



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De overheidsonderneming : overheidsinvloed in kapitaalvennootschappen nader beschouwd

Nijland, J.

Citation

Nijland, J. (2013, November 12). *De overheidsonderneming : overheidsinvloed in kapitaalvennootschappen nader beschouwd*. *Ars Notariatus*. Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/22187>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/22187>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/22187> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Nijland, Jelle

Title: De overheidsonderneming : overheidsinvloed in kapitaalvennootschappen nader beschouwd

Issue Date: 2013-11-12

De overheidsonderneming

De overheidsonderneming

Overheidsinvloed in kapitaalvennootschappen
nader beschouwd

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op dinsdag 12 november 2013
klokke 16.15 uur

door

Jelle Nijland

geboren te Dordrecht

in 1978

Promotiecommissie:

Promotor: prof. mr. W.G. Huijgen

Overige leden: mr. dr. P.C. Adriaanse (Universiteit Leiden)
prof. mr. H.E. Boschma (Rijksuniversiteit Groningen)
prof. mr. H.J. de Ru (Vrije Universiteit Amsterdam)
prof. dr. R.C. Tobler LL.M (Universiteit Leiden en
Universiteit van Basel, Zwitserland)
prof. mr. D.F.M.M. Zaman (Universiteit Utrecht en
Universiteit Leiden)

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

Drukwerk: Proefschriftmaken.nl/Uitgeverij BOXPress

© 2013 J. Nijland

ISBN 978-90-8891-719-6

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische vervoelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Voor mijn vrouw Meeha

Inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN

XIII

1	INLEIDING	1
1	Inleiding	1
2	Relevantie onderzoeksonderwerp	4
3	Uitwerking onderzoeksonderwerp	7
3.1	Probleemstelling	7
3.2	Afbakening	9
3.3	Plan van behandeling	11
3.4	Methodologie	12
4	Terminologie	13
4.1	Algemeen	13
4.1.1	Privatisering en verzelfstandiging	13
4.1.2	Overheid	17
4.1.3	Publiek belang en publieke taak	17
4.1.4	Maatschappelijke, sociale en algemene belangen	21
4.2	Overheidsinvloed	21
4.3	De overheidsonderneming	23
4.3.1	Het ondernemingsbegrip	23
4.3.2	Overheidsonderneming: verbondenheid met de overheid	27
5	Historische ontwikkeling van de overheidstaak	32
5.1	Inleiding	32
5.2	Van non-interventie tot stimulering	32
5.3	Naar marktwerking en privatisering	39
5.4	Een nieuw tijdperk: wijziging deelnemingenbeleid	44
5.5	De hernieuwde wens tot overheidsinvloed: financiële instellingen en het publieke belang	46
2	DE OVERHEID IN PRIVAATRECHTELIJKE RECHTSVORMEN	49
1	Inleiding	49
2	Boek 2 BW als kader voor de overheidsonderneming	51
2.1	Algemeen	51
2.2	Privaatrechtelijke- en publiekrechtelijke rechtspersonen	54
2.3	Algemene regeling van Boek 2 BW en de overheidsonderneming	57
3	De overheidsonderneming in privaatrechtelijke rechtspersonen	68
3.1	Belang van rechtspersoonlijkheid voor de overheidsonderneming	68
3.2	De oprichtende overheid en de tweewegenleer	71
3.3	De privaatrechtelijke rechtspersonen als overheidsondernemingen	79
4	Conclusie	90

3	DE OVERHEIDSONDERNEMING OP DE SCHEIDSLIJN TUSSEN PRIVAAT- EN PUBLIEKRECHT	93
1	Inleiding	93
2	De verhouding tussen publiek- en privaatrecht in het algemeen	94
3	De normenkaders voor de overheidsonderneming	96
3.1	Algemeen	96
3.2	De overheidsonderneming als bestuursorgaan in de zin van art. 1.1 lid 1 sub b Awb	96
3.3	De overheidsonderneming en de doorwerking van publiekrechtelijke normen in het privaatrechtelijke kader	99
3.3.1	Algemeen	99
3.3.2	De gemengde rechtsleer op de overheidsonderneming toegepast	100
3.4	Invulling van het normenkader voor de overheidsonderneming	103
3.4.1	Beginnelsen	103
3.4.2	Legitimiteit gebruik privaatrechtelijke rechtsvorm voor overheidsonderneming	108
4	Conclusie	109
4	OVERHEIDSONDERNEMING EN KAPITAALVENNOOTSCHAP	111
1	Inleiding	111
2	Kapitaalvennootschap als ondernemingsvorm voor de overheidsonderneming	113
2.1	Algemeen	113
2.2	Doelstelling overheidsonderneming	120
2.3	Organisatie; organen van de overheidsonderneming	129
3	Het bestuur van de overheidsonderneming	131
3.1	Taken en bevoegdheden	131
3.2	Benoeming en ontslag bestuurders overheidsondernemingen	135
3.3	Bezoldiging bestuurders overheidsondernemingen	136
4	Raad van commissarissen bij overheidsondernemingen	144
4.1	De raad van commissarissen nader beschouwd	145
4.1.1	Taak en bevoegdheden van de raad van commissarissen	145
4.1.2	Benoeming en ontslag commissarissen door de overheid	147
4.1.3	Niet-uitvoerend bestuurders in een monistisch model	152
4.2	Positie van de overheidscommissaris; Commissaris van overheidswege terug van weggeweest	153
4.2.1	Historie van de commissaris van overheidswege	153
4.2.2	Taak van de overheidscommissaris	156
4.2.3	Verhouding vennootschapsbelang en publiek belang	160
4.3	Tussenconclusie	164
5	De overheid als aandeelhouder	164
5.1	Aandeelhouderschap en de positie van aandeelhouders in het algemeen	169
5.2	Aandelen ter behartiging van het publiek belang: de overheid als aandeelhouder	173
5.2.1	Deelnemingenbeleid Rijksoverheid	174

5.2.2	Van 100% aandeelhouder tot minderheidsaandeelhouder	186
5.2.3	Banken een publiek belang? Wet Stichting administratiekantoor beheer financiële instellingen	194
5.2.4	De Rijksoverheid versus andere aandeelhouders	197
5.3	Structuurvennootschap en de positie van de overheid	205
5.3.1	Algemeen	205
5.3.2	Verlicht regime en ministeriële ontheffing voor overheidsondernemingen	208
6	De overheid als derde bij de vennootschap	212
7	Conclusie	212
5	OVERHEIDSONDERNEMING IN EUROPEESRECHTELIJK PERSPECTIEF	215
1	Inleiding	215
1.1	Algemeen	215
1.2	Toetsing overheidsonderneming aan artikel 106 VWEU	218
1.3	Opzet	222
1.4	Vrije markt als uitgangspunt in de Europese Unie	22
2	Nationale eigendomsregelingen van overheidsonderneming ex artikel 345 VWEU	225
2.1	Algemeen	225
2.2	Artikel 345 VWEU: neutraliteit als uitgangspunt?	226
2.3	Onderscheid toekenning en uitoefening eigendomsrechten	228
2.4	De reikwijdte van de bescherming van artikel 345 VWEU	229
2.5	Vrij verkeerregels voor de overheidsonderneming	230
2.5.1	De fundamentele vrijheden	230
2.5.2	Gouden aandelen en het vrij verkeer van kapitaal en vestiging	235
2.6	Tussenconclusie	240
3	Artikel 106 lid 1 VWEU en de overheidsonderneming in het mededingingsrecht	241
3.1	Openbare bedrijven en overheidsondernemingen	241
3.2	De verhouding tussen artikel 106 lid 1 VWEU en artikel 345 VWEU: overheidsonderneming en bijzondere of exclusieve rechten	243
3.3	De overheidsonderneming in het mededingingsrecht	245
3.3.1	Inleiding	245
3.3.2	De verhouding tussen de verschillende relevante normatieve bepalingen voor de overheidsonderneming	245
3.3.3	Het kartelverbod van artikel 101 VWEU	246
3.3.4	Het verbod op misbruik van machtspositie ex artikel 102 VWEU	249
4	Artikel 106 lid 2 VWEU. Diensten van algemeen economisch belang en de staatssteunregels	255
4.1	Algemeen	255
4.2	Uitzondering diensten van algemeen economisch belang	257
4.3	Discretionaire bevoegdheid lidstaten tot wettelijke aanwijzing onderneming en publieke taak als dienst van algemeen economisch belang	258

4.4	De uitzondering van artikel 106 lid 2 VWEU en de verhouding tot staatssteunregels	262
4.4.1	Het Altmark-arrest	263
4.4.2	Het Altmark-pakket	264
4.5	Staatssteunregels voor overheidsondernemingen	266
4.5.1	Definitie staatssteun ex artikel 107 VWEU	266
4.5.2	Uitzonderingsmogelijkheden op het staatssteunverbod	270
4.5.3	Artikel 107 lid 3 sub b VWEU als uitzondering voor financiële instellingen	274
4.5.4	Tussenconclusie	276
5	Conclusie	277
6	OVERHEIDSONDERNEMING IN DE PRAKTIJK	283
1	Inleiding	283
2	NV Luchthaven Schiphol	284
2.1	Bedrijf Schiphol	284
2.1.1	Algemeen	284
2.1.2	Historie van Schiphol; van militaire vliegwei tot structuurvennootschap	284
2.1.3	De Naamloze Vennootschap Luchthaven Schiphol	288
2.2	Huidige visie met betrekking tot de NV Luchthaven Schiphol	299
2.2.1	Afstoting aandelen NVLS: ratio en alternatieve waarborgen	301
2.2.2	Verhouding publieke aandeelhouders	308
2.3	Tussenconclusie	310
3	NV Nederlandse Spoorwegen	311
3.1	Historie	311
3.2	Wettelijk kader spoorwegen	315
3.3	Vennootschappelijk kader NV Nederlandse Spoorwegen	319
3.3.1	Statutaire bepalingen NV Nederlandse Spoorwegen	319
3.3.2	Vennootschapsbelang versus publiek belang	321
3.4	ProRail BV versus NV Nederlandse Spoorwegen	328
3.5	Tussenconclusie	330
4	TenneT Holding BV en TenneT TSO BV	331
4.1	Wettelijk kader landelijk netbeheer	331
4.2	Vennootschapsrechtelijk kader TenneT Holding BV	340
4.2.1	Statutaire bepalingen TenneT Holding BV en TenneT TSO BV	341
4.2.2	Vennootschapsbelang versus publiek belang: de gewenste coördinatie tussen de verschillende publieke aandeelhouders	342
4.3	Tussenconclusie	345
5	Conclusie	346
7	RECHTSVERGELIJKING	347
1	Inleiding	347
2	Duitsland	348
2.1	Inleiding	348

