opgaven waar de corporaties voor staan, maar maak de resultaten wel openbaar, want het gaat, juist bij een maatschappelijke onderneming, óók om het bevorderen van transparantie naar de samenleving toe. In de praktijk blijkt het visitatierapport een belangrijk instrument om in het verticale toezicht vanwege de betrokken minister een beperking tot risicomangement mogelijk te maken en een stapeling van controles te voorkomen. Dat wil het kabinet toch?

Juist bij de maatschappelijke onderneming, waar weinig of geen bedrijfsgeheimen te bewaren zijn en professionals graag over hun werk praten, blijkt visitatie een heilzaam therapeutisch proces

Het Rijk heeft zijn overheidscommissaris de laatste jaren vrijwel overal teruggetrokken.

Dat lijkt strijdig met de opvatting dat het Rijk zich meer moet laten gelden als aandeelhouder

Overheidsdeelnemingen

Een gemiste kans is ten slotte dat minister Hirsch Ballin de strekking van zijn wetsontwerp wil beperken tot niet op winst gerichte instellingen. Ook in de winststrevende sector zijn er ondernemingen die publieke belangen behartigen en waarin de overheid dan ook deelneemt. Denk bijvoorbeeld aan grote spelers in de infrastructuur, zoals Schiphol, de zeehavens en NS/ProRail, waarvan de missie sterk is verweven met de ruimtelijke ordening, het mobiliteitsbeleid en de zorg voor het milieu.

Over het deelnemingenbeleid heeft minister Bos half december de nota Naar een actief publiek aandeel-

houderschap uitgebracht. Daarin betoogt hij dat de borging van publieke belangen via wet- en regelgeving alléén te rigide kan zijn en dat publieke belangen in een dynamische omgeving niet altijd vooraf duidelijk en contracteerbaar zijn (Shleifer, 1998). “Toen we de Haarlemmermeer drooglegden, heeft niemand eraan gedacht dat daar een luchthaven zou komen”, is een gevleugeld woord op het Ministerie van Verkeer en Waterstaat. In een dynamische omgeving moet je ruimte contracteren voor veranderende publieke belangen. Hoe doe je dat? Door naast de rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming ook die van wat elders een missiegebonden publieke onderneming is genoemd in het ondernemingsrecht te introduceren, voor winststrevende bedrijven met aandeelhouders als *residual claimant*, en door daarbij het belang van de onderneming in de statuten te omschrijven in termen van de gewenste mengvorm van publieke en bedrijfseconomische belangen (Eerste Kamer, 2003; Wolfson, 2005). Zo weten directie en commissarissen waar ze aan toe zijn. Minister Bos wil het publieke belang borgen als een activistische aandeelhouder, in een jaarlijks overleg met de voorzitter van de Raad van Commissarissen over de strategie, grote investeringen, het bezoldigingsbeleid

en de vermogensstructuur. Dat is te weinig en te veel achteraf. Ook hier dient de in de hiervoor bepleite figuur van de onafhankelijke commissaris algemeen belang zich weer aan, die in dit geval wordt benoemd door de minister van Financiën, eventueel na overleg met andere ministers wie het aangaat. Die commissaris kan voorkomen dat het Rijk voor voldongen feiten wordt geplaatst. Hij of zij zou (weer zonder stemrecht, zie boven) besluiten ter schorsing of vernietiging moeten kunnen voordragen bij de Ondernemingskamer, die in deze

figuur (met de aandeelhouder als principaal) meer op zijn plaats lijkt dan bij niet op winst gerichte maatschappelijke ondernemingen zonder aandeelhouders als rechthebbenden op het exploitatieoverschot. Die figuur is heel wat soepeler en doeltreffender dan de enige sanctie waar de nota van Bos over spreekt: het heenzenden van de Raad van Commissarissen. Het Rijk heeft zijn overheidscommissaris de laatste jaren vrijwel overal teruggetrokken. Dat lijkt strijdig met de opvatting dat het Rijk zich meer moet laten gelden als aandeelhouder. Die commissariaten werden vaak vervuld door topambtenaren, als stemgerechtigd lid van de raad. Ze waren, als ze al optraden, niet onafhankelijk; als dat een bezwaar zou zijn, biedt de hier bepleite formule daarvoor een oplossing.