2.2	De Duitse overheid als ondernemer	349
2.2.1	Het Duitse vennootschapsrecht: de overheid in GmbH en AG	352
2.2.2	Publiekrechtelijk kader voor de overheidsonderneming: <i>Ingerenzpflicht</i>	354
2.2.3	Privaatrechtelijk kader voor de overheidsonderneming: <i>Gemeinnützigen GmbH</i> en <i>Public Corporate Governance Kodex</i> (PCGK)	355
2.3	De Deutsche Bahn AG als voorbeeld van een Duitse overheidsonderneming	358
2.3.1	Algemeen	358
2.3.2	De toekomst van DB AG: Staat blijft aandeelhouder	358
2.3.3	Statutaire rechten binnen DB AG voor de Duitse Staat	359
2.4	Tussenconclusie	361
3	België	361
3.1	Algemeen	361
3.2	De overheidsonderneming in het Belgisch staatsrechtelijk kader	363
3.3	Het Belgisch kader voor rechtspersonen	367
3.3.1	De vereniging zonder winstoogmerk	368
3.3.2	De private stichting en de stichting van algemeen nut	369
3.4	Het Belgisch Wetboek van Vennootschappen	372
3.4.1	De Belgische naamloze vennootschap	373
3.4.2	Vennootschappen met sociaal oogmerk	375
3.5	De Wet Autonome Overheidsbedrijven	377
3.5.1	De naamloze vennootschap van publiek recht nader bezien	378
3.5.2	Het beheerscontract en het personeelsstatuut	384
3.6	De Belgische overheid in vennootschappen	385
3.6.1	De overheid binnen de naamloze vennootschap van publiek recht	386
3.6.2	De minister van Overheidsbedrijven	387
3.7	Tussenconclusie	388
4	Frankrijk	389
4.1	Algemeen	389
4.1.1	Frans rechtspersonenrecht als basis voor het Nederlandse rechtspersonenrecht	389
4.1.2	Het staatsrechtelijk bestel in Frankrijk en het beleid ten aanzien van overheidssturing	390
4.2	Rechtsvormen voor overheidsondernemingen	392
4.2.1	Het <i>Établissement public à caractère industriel et commercial</i> (EPIC)	392
4.2.2	De <i>Société anonyme</i> en <i>Société d'économie mixte</i>	393
4.3	Beheer en invloed in deelnemingen	394
4.3.1	Het Franse <i>action spécifique</i>	394
4.3.2	Agentschap voor staatsdeelnemingen APE	395
4.3.3	De <i>Audit committee</i> en <i>Strategy Committee</i>	399
4.4	Afstoting van overheidsdeelnemingen	400
4.5	Tussenconclusie	401
5	Het Verenigd Koninkrijk	402
5.1	Algemeen	402
5.2	Het vennootschapsrechtelijk kader: de <i>Companies Act 1985</i> en <i>Companies Act 2006</i>	405
5.2.1	De <i>private company limited by shares</i> en de <i>public limited company</i>	406

5.2.2	<i>De company limited by guarantee</i>	410
5.2.3	<i>De community interest company (CIC)</i>	412
5.3	Systeem van externe toezichthouders	413
5.3.1	Algemeen	413
5.3.2	<i>De Office of Rail Regulation</i>	414
5.3.3	De overheidsonderneming <i>Network Rail</i> nader bezien	415
5.4	Tussenconclusie	416
6	Conclusie	417
8	CONCLUSIE EN AANBEVELINGEN	419
1	Inleiding	419
2	Onderzoeksbevindingen	419
2.1	Hoofdstuk 1	419
2.2	Hoofdstuk 2	421
2.3	Hoofdstuk 3	421
2.4	Hoofdstuk 4, 6 en 7	422
2.5	Hoofdstuk 5	423
3	De publieke naamloze vennootschap	424
3.1	Behoeftte aan een vennootschap ter behartiging van het publieke belang	424
3.2	De inrichting van de overheidsonderneming in de publieke naamloze vennootschap	426
3.2.1	Algemeen	426
3.2.2	Verplichte naamvoering van de publieke naamloze vennootschap	426
3.2.3	De doelomschrijving en winstmaximalisatie	427
3.2.4	Bijzondere zeggenschaps- en goedkeuringsrechten	427
3.2.5	De strategische commissie voor het publiek belang	428
3.2.6	Certificering	428
4	Voorstel tot coördinatie van beleid met betrekking tot overheidsondernemingen: centralisatie	429
4.1	Algemeen	429
4.2	Het uitvoeringsconvenant	430
4.3	Informatievoorziening ten behoeve van transparantie	430
5	Voorstel artikel 2:151a BW voor de invoering van de publieke naamloze vennootschap	431
	SUMMARY	433
	LITERATUURLIJST	439
	JURISPRUDENTIEREGISTER	463
	TREFWOORDENREGISTER	467
	CURRICULUM VITAE	477

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State
Afd.	Afdeling(en)
AG	<i>Aktiengesellschaft</i>
A-G	Advocaat-Generaal
AktG	<i>Aktiengesetz</i>
APE	<i>l'Agence des participations de l'État</i>
Art(t).	artikel(en)
AvA	algemene vergadering van aandeelhouders
Awb	Algemene Wet Bestuursrecht
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
BGHZ	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen</i>
BR	Bouwrecht
BV	Besloten Vennootschap
B.V.	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
(oud) BW	Burgerlijk Wetboek 1838
CIC	<i>Community Interest Company</i>
c.s.	cum suis
Cw	Comptabiliteitswet 2001
d.d.	de dato
d.w.z.	dat wil zeggen
DfT	<i>Department for Transport</i>
DNB	De Nederlandsche Bank
diss.	Dissertatie
e.d.	en dergelijke
EG	Europese Gemeenschap
EU	Europese Unie
EV	Eindverslag
e.v.	en verder
FES	Fonds Economische Structuurversterking
F&D	Finance & Development
gGmbH	<i>Gemeinnützigen GmbH</i>
GmbH	<i>Gesellschaft mit beschränkter Haftung</i>
GvEA	Gerecht van Eerste Aanleg
GW	Grondwet

hfdst.	hoofdstuk
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (tot 1 december 2009)
HvJ EU	Hof van Justitie (van de Europese Unie) ¹
i.c.	in casu
i.h.b.	in het bijzonder
Inv.	Invoering
JBN	Juridische berichten voor het notariaat
jo.	juncto
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
KG	Kort Geding
KNB	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
losbl.	losbladig
m.i.	mijns inziens
m.n.	met name
m.nt.	met noot van
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
Mw	Mededingingswet
NbBW	Nieuwsbrief BW
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NEV	Nota naar aanleiding van het eindverslag
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJF	NJ Feitenrechtspraak
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
nt.	noot
nr(s).	nummer(s)
NV	Naamloze Vennootschap
NvW	Nota van Wijzigingen
o.a.	onder andere
O&F	Onderneming en Financiering
o.m.	onder meer
OK	Ondernemingskamer
OR	Ondernemingsraad
ORR	<i>Office of Rail Regulation</i>
p.	pagina('s)
par.	paragraaf
Parl. Gesch.	Parlementaire geschiedenis
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie

1 In de hoofdtekst wordt voor zowel het HvJ EG als het HvJ EU, de huidige aanduiding HvJ EU gebruikt.

PECL	Principles of European Contract Law
Plc.	<i>Public limited company</i>
Pres.	President
Prg.	Praktijkgids
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
resp.	respectievelijk
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
Rn.	Randnummer
r.o.	rechtsoverweging
Rv.	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvC	Raad van commissarissen
RvdW	Rechtspraak van de Week
SCE	Europese Coöperatieve Vennootschap
SE	Europese vennootschap of Societas Europaea
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
SWF	Sovereign Wealth Funds
t.b.v.	ten behoeve van
T&C	Tekst & Commentaar
t/m	tot en met
TRA	Tijdschrift Recht en Arbeid
TvCR	Tijdschrift voor Constitutioneel Recht
TvOB	Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur
UvA	Universiteit van Amsterdam
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
vgl.	vergelijk
VNG	Vereniging Nederlandse Gemeenten
VU	Vrije Universiteit
VV	Voorlopig Verslag
VvW	Voorstel van Wet
VWEU	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie
Vzr.	Voorzieningenrechter
VOC	Verenigde Oost-Indische Compagnie
VOF	vennootschap onder firma
Wgr	Wet gemeenschappelijke regelingen
Wft	Wet op het financieel toezicht
Wopt	Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens
Wor	Wet op de ondernemingsraden
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid

1 | Inleiding

1 INLEIDING

De overheid kan activiteiten ten behoeve van het publiek belang zelf uitvoeren of deze overlaten aan private partijen. Zo is de gemeente weliswaar verantwoordelijk voor de inzameling van huisafval,¹ maar kan zij de inzameling daarvan naar eigen keuze overlaten aan een ambtelijke dienst of een private onderneming.² Tussen een volledig publieke dan wel volledig private uitvoering, ligt een scala aan mogelijkheden. Dit onderzoek richt zich op overheidsinvloed in private ondernemingen, in het bijzonder in overheidsondernemingen die worden gedreven in de kapitaalvennootschapsvorm. De overheidsonderneming wordt nader gedefinieerd in paragraaf 4.3 van dit hoofdstuk. Centraal staat het aandeelhouderschap in een kapitaalvennootschap als een specifiek juridisch instrument voor de uitvoering van overheidsbeleid.

De keuze voor de wijze waarop een overheidstaak wordt uitgevoerd hangt mede af van de invulling van de rol van de overheid. Vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw overheerst in Nederland de gedachte dat voor de behartiging van algemene belangen in eerste instantie een beroep moet worden gedaan op de inschakeling van het zogenaamde ‘particulier initiatief’. De taak van de overheid bestond met name uit het creëren van een kader waarin particulieren taken in het algemeen belang konden behartigen.³ Desalniettemin trok de overheid – zoals in paragraaf 5 van dit hoofdstuk wordt beschreven – gestaag meer taken naar zich toe. Na het midden van de twintigste eeuw is het overheidsapparaat dusdanig in omvang gegroeid, dat aan het begin van de jaren tachtig grootschalige hervormingen noodzakelijk waren. Om efficiënter

1 Zie art. 10.21 lid 1 Wet milieubeheer.

2 Zie nader F.J. van Ommeren en J. Vermont, ‘Uit-, aan- en inbesteding in het publiek- en privaatrecht? De uitbesteding van het recht om huishoudelijk afval in te zamelen,’ *De Gemeentestem* 2007/7266, p. 29-37 en S.E. Zijlstra, ‘De grenzen van de overheid’, in: *Privaat bestuur? Preadviezen Vereniging voor bestuursrecht* 2008, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 9-10.

3 Zelfs wanneer in de jaren vijftig de roep naar socialisatie en nationalisatie groot is, blijft het uitgangspunt dat de overheid het algemeen belang in eerste instantie niet zelf behartigt, maar hier slechts een kader voor biedt. Zie H.J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen. Juridische aspecten en de gevolgen daarvan voor het economisch beleid* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981, p. 13.

te werken en financiering buiten het rijksbudget mogelijk te maken, werden de uitvoering van delen van het beleid en de aanbidding van bepaalde producten onderworpen aan de zogenaamde ‘tucht van de markt’.⁴ Onder het eerste kabinet Lubbers (1982-1986) werd het verzelfstandigen – en het eventueel vervolgens privatiseren⁵ – van overheidsdiensten als een oplossing gezien om het overheidsapparaat te verkleinen en regulering te verminderen.⁶ Ook in de ons omringende landen probeerde men door verzelfstandiging en privatisering de enorme toename van de kosten van het overheidsapparaat terug te dringen.⁷ De wens tot privatisering werd bovendien versterkt door de strenge voorwaarden die vanwege de in 1999 geplande inwerkingtreding van de Europese Monetaire Unie aan de deelnemende landen werden gesteld. Deze voorwaarden hadden betrekking op het toelaatbare begrotingstekort en het niveau van de uitstaande schulden en zij vergrootten de wens om het gebruik van staatsbedrijven te verminderen: de begroting moest derhalve gezuiverd worden van door staatsbedrijven verrichte activiteiten.⁸

Met de kernbegrippen ‘transparantie’ en ‘controleerbaarheid’ als leidraad, trachtte de wetgever een strikte scheiding tussen de particuliere sector en de overheidssector aan te brengen.⁹ In de jaren negentig van de vorige eeuw verschoof de aandacht van het scheiden van de sectoren naar de ‘versterking van de economische dynamiek’. De nadruk kwam te liggen op marktwerking,

4 Zie de door toenmalig minister van Economische Zaken Lubbers gepresenteerde Nota inzake de Selectieve Groei (Economische Structuurnota), *Kamerstukken II* 1975/76, 13 955, nr. 1-3.

5 De betekenis van de begrippen verzelfstandigen en privatiseren is in de loop der tijd gewijzigd. Zie hierover nader paragraaf 4.1.1 van dit hoofdstuk.

6 Zie bijvoorbeeld het ‘Flexibiliteitsonderzoek gemeentelijke en provinciale uitgaven’, *Kamerstukken II* 1982/83, 17 983, nr. 1, in het bijzonder p. 3. In verband met de verslechterde toestand van de Nederlandse economie was een grotere flexibiliteit van de overheidsuitgaven wenselijk. Aangezien de geringe flexibiliteit deels was te wijten aan ‘blijvende intensieve bemoeienis van het Rijk met de uitvoering van taken door gemeenten,’ werd de bemoeienis van de Staat teruggebracht. Zie het advies van de Raad voor gemeentefinanciën, *Kamerstukken II* 1981/82, 17 474, nr. 1-2. Voor een overzicht van de ontwikkelingen in die periode zie het rapport ‘Heroverwegingen 1985. Verkoop Staatsdeelnemingen’, Den Haag: 19 juli 1985. Zie *Kamerstukken II* 1985/86, 16 625, nr. 73, p. 3 e.v.

7 Zie H.J. de Ru, *Staat, markt en recht. De gevolgen van privatisering voor het publiekrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 15.

8 Zie E.R. Manunza, ‘De zig-zag koers van de EG op het terrein van verzelfstandigen’, in: H.J. de Ru en J.A.F. Peters (red.), *Verzelfstandiging en marktwerking. Stand van zaken en perspectieven*, Den Haag: SDU uitgevers 2002, p. 112.

9 Zie het rapport ‘Verbinding verbroken? Onderzoek naar de parlementaire besluitvorming over de privatisering en verzelfstandiging van overheidsdiensten’ in het kader van het parlementair onderzoek, *Kamerstukken I* 2012/13, C, B, p. 34 (Rapport van de tijdelijke commissie voorbereiding parlementair onderzoek privatisering/verzelfstandiging overheidsdiensten).

deregulering en wetgevingskwaliteit.¹⁰ De stroomlijning en verbetering van regelgeving en de versterking van de marktwerking moesten bijdragen aan de stimulering van de economie.¹¹ De in de jaren tachtig opgestarte verzelfstandiging van Nederlandse staatsbedrijven en de verdere privatisering van deze bedrijven in de daarop volgende decennia leidden tot het ontstaan van verschillende volledig private, aan de beurs genoteerde ondernemingen, zoals KPN NV, PostNL NV en DSM NV.¹² Ook in andere Europese lidstaten is een groot aantal staatsbedrijven in de loop der jaren geprivatiseerd.¹³ Malmendier spreekt van een privatiseringsgolf die nog steeds in beweging is:

‘... die Ökonomien der westlichen Welt wurden mit Beginn der siebziger Jahre von einer Privatisierungswelle erfasst, die zum Ende des 20. und Beginn des 21. Jahrhunderts immer noch nicht abgeebbt ist, sondern ganz im Gegenteil die tagespolitische Diskussion beherrscht.’¹⁴

Ook in Nederland staat de privatiseringsproblematiek nog steeds op de politieke agenda. Binnen bepaalde strategische ondernemingen wordt overheidsaanwezigheid noodzakelijk geacht. Zo wordt de overdracht van aandelen in de kerncentrale Borssele aan private partijen – mede naar aanleiding van de ramp met de kerncentrale in Fukushima¹⁵ door een meerderheid van de Tweede Kamer – onwenselijk geacht.¹⁶ De focus in de privatiseringsdiscussie is bovendien verschoven mede als gevolg van naar aanleiding van de wereldwijde economische en financiële crisis genomen maatregelen om systeemrelevante banken te redden. De soms ondoordachte privatiserings- en dereguleringsdrang was reeds in het aangezicht van de crisis aan het verstommen, maar het huidige politieke klimaat laat in steeds sterkere mate de wens zien om te

10 Zie het door het kabinet Kok I (1994-1998) opgestarte project ‘Marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit’, ook wel het MDW-project genoemd. Zie de brief van de ministers van Economische Zaken en Justitie, *Kamerstukken II* 1994/95, 24 036, nr. 1.

11 Zie *Kamerstukken II* 1994/95, 24 036, nr. 1, p. 2.

12 Het huidige KPN NV, TNT NV en PostNL NV zijn onderdelen van het voormalig staatsbedrijf PTT. DSM NV is de voortzetting van het voormalig staatsbedrijf De Staatsmijnen.

13 Volgens berekeningen van de Lissabon Groep bedraagt de omvang van de gerealiseerde privatiseringen binnen de landen van de OECD begin jaren negentig van de vorige eeuw ruim 70 miljard dollar. Zie De Groep van Lissabon, onder voorzitterschap van Riccardo Petrella, *Grenzen aan de concurrentie*, Brussel: VUBPress 1994, p. 64. Zie ook Ulrike Malmendier, *Societas Publicanorum. Staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer. Forschungen zum Römischen Recht*, Köln/Weimar/Wien: Verlag Böhlau 2002, p. 1. Ten opzichte van 1990 spreekt Devroe in 2001 zelfs van een verviervoudiging van het aantal privatiseringen. Zie W. Devroe, *Privatisering en verzelfstandiging. Een verkenning vanuit nationaal en Europees economisch recht*, KU Leuven: Jura Falconis 2001, p. 299-325.

14 Zie Ulrike Malmendier, *Societas Publicanorum. Staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer. Forschungen zum Römischen Recht*, Köln/Weimar/Wien: Verlag Böhlau 2002, p. 1.

15 Zie NRC Handelsblad 11 maart 2011, ‘Zorgen over lek bij kernreactor’.

16 Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 28 982, nr. 78.

bezinnen voordat aan terugtred van de overheid wordt begonnen.¹⁷ Paradoxaal genoeg noopt de schulden crisis tot verlaging van de staatsbegroting, waardoor verdere privatisering geëigend lijkt.¹⁸ Ik kom hierop in paragraaf 5 terug bij de beknopte bespreking van de veranderde rol van de overheid in historisch perspectief. Allereerst wordt in paragraaf 2 de relevantie van het onderzoek besproken. De onderzoeksvraag komt in paragraaf 3 aan de orde, waarna in paragraaf 4 het begrippenkader wordt uitgewerkt.

2 RELEVANTIE ONDERZOEKSONDERWERP

Na jaren van haast dwangmatig privatiseren komt het besef dat de overheid op veel terreinen substantiële beïnvloedings- en toezichtsinstrumenten is kwijtgeraakt. De mogelijkheden voor de overheid om invloed uit te oefenen op een onderneming gedreven in een kapitaalvennootschap zijn in 2004 door de afschaffing van de commissaris van overheidswege beperkt. Door deze wijziging in de structuurregeling in 2004 zijn de mogelijkheden van de overheid als aandeelhouder nagenoeg gelijkgesteld aan die van de ‘gewone’, particuliere aandeelhouders.¹⁹ Voor ondernemingen waarin de overheid nog een deelneming bezit, speelt de vraag of de behartiging van publieke belangen kan worden toevertrouwd aan private aandeelhouders indien de overheid haar belang zou verkopen. Wet- en regelgeving en de instelling van onafhankelijke toezichthouders zouden de gebreken van de werking van de markt moeten compenseren, maar het vertrouwen in de markt lijkt niet onvoorwaardelijk te zijn. Ondanks het verdwijnen van *staatsbedrijven* – zoals die hier te

17 Zie voor een pleidooi om geplande privatiseringen *on hold* te zetten en allereerst onderzoek te doen in reeds geliberaliseerde markten bijvoorbeeld H.W.M.A. Staal, ‘Markt en politiek’, *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010/10, p. 3-4. Staal adviseert om te wachten met het nemen van stappen die leiden tot een wijziging van de verhouding tussen overheid en markt. Deze gedachtegang past goed in de mijns inziens terecht bepleite stellingname tegen *opinion-based* wetgeven en voor *evidence-based* wetgeven. Zie R.A.J. van Gestel, ‘Vertrouwen in een lerende wetgever’, *RegelMaat* 2011 (26) 1, p. 7-22.