Conclusie

Er speelt van alles op ondernemingsrechtelijk gebied, in Den Haag, maar aan de coördinatie en de invulling valt nog wel wat te verbeteren. Bedenk daarbij dat de vormgeving van de maatschappelijke onderneming een politiek gevoelige kwestie is van machtsverhoudingen in de economische orde, in een spanningsveld tussen opvattingen over het primaat van de politiek en voorkeuren voor subsidiariteit. Anders dan de economische theorie, die zich waarderingsvrij laat beoefenen in weerlegbare observaties (Hennipman, 1977), ontkomt de economische politiek niet aan waarderingsoordelen, die alleen controlebaar zijn door ze te expliciteren. Het voorontwerp leent zich ook wat dat betreft voor verduidelijking. In het voorafgaande is getracht een brug te slaan tussen de rol van de politiek en die van de privaatrechtelijke maatschappelijke organisaties in de drie besproken sectoren. Onder verwijzing naar het kabinetsprogramma Bruikbare rechtsorde wordt erkend dat de professionaliteit van werkers in het onderwijs, de zorg en de sociale huursector verlangt dat de instellingen die daar werkzaam zijn op afstand worden gestuurd (Van den Brink et al., 2005). De toenemende verwevenheid van de sociale problematiek in die drie sectoren is een reden te meer om ruimte te laten voor eigen initiatief en innovatiekracht. Anderzijds wordt daar wel gewerkt met publiek geld (rechtstreeks of via huurbijdragen en belastingfaciliteiten) en dat vereist weer een vorm van rekenschap waarover een gekozen bestuurder verantwoording kan afleggen tegenover een gekozen volksvertegenwoordiging die een integrale afweging kan maken. Ten slotte moet worden erkend dat de representativiteit van Raden van Toezicht nog niet op voorhand is geborgd. Daarom is hier een vorm van endogene bemiddeling geïntroduceerd in de persoon van een commissaris algemeen belang, om de rechter niet te snel lastig te vallen met zaken waarvoor zij niet is. Die commissaris zou ook proactief toezicht kunnen houden in op winst gerichte, missiegebonden publieke ondernemingen zoals NS of Schiphol, waarvoor nu wat argeloos wordt vertrouwd op sturing vanuit het aandeelhouderschap.

LITERATUUR

- Brink, van den G., T. Jansen en D. Pessers (2005) Beroepszeer; waarom Nederland niet goed werkt. *Christen Democratische Verkenningen*, zomer 2005.
- Eerste Kamer (2003) *Handelingen*, 15 april 2003.
- Engbersen, G., E. Snel en A. Weltevrede (2005) *Sociale herovering in Amsterdam en Rotterdam*. WRR-Verkenning nr 8, Amsterdam: Amsterdam University Press.
- Hennipman, P. (1977) *Welvaartstheorie en economische politiek*. Alphen a/d Rijn: Samsom.
- Kok, L., D. Hollanders en J.P. Hop (red.) (2006) *Kosten en baten van integratie*. Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek.
- Raeflex – Stichting visitatie woningcorporaties (2007) *Visitatieprotocol*. Hilversum/Utrecht: Raeflex – Stichting visitatie woningcorporaties.
- SER (2005) *Advies Ondernemerschap voor de publieke zaak*. Den Haag: SER.
- Shleifer, A. (1998) State versus private ownership. *Journal of Economic Perspectives*, 12(4), 133–150.
- Tweede Kamer (2003–2004) *Rechtsstaat en Rechtsorde: Nota bruikbare rechtsorde*, 29279, nr 14.
- Wolfson, D. J. (2005) *Transactie als bestuurlijke vernieuwing*. WRR-Verkenning nr 9, Amsterdam: Amsterdam University Press.
- Wolfson, D. J. (2006) Oud en nieuw in het toezicht op woningcorporaties. *Tijdschrift voor de volkshuisvesting*, 12(1), 11–15.
- WRR (2004) *Bewijzen van goede dienstverlening*. Den Haag: Sdu Uitgevers.