18 Zelfs overheidsbedrijven worden in steeds sterkere mate geacht te functioneren als private ondernemingen. Zie de brief van de staatssecretaris van Financiën over het voorstel van de Europese Commissie om overheidsbedrijven op dezelfde wijze aan vennootschapsbelasting te onderwerpen als private ondernemingen, *Kamerstukken II* 2012/13, 31 213, nr. 11 (Brief).

19 De wijziging van de structuurregeling bracht ook met zich mee dat de positie van de aandeelhouders ten opzichte van de raad van commissarissen werd versterkt. Hierdoor kan de overheid zich paradoxaal genoeg een afzijdige rol in de onderneming minder goed permitteren: Een actievere rol van de overheid in haar hoedanigheid van aandeelhouder lijkt geïndiceerd. Op de vraag hoe de beïnvloedingsmogelijkheden die de overheid zich heeft voorbehouden, zich verhouden tot de normen die gelden voor de privaatrechtelijke rechtspersoon kom ik terug in paragraaf 3 van hoofdstuk 3.

lande bestonden tot de intrekking van de Bedrijvenwet in 1991²⁰ – neemt de overheid nog steeds deel in diverse ondernemingen en is het aantal deelnemingen dat de overheid in ondernemingen houdt, afgezien van een lichte afname in de jaren 2001-2007, de afgelopen jaren redelijk stabiel gebleven.²¹ Dit ondanks het feit dat de overheid ten aanzien van overheidsdeelnemingen steeds het uitgangspunt hanteerde om over te gaan tot verkoop van de deelneming, *tenzij* de deelneming kon worden gerechtvaardigd.

Het gehanteerde uitgangspunt nam het aan de Europese Unie ten grondslag liggende basisbeginsel van de vrijemarkteconomie derhalve in acht.²² Maar buitenlandse investeringsfondsen zijn sterk in opkomst en volledige privatisering van overheidsbedrijven in het buitenland blijft achterwege, waardoor vragen rijzen omtrent de voorgenomen verkoop van staatsdeelnemingen.²³ In 2007 leidden deze vragen tot wijziging van het tot dan toe op privatisering gerichte deelnemingenbeleid. Het deelnemingenbeleid gaat niet langer uit van privatisering. De toenmalige minister van Financiën vatte de nieuwe lijn ten

20 Zie *Stb.* 1991, nr. 752 en H.J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen. Juridische aspecten en de gevolgen daarvan voor het economisch beleid* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981, p. 146 en J.W.H. van Wijk, 'Beleid inzake staatsdeelnemingen: een optimale positie voor de Staat als aandeelhouder', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Overheid en onderneming: tussen publiek en privaat ondernemen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 8.

21 Tot 2001 lag het aantal deelnemingen gemiddeld op 40. Per 1 november 2001 nam de staat deel in 43 vennootschappen, zie *Kamerstukken II* 2001/02 (Nota Deelnemingenbeleid Rijks-overheid), 28 165, nr. 2, p. 21. Ultimo 2010 was het aantal staatsdeelnemingen 37, zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131. Ultimo 2011 was de staat aandeelhouder in 33 ondernemingen. Zie p. 8 van Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 (herziene versie), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 145. De in het vorige jaarverslag vermelde categorie 'tijdelijke financiële deelnemingen' wordt niet langer tot de staatsdeelnemingen gerekend omdat op 1 juli 2011 de Stichting Administratiekantoor Beheer Financiële Instellingen (NLFI) is opgericht, die het beheer van deze categorie deelnemingen voert. De Kamer zal voortaan derhalve separaat over deze deelnemingen worden geïnformeerd. Zie p. 5 van Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 (herziene versie), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 145.

22 Volgens E.R. Manunza, 'De zig-zag koers van de EG op het terrein van verzelfstandigen', in: H.J. de Ru en J.A.F. Peters (red.), *Verzelfstandiging en marktwerking. Stand van zaken en perspectieven*, Den Haag: SDU uitgevers 2002, p. 111, is het standpunt van de Europese Commissie dat zij zich met betrekking tot de privatiseringen in de lidstaten neutraal opstelt niet conform de realiteit en overheerst het uitgangspunt van de vrije markt economie de '– inmiddels uitsluitend beweerdelijke – neutraliteit'. Ik kom op het door de EU gehanteerde neutraliteitsbeginsel terug in paragraaf 2 van hoofdstuk 5.

23 Illustratief is bijvoorbeeld de discussie over de eventuele verkoop van de aandelen van de Staat in NV Luchthaven Schiphol. Niet duidelijk was of de door de regering aangedragen alternatieven afdoende zouden kunnen voorzien in de borging van het met de luchthaven samenhangende publieke belang. Aanvankelijk werd vervreemding van een minderheidsbelang overwogen. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 25 435, nr. 8, p. 1-2. Uiteindelijk wordt echter naar aanleiding van afspraken in het coalitieakkoord door de nieuw aangetreden minister van Financiën besloten om niet over te gaan tot vervreemding van de aandelen in NV Luchthaven Schiphol. Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 29 665 en 28 165, nr. 72, p. 1.

aanzien van de staatsdeelnemingen samen met de woorden ‘publiek, tenzij’. De Nota Deelnemingenbeleid stelt hierover het volgende:

‘Gezien het geconstateerde sterke publieke karakter van de deelnemingen die nog in portefeuille zijn en het feit dat borging van de desbetreffende publieke belangen door enkel wet- en regelgeving in sommige gevallen als te rigide wordt ervaren, ligt afstoting van deze deelnemingen niet voor de hand. Dit betekent niet dat het bij voorbaat uitgesloten is dat belangen in sommige deelnemingen in de toekomst worden afgestoten. Privatisering blijft een optie als blijkt dat het aandeelhouderschap van de Staat geen of weinig toegevoegde waarde heeft in het kader van de borging van publieke belangen. Daarnaast moet voldoende duidelijk zijn dat de continuïteit van de dienstverlening door privaat aandeelhouderschap niet in gevaar komt en privaat aandeelhouderschap toegevoegde waarde heeft voor de betreffende onderneming en de kwaliteit van de activiteiten die worden uitgeoefend. Uitsluitend het argument dat private aandeelhouders in het algemeen belang hebben bij een financieel-economisch efficiëntere bedrijfsvoering is voor verkoop echter niet afdoende.’²⁴

Deze beleidswijziging vloeide voort uit de twijfel of publieke belangen zonder overheidsdeelneming in bepaalde voor het publiek belang wezenlijke private ondernemingen afdoende kunnen worden geborgd.²⁵ In lijn met dit beleid vult de Staat haar aandeelhouderschap volgens een actief beheersbeleid in.²⁶ Er wordt onder andere toegezien op de strategie van staatsdeelnemingen, belangrijke investeringsbeslissingen, de vermogenspositie en het bezoldigingsbeleid voor bestuurders.²⁷ Ook moet de (indirecte) benoeming van bestuurders en commissarissen door de overheid leiden tot een grotere mate van overheidsinvloed.²⁸ Tegen deze achtergrond speelt de vraag hoe de overheidsonderneming moet worden vormgegeven.

24 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 28 165, nr. 69, p. 4 (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2007).

25 Zie het rapport ‘Publieke belangen en aandeelhouderschap’ van 12 juli 2006, Den Haag 2006, dat in opdracht van het kabinet is opgesteld door het Kenniscentrum voor orderingsvraagstukken van het ministerie van Economische Zaken en op 24 augustus 2006 aan de Tweede Kamer is aangeboden. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165, nr. 46.

26 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 1. Ik kom hier nader op terug in hoofdstuk 4.

27 Het deelnemingenbeleid is aangevuld met concreet beleid inzake bestuursbeloningen in ondernemingen waarin de staat deelneemt. Zie de toezegging om beleid te voeren ten aanzien van de beloningen *Kamerstukken II* 2008/09, 28 65, nr. 101 hetgeen heeft geresulteerd in een matiging van beloningen, zie *Kamerstukken II* 2009/10, 28 165, nr. 111 en nr. 115 en het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 9-10.

28 Denk aan de benoeming van oud-minister van Financiën Zalm als bestuurder bij de staatsdeelneming ABN NV. Maar ook bij ING NV, dat formeel geen staatsdeelneming is, is benoeming van twee commissarissen door de overheid afgedwongen. Zie hoofdstuk 4 en 6.

3 UITWERKING ONDERZOEKSONDERWERP

3.1 Probleemstelling

Hoewel de overheid bij de bekleding van entiteiten met openbaar gezag een voorkeur lijkt te hebben voor publiekrechtelijk ingestelde organen, betekent dit niet dat een publieke taak ook steeds door een publiekrechtelijk ingestelde entiteit zou moeten worden behartigd.²⁹ In de praktijk wordt gebruik gemaakt van zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke entiteiten.³⁰ De privaatrechtelijke rechtspersonen blijken een enorme aantrekkingskracht te hebben als rechtsvorm om een overheidsonderneming in onder te brengen. Omdat tot nu toe geen keuze is gemaakt voor een specifieke rechtsvorm waarin een onderneming met een publieke taak zou moeten worden gegoten, zijn er vele verschillende verschijningsvormen van entiteiten met een publieke taak.³¹ Niet alleen de naamloze vennootschap of de besloten vennootschap, maar ook de stichting en zelfs de commanditaire vennootschap zijn gebruikte rechtsvormen.³² De rechtsvorm waarin de uitvoering van de door de overheid uitgeoefende taken plaatsvindt, is veelal een gelegenheidsrechtsfiguur die al dan niet onder de (directe) verantwoordelijkheid van de desbetreffende minister staat. Dit komt de herkenbaarheid van ondernemingen waarin de overheid invloed kan uitoefenen teneinde een publiek belang te borgen niet ten goede.

29 Dit past bij de gedachte dat in beginsel alleen publiekrechtelijk ingestelde organen met openbaar gezag kunnen worden bekleed. Zie de bewoordingen van art. 4 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, dat bepaalt dat in beginsel alleen publiekrechtelijk ingestelde organen met openbaar gezag worden bekleed. Art. 4 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen bepaalt: '1. Met openbaar gezag wordt alleen bekleed een orgaan van een rechtspersoon, die krachtens publiekrecht is ingesteld.

2. In afwijking van het eerste lid kan bij de wet, krachtens de wet bij algemene maatregel van bestuur of krachtens de wet bij ministeriële regeling een orgaan van een rechtspersoon, die krachtens privaatrecht is opgericht, met openbaar gezag worden bekleed, mits a. dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang en b. er voldoende waarborgen zijn dat de uitoefening ervan onafhankelijk van de overige bestaande en toekomstige werkzaamheden van die organisatie kan geschieden.' Zie R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 628.

30 Zie voor een lijst van zelfstandige bestuursorganen (en hun rechtsvorm) de website <http://almanak.zboregister.overheid.nl>.

31 Hoewel voor zelfstandige bestuursorganen het beleid geldt dat deze tot dienst of agentschap worden en de privaatrechtelijke rechtsvorm niet wordt geprefereerd. Zie R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 124-126 en S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 629.

32 Zie bijvoorbeeld AVR-Chemie CV (inmiddels AVR Chemie BV). Volgens het door J. Sylvester verrichte onderzoek werden naamloze vennootschappen het meest gebruikt, dan stichtingen, vervolgens besloten vennootschappen en ten slotte verenigingen. Zie J. Sylvester, *De praktijk van privatisering. Een verkenning* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: SDU Uitgevers 1999, p. 11. Zie nader over de verschillende privaatrechtelijke rechtsvormen voor overheids-ondernemingen paragraaf 3.3 van hoofdstuk 2.

Door bepaalde overheidsdiensten op vele verschillende wijzen op ‘afstand van de minister te zetten’ is een lappendeken van organisatievormen ontstaan, waarbij – zowel in de literatuur als bij de wetgever – onduidelijkheid bestaat over de positie van de verschillende betrokken actoren en het toepasselijke normenkader.³³

In een zoektocht naar transparantie en kenbaarheid, is de op grond van Boek 2 BW ingerichte vennootschap bijna volledig gezuiverd van specifieke bepalingen die overheidszeggenschap mogelijk maken. Bovendien lijken de mogelijkheden die het vennootschapsrecht de overheid in haar hoedanigheid van aandeelhouder biedt om invloed te behouden binnen bepaalde ondernemingen als beleidsinstrument uit de gratie geraakt te zijn. Zo is de rechtsfiguur van de overheidscommissaris afgeschaft.³⁴ Maar er wordt inmiddels erkend dat de juridische vormgeving van ondernemingen met een publiek belang tot nu toe niet de aandacht heeft gekregen die nodig is.³⁵ Mede gedreven door begrippen als ‘efficiëntie’ en ‘flexibiliteit’ wil de overheid door middel van wetgeving en overeenkomsten invloed uitoefenen op privaatrechtelijke ondernemingen die publieke taken uitvoeren.³⁶ Er is een hernieuwde interesse voor de bijzondere positie van de overheid binnen privaatrechtelijke rechtspersonen, en dan in het bijzonder de kapitaalvennootschap.³⁷

Daarmee is de basis gelegd voor de hoofdvraag van dit onderzoek:

Dient het Nederlandse rechtspersonenrecht een specifieke regeling te kennen voor de privaatrechtelijke rechtsvorm van de overheidsonderneming?

33 Zie bijvoorbeeld de onduidelijkheid omtrent de positie van de verschillende publieke aandeelhouders van NV Luchthaven Schiphol en hun onderlinge verhouding binnen de aandeelhoudersvergadering waarover meer in hoofdstuk 6.

34 Zie nader over de commissaris van overheidswege hoofdstuk 4, paragraaf 4.2 en nader over het bijzondere aandeel hoofdstuk 4, paragraaf 5.2.

35 Zie bijvoorbeeld A. Huygen, ‘Waar blijven de wetenschappers’, *NJB* 2004/174, die hetzelfde met betrekking tot de juridische vormgeving van energiebedrijven constateert.

36 Dit zijn reeds onder het kabinet Lubbers geformuleerde uitgangspunten. Zie *Kamerstukken II* 1975/76, 13 122, nr. 1-2, p. 7 (Nota Selectieve Groei).

37 Zo legt de overheid voor wat betreft sturing in privaatrechtelijke ondernemingen met een publieke taak de nadruk op een invulling van de aandeelhoudersrol van de overheid bij staatsdeelnemingen. Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 5. Zie reeds in 1981 H.J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen. Juridische aspecten en de gevolgen daarvan voor het economisch beleid* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981. Zie ook C.A. Schreuder, *Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen. Verzelfstandiging en privatisering in de vorm van vennootschappen en stichtingen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994 en in het bijzonder over de overheidsstichting K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000. Zie ook R. van der Linde, ‘De staat als aandeelhouder: een plaatsbepaling’, *O&F* 2008/77-78, p. 30-42 en B. de Mik, ‘Verbonden met de overheid. Neveneffecten van de financiële crisis’, *WFR* 2010/978, p. 978-983.

Om deze vraag te kunnen beantwoorden wordt gezien in hoeverre het in Boek 2 BW neergelegde rechtspersonenrecht mogelijkheden voor de overheid biedt om de gewenste mate van invloed uit te oefenen op ondernemingen die een publiek belang behartigen.

3.2 Afbakening

Dit onderzoek wordt vanuit een vennootschapsrechtelijk oogpunt verricht. De focus ligt op de regels van het Burgerlijk Wetboek, met name de regels van het rechtspersonenrecht. Omdat overheidsinvloed³⁸ in vele vormen voorkomt en aan verschillende rechtsgebieden raakt, wordt noodzakelijkerwijs ook een aantal andere rechtsgebieden – voor zover relevant – besproken. Het bestuursrecht bepaalt mede het handelen van de overheid en biedt mogelijkheden voor de vormgeving van bestuursorganisaties, hetzij als publiek- of privaatrechtelijke entiteiten, waarin overheidsondernemingen kunnen worden gedreven. De relevante bestuursrechtelijke regels worden nader onderzocht. Nederland kan niet in het geheel autonoom beleid invoeren; in het kader van de Europese Unie geeft het Europees recht de juridische grenzen van nationale mogelijkheden aan.³⁹ Ook het Europese recht is namelijk mede bepalend voor de mogelijkheden en beperkingen die de overheid heeft om invloed uit te oefenen in bepaalde ondernemingen en kan daarom niet buiten beschouwing blijven. Men denke hierbij aan het mededingingsrecht en de Europese regels inzake het vrije verkeer van kapitaal en vestiging.

De centrale vraag in dit onderzoek is of het Nederlandse rechtspersonenrecht een specifieke regeling dient te kennen voor de overheidsonderneming. De organisaties die geen onderneming drijven, vallen buiten het bestek van dit werk. Maatschappelijk verantwoord ondernemen⁴⁰ – dat wil zeggen het mede betrekken van ideële doelstellingen bij het drijven van een onderneming op basis van zelfregulering – en de Algemeen Nut Beogende Instelling (ANBI)⁴¹ vallen derhalve buiten het bestek van dit onderzoek.

38 Op de verschillende vormen van overheidsinvloed kom ik terug in paragraaf 4.2 van dit hoofdstuk.

39 Zie nader hoofdstuk 5.

40 Zie nader over maatschappelijk verantwoord ondernemen B.T.M. Steins Bisschop, *Maatschappelijk verantwoord ondernemen en het ondernemingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004 en J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz, B.T.M. Steins Bisschop (red.), *Noodzaak, plicht of wenselijkheid van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen: een multidisciplinaire verkenning*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

41 Zie ten aanzien van de Algemeen Nut Beogende Instelling het besluit van 1 februari 2007, nr. DB2007-31M (Wijziging Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001).

Ook het inmiddels ingetrokken voorstel voor de maatschappelijke onderneming valt in principe buiten het bestek van dit onderzoek.⁴² Mede door de gebrekkige afbakening van de voorgestelde rechtsvorm, leek een overlap aanwezig met de overheidsonderneming. De omschrijving was namelijk dermate ruim dat onder de voorgestelde rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming een breed palet van instellingen kon worden geschaard.⁴³ De voorgestelde rechtspersoon was mijns inziens echter niet bedoeld om een overheidsonderneming in onder te brengen. De maatschappelijke onderneming was bedoeld om het aan de *burgers* ter beschikking staande instrumentarium te vergroten,⁴⁴ terwijl de overheidsonderneming de vormgeving van *overheidsinvloed* betreft.

Dezelfde problemen die bij het vormgeven van de overheidsonderneming spelen, doen zich in zekere mate echter ook voor bij de vormgeving van de voorgestelde maatschappelijke onderneming. Omdat het voorontwerp van

42 Zie de begeleidende brief van 12 juli 2007, p. 2, waarin de minister van Justitie het Voorstel van Wet (Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de introductie van een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming) aanbood ter consultatie aan verschillende belanghebbenden. Nadat de regering het voorstel lange tijd heeft laten liggen, is het voorstel onder het kabinet Rutte ingetrokken. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, nr. 32 417, nr. 47. Het voorontwerp maatschappelijke onderneming steunde in belangrijke mate op een rapport geschreven door de projectgroep Rechtsvorm maatschappelijke onderneming. De proeve van het wetsvoorstel, zoals de minister het stuk betitelde in de begeleidende consultatiebrief, werd gezien als de meer concrete uitwerking van de in het kader van het programma 'De bruikbare rechtsorde' door de projectgroep Rechtsvorm maatschappelijke onderneming gedane voorstellen onder leiding van de heer Wijffels. Zie over het programma Bruikbare rechtsorde dat beoogt departementale activiteiten op het gebied van de terugdringing van regeldruk te stimuleren en faciliteren, www.bruikbaarerechtsorde.nl. Zie tevens het *Rapport van de projectgroep rechtsvorm Maatschappelijke Onderneming*, geschreven in opdracht van het Ministerie van Justitie, Den Haag 2006, te raadplegen via www.justitie.nl. Vergelijkbare rechtsvormen in het buitenland zijn de vennootschap met sociaal oogmerk in België, de Community Interest Company in het Verenigd Koninkrijk en de Low-Profit LLC in de Verenigde Staten. Zie H. Koster, 'Innovatie in het ondernemingsrecht', *NJB* 2012/24, p. 1641.

43 Denk aan scholen, universiteiten, ziekenhuizen, zorginstellingen en woningcorporaties. Een nader uitgewerkte definitie is te vinden in het rapport van het wetenschappelijk instituut van het CDA. Zie Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, *Kantelingen. Investeren in de samenleving. Een verkenning naar de missie en de positie van de maatschappelijke onderneming*, 2005, p. 39. De 'maatschappelijke onderneming' wordt door het instituut in navolging van in het rapport aangehaalde sociaal-wetenschappelijke literatuur vervolgens gedefinieerd als: '1) een onderneming die 2) is vormgegeven als een privaatrechtelijke rechtspersoon die 3) een maatschappelijk doel nastreeft dat vervlochten is (ofwel deels parallel loopt met) het algemeen belang, die goederen en diensten voortbrengt en waarvan 4) het financiële overschot of de winst niet wordt uitgekeerd, maar geheel wordt aangewend voor het realiseren van het maatschappelijke doel dat de onderneming nastreeft.'

44 Zie M. Scheltema, 'Het voorontwerp voor de maatschappelijke onderneming: een goed begin, maar nog onvoldragen', *Ondernemingsrecht, Themanummer: 'De maatschappelijke onderneming'*, 2007/16, p. 587, die stelt: 'De wortels met het particuliere initiatief zijn soms goeddeels afgestorven omdat professionele bestuurders de leiding hebben overgenomen. Zij worden daarbij meer op hun professionele deskundigheid dan om hun verbondenheid met de oorspronkelijk motieven voor oprichting gekozen'.

de maatschappelijke onderneming derhalve aanknopingspunten biedt voor de vormgeving van de overheidsonderneming, bespreek ik deze slechts voor zover relevant in hoofdstuk 8.⁴⁵

Hoewel in hoofdstuk 8 een voorstel wordt gedaan voor een rechtsvorm waarin de Staat, de provincies, de gemeenten en de waterschappen – zoals genoemd in artikel 2:1 BW – hun overheidsondernemingen zouden moeten onderbrengen, zal het onderzoek zich in hoofdzaak richten op de rechtsvorm voor de overheidsonderneming waarin de Staat deelneemt.

3.3 PLAN VAN BEHANDELING

De overheid kan voor de vormgeving van een onderneming met een publiek belang de keuze maken uit privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtspersonen. In hoofdstuk 2 wordt aan de hand van de tweewegenleer gezien in hoeverre de overheid vrij is de keuze te maken tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke instrumenten en in welke privaatrechtelijke rechtsvormen de overheidsonderneming zou kunnen worden ondergebracht. In hoofdstuk 3 wordt vervolgens het voor de overheidsonderneming geldende normenkader nader onderzocht dat vanwege de bijzondere positie van de overheidsonderneming niet volledig gelijk is aan dat van zuiver private partijen. In hoofdstuk 4 wordt gezien welke mogelijkheden de kapitaalvennootschap de overheid biedt om invloed uit te oefenen. In hoofdstuk 5 wordt gezien in hoeverre constructies om overheidsinvloed via private ondernemingen vorm te geven, volgens Europees recht zijn toegestaan en welke bijzondere Europeesrechtelijke normen gelden met betrekking tot overheidsondernemingen. Relevante Europeesrechtelijke regels zoals het Europese mededingingsrecht en de regels van het vrije verkeer van kapitaal komen daarbij aan de orde. In hoofdstuk 6 wordt aandacht besteed aan een aantal Nederlandse *casestudies* om de theorie aan de praktijk te kunnen toetsen. Hoofdstuk 7 beschrijft de voor de overheidsonderneming relevante ervaringen in Duitsland, België, Frankrijk en Engeland. In hoofdstuk 8 volgt ten slotte een conclusie en worden aanbevelingen gedaan voor de vormgeving van de overheidsonderneming.

45 Minister Hirsch Ballin koesterde de hoop dat dit wetgevingsinitiatief een debat om nieuwe mogelijkheden te ontwikkelen, kon stimuleren. Zie E.M.H. Hirsch Ballin, 'Bijdrage van de Minister van Justitie over de rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming', *Ondernemingsrecht* 2007/16, p. 586.

3.4 METHODOLOGIE

Discussies over de aanwezigheid van de overheid in ondernemingen die worden gedreven in kapitaalvennootschappen richten zich met name op de vraag of de overheid zich terug moet trekken of dat er nog een rechtvaardiging te is vinden in de (verlengde) aanwezigheid van de overheid vanwege publieke belangen. Dit onderzoek wenst een dimensie toe te voegen aan deze discussies door de geschiktheid van het huidige vennootschapsrecht om dergelijke overheidsinvloed te faciliteren te onderzoeken. Vanuit rechtswetenschappelijk oogpunt wordt beoogd een bijdrage te leveren aan de gedachtevorming over de grens tussen privaat- en publiekrecht en de positie van het rechtspersonenrecht daarbij. Het onderzoek is geschreven vanuit een notarieel vennootschapsrechtelijk oogpunt.

De aanwijzing van een publiek belang als zodanig is dankbaar onderwerp (geweest) van zowel economische als juridische studies. Hoewel het van groot belang is te bepalen in welke gevallen een rol voor de overheid bestaat om in een privaatrechtelijke kapitaalvennootschap invloed aan te wenden om een bepaald publiek belang te behartigen, wordt in dit onderzoek in beginsel een neutrale houding aangenomen ten aanzien van de wenselijkheid van overheidsinvloed. De discussie over de vraag wanneer een rol voor de overheid bestaat om een bepaald publiek belang te behartigen, valt in beginsel buiten dit onderzoek waarin de nadruk ligt op de mogelijkheden die het huidige Nederlandse vennootschapsrecht biedt voor overheidsinvloed via (deels) privaatrechtelijke constructies. Hierbij neem ik als uitgangspunt dat deze mogelijkheden in het kader van dit onderzoek gewenst zijn wanneer de overheid de politieke eindverantwoordelijkheid heeft voor het waarborgen van een publiek belang dat wordt behartigd door middel van een privaatrechtelijke rechtspersoon, meer in het bijzonder door een kapitaalvennootschap die ondernemingactiviteiten verricht met een zeker publiek belang.

Aan de hand van literatuur- en jurisprudentieonderzoek wordt in dit proefschrift getracht de onderzoeksvraag te beantwoorden, waarbij in algemene zin bij valt op te merken dat de gebruikelijke methodes zijn gebruikt en de gangbare (juridische) databanken zijn geraadpleegd. Voor het Nederlandse deel is zowel van primaire als secundaire rechtsbronnen gebruik gemaakt. Omdat dit onderzoek niet hoofdzakelijk vanuit een Europeesrechtelijk perspectief is geschreven wordt voor het Europeesrechtelijk deel niet steeds naar primaire bronnen verwezen, maar hoofdzakelijk naar secundaire bronnen. Er is hierbij gebruik gemaakt van de gebruikelijke handboeken. Er is geen empirisch onderzoek verricht.

Er wordt een externe rechtsvergelijking met het Duitse, Belgische, Franse en het Engelse recht gemaakt waarbij het desbetreffende vennootschapsrechtelijke kader niet uitputtend wordt behandeld. Er wordt een dwarsdoorsnede van

relevante wet- en regelgeving gemaakt om de voor de Nederlandse overheidsonderneming relevante regelingen te onderzoeken. Deze externe rechtsvergelijking vindt plaats aan de hand van een raadpleging van de relevante wetgeving en juridische handboeken uit de rechtsstelsels van deze landen. Het is nuttig te bezien hoe in deze rechtsstelsels wordt omgegaan met het spanningsveld tussen vrije marktwerking en overheidsingrijpen om publieke belangen te verzekeren via een overheidsonderneming.⁴⁶ Ik heb voor deze landen gekozen vanwege uiteenlopende redenen die worden toegelicht in paragraaf 1 van hoofdstuk 7.

Voor de *case studies* van ondernemingen die mijns inziens voldoen aan de criteria om als overheidsonderneming te kwalificeren, is voornamelijk gebruikt gemaakt van openbaar toegankelijke stukken zoals jaarverslagen en parlementaire stukken. Het onderzoek is afgesloten op 1 april 2013. Slechts in incidentele gevallen is met latere ontwikkelingen rekening gehouden.

4 TERMINOLOGIE

4.1 Algemeen

Alvorens de hierboven geformuleerde probleemstelling nader te onderzoeken zal ik enkele bij de bestudering van de overheidsonderneming relevante begrippen bespreken. Achtereenvolgens komen in deze paragraaf de begrippen privatisering, verzelfstandiging, overheid, het publiek belang, de publieke taak, maatschappelijke, sociale en algemene belangen aan de orde. Hierna wordt in paragraaf 4.2 het begrip overheidsinvloed uitgewerkt waarna in paragraaf 4.3 een nadere omschrijving van de overheidsonderneming volgt.

4.1.1 Privatisering en verzelfstandiging

Bij de bestudering van de overheidsonderneming wordt het begrip privatisering veelvuldig gebezigd. Hierbij moet notie worden genomen van het feit dat de inhoud van dit begrip in de loop der jaren voor verschillende situaties is gebruikt en er ook nu nog geen overeenstemming bestaat over de inhoud van het begrip. Toen het begrip in de jaren tachtig werd geïntroduceerd als uitgangspunt van het kabinetsbeleid, zag men privatisering als het overdragen van overheidstaken aan verzelfstandigde (privaatrechtelijke of publiekrechtelij-

⁴⁶ Zie voor een algemeen onderzoek naar publiek en privaat kapitaal in de interne markt het rapport van The International Federation for European Law (FIDE), *Public capital and private capital in the internal market* (Proceedings of the FIDE XXIV Congress Madrid 2010 Vol. 3), Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid 2010.

ke) organisaties.⁴⁷ Het begrip privatisering werd als overkoepelend begrip gebruikt voor het afstoten, het uitbesteden of het verzelfstandigen van overheidstaken.⁴⁸ Het begrip werd echter tevens gebruikt om de formele wijziging van een publiekrechtelijke in een privaatrechtelijke rechtsvorm aan te geven, zonder dat aldus sprake was van een feitelijke (verdere) verzelfstandiging ten opzichte van de overheid.⁴⁹ Maeijer bezigt de term privatisering:

‘... voor het geval dat door de overheid bij de externe verzelfstandiging een privaatrechtelijke rechtsvorm, in het bijzonder de vorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon wordt gekozen.’⁵⁰

Maeijer gaat uit van een formele definitie van privatisering in het kader van verzelfstandiging.⁵¹ Hiermee doel ik op het feit dat hij kijkt naar de rechtsvorm van de entiteit. Hij onderkent de volgende vormen van verzelfstandiging: (i) interne verzelfstandiging waarbij de verantwoordelijke organisatie hiërarchisch aan de minister ondergeschikt is en (ii) externe verzelfstandiging, niet zijnde privatisering, waarbij een zelfstandig bestuursorgaan de overheidstaak overneemt zonder dat deze in hiërarchische verhouding tot de minister staat. Maeijer bakent de verschillende vormen van verzelfstandiging helder af, maar zijn vanuit verzelfstandiging gevormde begrippenkader is niet afdoende om de huidige ontwikkelingen te benoemen.⁵² Het verlies van overheidsinvloed

47 Zie H.J. de Ru (red.), *Privatisering in de praktijk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 4 en J.M.M. Maeijer, ‘Privatisering. Nadere verkenning van een al te gemakkelijk ingeslagen weg’, in: *Drie Nijmeegse redes. Beschouwingen over financiering, enquête-recht en privatisering*. Vennootschapsrecht- en rechtspersonenrecht Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut Deel 59, Deventer: Kluwer 1998, p. 66.

48 Ook het op afstand van de minister plaatsen van een overheidsdienst door deze onder te brengen bij een publiekrechtelijk ingericht zelfstandig bestuursorgaan werd derhalve als privatisering betiteld. Zie anders H.J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen. Juridische aspecten en de gevolgen daarvan voor het economisch beleid* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981, p. 75, die – in het licht van zijn onderzoeksonderwerp niet onbegrijpelijk – de nadruk legt op staatsbedrijven en deelnemingen en derhalve een engere omschrijving hanteert. Als privatisering ziet hij alle ontwikkelingen waarbij staatsbedrijven en staatsdeelnemingen zoveel mogelijk uit de overheidsfeer worden gehaald.

49 In mijn optiek is er geen sprake van privatisering wanneer een onderneming in een publiekrechtelijke rechtspersoon verandert naar een onderneming in een privaatrechtelijke rechtspersoon en de staat 100% aandeelhouder in de nieuwe rechtspersoon wordt.

50 Zie J.M.M. Maeijer, ‘Privatisering. Nadere verkenning van een al te gemakkelijk ingeslagen weg’, in: *Drie Nijmeegse redes. Beschouwingen over financiering, enquête-recht en privatisering*. Vennootschapsrecht- en rechtspersonenrecht Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut Deel 59, Deventer: Kluwer 1998, p. 67.

51 Voor meer over verzelfstandiging zie R.J.M.H. de Greef, L.C.L. Huntjens en N.M. Oud, ‘Verbonden partijen: de lusten en lasten van verzelfstandiging’, *NTB* 2012/6 (2), p. 38-46.

52 De Ru merkt terecht op dat in de Nederlandse politieke discussie veel verwarring is ontstaan door het begrip verzelfstandiging. Zie ook H.J. de Ru, *Privatisering in de praktijk, juridische aspecten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1987 en voor de internationale dimensie H.J. de Ru, en R. Wettenhall, ‘Progress, benefits and costs of privatization: an introduction’, *International Review of Administrative Sciences* 1990/56, p. 7-14.

binnen een privaatrechtelijke rechtspersoon valt hier bijvoorbeeld niet onder, terwijl deze kwestie onlosmakelijk met de privatiseringsproblematiek is verbonden.

Het verlies van overheidsinvloed doordat de overheid haar aandelen verkoopt aan private partijen, wordt thans wel als privatisering gezien. Zo verstaat de minister getuige de Nota Deelnemingenbeleid onder privatisering:

‘...de verkoop van aandelen in een kapitaalvennootschap aan één of meer private partijen, dan wel de verkoop van alle activa en passiva van een door de overheid gedreven bedrijf aan één of meer private partijen.’⁵³

De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (hierna: WRR) hanteert een andere, maar ruimere definitie. Van privatisering kan worden gesproken bij:

‘het inschakelen van private partijen bij het realiseren van publieke belangen.’⁵⁴

Mijns inziens kan bij de invulling van het begrip privatisering gesproken worden van een formele benadering en een materiële benadering. Bij de formele benadering wordt gekeken naar (de verandering van) *de rechtsvorm* van de entiteit zoals Maeijer meent dat sprake is van privatisering wanneer bij externe verzelfstandiging voor een privaatrechtelijke rechtsvorm wordt gekozen. Bij de materiële benadering wordt de feitelijke werkelijkheid beoordeeld naar de effecten van een (eventuele) verandering. In zowel de definitie van de minister als van de WRR wordt uitgegaan van privatisering in materiële zin. De WRR hanteert mijns inziens echter een te ruime omschrijving omdat ook de situatie waarin ‘private partijen worden ingeschakeld’ maar de overheid nog overwegende zeggenschap heeft, naar mijn mening niet als privatisering moet worden beschouwd.

Een wijziging van de publiekrechtelijke naar de privaatrechtelijke rechtsvorm – mijns inziens privatisering in formele zin – valt onder het tegenwoordig

53 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 28 165, nr. 69, p. 20 (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2007). Deze enge definitie wordt ook gebezigd in de notitie ‘Publieke belangen en marktordering. Liberalisering en privatisering in netwerksectoren’, zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 018, nr. 1.

54 Zie Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (hierna: WRR), *Het borgen van publiek belang*, Den Haag: SDU 2000, p. 24. Het rapport is te raadplegen via de website van de WRR, [www.wrr.nl: http://www.wrr.nl/content.jsp?objectid=2545](http://www.wrr.nl/content.jsp?objectid=2545). De reden van de zeer beperkte definitie van de minister blijkt uit de reactie op het rapport van de WRR: ‘Uitgaande van deze *ruime* (curs. JN) definitie gaat de Raad in op minder geslaagde «privatiseringsoperaties». Het is echter niet terecht daaraan dan conclusies te verbinden voor het privatiseringsbeleid in engere zin, opgevat als afstoting van het eigendom door de overheid: de juridische eigendom van een onderneming komt *dan* (curs. JN) in private handen.’ Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 27 771, nr. 1, p. 6.

ruimer ingevulde begrip *verzelfstandiging*. De minister verstaat in de Nota Deelnemingenbeleid onder *verzelfstandiging*:

‘... het op afstand plaatsen van activiteiten van de overheid, waardoor de betrokken organisaties eigen bestuurlijke verantwoordelijkheden en financiële beheersvrijheden toebedeeld krijgen. Deze toedeling van verantwoordelijkheden kan betrekking hebben op uiteenlopende organisatievormen (zoals agentschappen, publiekrechtelijke zbo’s, stichtingen en vennootschappen met overheid als aandeelhouder).’⁵⁵

In het navolgende ga ik ook uit van deze definitie van *verzelfstandiging*.⁵⁶ De definitie voor privatisering van de minister is mijns inziens te eng, maar die van de WRR enigszins te ruim geformuleerd. Van privatisering is mijns inziens sprake wanneer de overheid de overwegende zeggenschap in een organisatie verliest aan één of meer private partijen.⁵⁷ De oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon voor een onderneming waar de overheid overwegende zeggenschap in kan uitoefenen (overheidsonderneming, zie paragraaf 4.3) kan dus niet de resultante zijn van privatisering,⁵⁸ maar is de resultante van *verzelfstandiging*. Wanneer in een zuiver private onderneming overheidsinvloed wordt ingebracht bijvoorbeeld doordat de overheid een deelneming neemt, is sprake van de-privatisering. Wanneer de overheid de overwegende of uitsluitende zeggenschap in een aanvankelijk private organisatie verkrijgt is mijns inziens sprake van nationalisering.

55 Zie *Kamerstukken II 2007/08*, 28 165, nr. 69, p. 20 (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2007).

56 Zie voor criteria ter beoordeling of publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke *verzelfstandiging* wenselijk is C.A. Schreuder, *Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen. Verzelfstandiging en privatisering in de vorm van vennootschappen en stichtingen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994, p. 397-417.

57 Ik ben me er van bewust dat er in de internationale juridische praktijk vanuit wordt gegaan dat van *privatisation* wordt gesproken wanneer eigendom door de overheid wordt afgestaan. Zie C. Vuylsteke, *Techniques of Privatization of State-Owned Enterprises, Vol. I, Methods and Implementation*, World Bank Technical Paper nr. 88, 1988. Echter, deze benadering is mijns inziens zowel te eng als te ruim omdat slechts naar een formele situatie (overheveling van eigendom) wordt gekeken zonder een situatie op haar merites te beoordelen. Mijns inziens moet worden gekeken naar de effecten voor wat betreft het hebben van overwegende overheidszeggenschap. In het kader van stichtingen bijvoorbeeld, is het niet juist om van eigendom of afstand daarvan te spreken, maar gaat het voor wat betreft de vraag of bijvoorbeeld sprake is van privatisering om de vraag wie de zeggenschap in de rechtspersoon heeft. Het criterium overwegende zeggenschap lijkt dan zuiverder om als begrenzing te dienen. Ik ga uit van een juridisch te maken onderscheid waarbij de grens niet ligt bij de vraag of eigendom door de overheid naar private partijen wordt overgeheveld, maar waarbij beslissend is of de overheid de overwegende zeggenschap in de onderneming aan private partijen verliest.

58 Vergelijk K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 6.

4.1.2 Overheid

Bij de bestudering van de overheidsonderneming is ook de afbakening van het begrip overheid relevant. Het begrip overheid is een overkoepelend begrip waarmee in ieder geval zowel de Rijksoverheid als decentrale overheden worden bedoeld. Wanneer aansluiting wordt gezocht bij de opsomming van publiekrechtelijke rechtspersonen in artikel 2:1 BW, kan men stellen dat de overheid in ieder geval bestaat uit 'de Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, alsmede alle lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend'.⁵⁹ Ook de in artikel 2:1 lid 2 BW bedoelde lichamen (waaraan een deel van de overheidstaak is opgedragen) worden tot de overheid gerekend. Het begrip overheid is derhalve 'de meest ruime, overkoepelende aanduiding voor alle organen die met openbaar gezag zijn bekleed'.⁶⁰ In het navolgende gebruik ik met betrekking tot de bespreking van de overheidsonderneming het begrip overheid in beginsel ter aanduiding van de Staat, de provincies, de gemeenten en de waterschappen.⁶¹ Wanneer dit in het kader van het onderzoek vereist is, zal ik expliciet aangeven welk specifiek overheidslichaam wordt bedoeld.

4.1.3 Publiek belang en publieke taak

Alvorens tot een bespreking van de overheidsonderneming te komen, is het noodzakelijk te constateren dat de overheid op verschillende wijzen haar invloed kan uitoefenen om het publiek belang te behartigen. De aanwezigheid van een publiek belang is de rechtvaardiging voor het ingrijpen door de

59 De zienswijze van de overheid zelf is dat zij bestaat uit de Rijksoverheid (regering, ministeries, Eerste en Tweede Kamer), de provincies, de gemeenten, overige Hoge Colleges van Staat, adviesorganen, waterschappen, openbare lichamen voor beroep en bedrijf en zelfstandige bestuursorganen. Zie nader <http://www.overheid.nl/home/zowerktdeoverheid/wievormendeoverheid/>. Ook de rechterlijke instanties worden tot de overheid gerekend. Vergelijk Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011, p. 87: 'de verzamelnaam voor het geheel van organen met publiekrechtelijke bevoegdheden, om het even welke functie ze uitoefenen; zowel wetgevende organen als bestuursorganen en rechterlijke instanties behoren dus tot 'de overheid'; bovendien vallen openbare lichamen onder het begrip.'

60 Zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011, p. 85. Niet alle organen die met openbaar gezag zijn bekleed, zullen ook daadwerkelijk als overheid worden gezien door de burger. Een voorbeeld hiervan zijn APK-keuringsbedrijven. Dit zijn privaatrechtelijke zelfstandige bestuursorganen voor zover zij een algemene periodieke keuring uitvoeren; deze keuring is een bestuurlijke beslissing. De gemiddelde burger zal deze bedrijven echter niet als overheidsinstantie beschouwen.

61 De Europese instellingen vallen, tenzij anders aangegeven niet onder het in dit boek gebezigde begrip overheid.

overheid.⁶² Voor het antwoord op de vraag wat onder een publiek belang moet worden verstaan, kan worden geput uit verschillende over dit onderwerp verschenen rapporten en publicaties.⁶³

Probleem van het begrip ‘publiek belang’ is dat het een erg breed begrip is. Dit komt, zoals Vermeulen⁶⁴ reeds aangeeft, door de verschillende contexten waarin het begrip een rol speelt en de uiteenlopende functies die het begrip in die contexten vervult. Mijn opvattingen sluiten nauw aan bij het rapport ‘Borging van publieke belangen’ van de WRR. De WRR geeft de volgende omschrijving van een publiek belang:

‘Er is eerst sprake van een publiek belang indien de overheid zich de behartiging van een maatschappelijk belang aantrekt op grond van de overtuiging dat dit belang anders niet goed tot zijn recht komt. Het zich aantrekken van maatschappelijke belangen als publiek belang betekent derhalve dat de overheid het tot *doelstelling* van haar beleid maakt om dit belang te behartigen.’⁶⁵

De WRR oogstte kritiek met deze descriptieve benadering van het begrip publiek belang. Zo stelt Sap dat de WRR met deze definitie de essentie van het probleem uit de weg gaat. De eigenlijke vraag is volgens hem voor welke taken of belangen de overheid verantwoordelijkheid zou *moeten nemen*. Dit lijkt mij echter geen werkbaar uitgangspunt omdat dit een normatieve vraag betreft. Vermeulen zegt hierover in de bundel van Sap:

‘De vraag wat de publieke taak zou moeten zijn en welke taken een goed functionerende staat zou moeten verrichten en welke juist niet, is een normatieve vraag, waarvan de beantwoording in sterke mate afhankelijk is van tijd en plaats, van heersende politiek en cultuur, van bestaande belangen en behoeften’.⁶⁶

62 Zie B.P. Vermeulen, ‘De publieke taak: een veelzijdig begrip’ in: J.W. Sap, B.P. Vermeulen en C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003, p. 19 e.v. En ook het rapport ‘Publieke belangen en aandeelhouderschap’, Den Haag 2006, p. 6. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165, nr. 46.

63 Zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 018, nr. 1 (Nota Publieke belangen en marktordening. Liberalisering en privatisering in netwerksectoren).

64 Zie B.P. Vermeulen, ‘De publieke taak: een veelzijdig begrip’ in: J.W. Sap, B.P. Vermeulen en C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003, p. 13 e.v.

65 Zie Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag: SDU 2000, p. 20-21. De SER gaat van een vergelijkbare definitie uit: ‘Publieke belangen zijn belangen waarvan de behartiging voor de samenleving als geheel wenselijk is en die de politiek zich om deze reden aantrekt. Het is uiteindelijk aan de democratisch gelegitimeerde organen van de politiek om de publieke belangen te bepalen.’ Zie het SER-advies, *Overheid en markt: het resultaat telt! Voorbereiding bepalend voor succes* (advies van 19 maart 2010, SER 10/01), Den Haag: SER 2010, p. 10, te raadplegen via http://www.ser.nl/~media/db_adviezen/2010_2019/2010/b28477.ashx.

66 Zie J.W. Sap, B.P. Vermeulen en C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003, p. 20.

In het rapport *De calculus van het publieke belang*⁶⁷ is een economische benadering gekozen voor de invulling van het begrip publiek belang. Deze benadering gaat uit van de aanwezigheid van een publiek belang wanneer de markt faalt of tot door de politiek onacceptabel geachte uitkomsten leidt. Door publiekrechtelijke sturing moet een dergelijke tekortkoming worden gecorrigeerd. Buiten het feit dat de vervolgvraag, 'wat is een onacceptabele uitkomst?' wederom een politieke vraag waarvan de beantwoording afhankelijk van plaats en tijd is, acht ik een economische benadering niet geschikt voor het beoordelen van de juridische realiteit. Een formele omschrijving biedt de mogelijkheid tot afbakening. Mijns inziens is sprake van een publieke taak wanneer een taak op grond van wet- of regelgeving wordt uitgevoerd.⁶⁸ Het materiële begrip publiek belang kan naar gelang van plaats en tijd veranderen en biedt derhalve geen concrete houvast voor de afbakening van het begrip overheidsonderneming.⁶⁹

Een mooie illustratie hiervan vormen de ontwikkelingen bij diverse Nederlandse financiële instellingen. De Rijkspostspaarbank en de Postcheque- en Girodienst werden aan het eind van de negentiende eeuw als bankdiensten van de overheid opgericht. Na privatisering in de jaren tachtig van de vorige eeuw op grond van de Postbankwet,⁷⁰ – 'teneinde een instelling te creëren, die marktconform functioneert en een redelijke rentabiliteit behaalt' –⁷¹ zijn deze uiteindelijk als Postbank NV opgegaan in het huidige ING NV.⁷² En hoewel deze laatste vennootschap in beginsel een volledig private onderneming dreef, achtte de Staat de door de financiële crisis in problemen geraakte bank van

67 Zie C.N Teulings, A.L. Bovenberg en H.P. van Dalen, *De calculus van het publieke belang*, Den Haag: Kenniscentrum voor orderingsvraagstukken 2003, raad te plegen via de website van het ministerie van Economische Zaken, http://www.ez.nl/Actueel/Onderzoeken/Bewerkt/De_calculus_van_het_publieke_belang?rid=143827.

68 Het feit dat een organisatie een publieke taak uitoefent maakt haar daarmee volgens S.E. Zijlstra, 'Publieke zaak en de democratische rechtsstaat', in: J.W. Sap, B.P. Vermeulen & C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003, p. 73-74 niet per definitie tevens tot onderdeel van de overheid. Dit is juist, maar in het licht van het hiervoor geschrevene kan er mijns inziens niet gesproken worden van een publieke *taak* wanneer deze *geheel* buiten de overheid om plaats vindt. Een publieke taak kan alleen door (vertegenwoordigers van) het publiek worden aangewezen. De toets of een bepaalde taak een publieke is, is een formele en niet een materiële. Dat wil zeggen: heeft de overheid de taak bij wet opgedragen gekregen of ligt het initiatief bij een private partij?

69 Zie over de vraag wanneer de markt beter in het aanbod van diensten kan voorzien dan de overheid het advies van de Raad voor Verkeer en Waterstaat, *Markt en Overheid. Over de veranderende relatie tussen markt en overheid op terreinen van Verkeer en Waterstaat*, 15 maart 2000 en het onderzoeksprogramma 'Overheid en particulier initiatief', onder leiding van S.E. Zijlstra. Zie het wetenschappelijk verslag 2006 van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid Vrije Universiteit Amsterdam.

70 Zie de Postbankwet (*Stb.* 1985, nr. 510).

71 Zie *Kamerstukken II* 1984/85, 18 346, nr. 5, p. 1.

72 Zie over de historie van deze bank de website <http://www.ing.com/Ons-Bedrijf/Over-ons/Geschiedenis-van-ING.htm>.

dermate groot belang, dat een publiek belang aanwezig werd geacht. Hierom werd besloten tot redding, hetgeen gepaard ging met een benoeming van twee leden van de raad van commissarissen namens de Staat.⁷³

De (materiële) invulling van het begrip ‘publiek belang’ gebeurt in een dynamisch proces en daarom is het begrip rekbaar. De tijdsgeest is bepalend en hoewel het aanwijzen van een nationaal publiek belang binnen de Europese Unie behoort tot het domein van de lidstaten, kunnen maatschappelijke ontwikkelingen bijdragen aan een bepaalde consensus over hetgeen in ieder geval als publiek belang kan worden gezien. Wat het formeel vastgelegde publieke belang inhoudt, kan te allen tijde uit de wet worden afgeleid.⁷⁴

Bij de definitie van het publieke belang van de WRR zij aangetekend dat lidstaten noch politiek, noch juridisch gezien geheel de vrije hand hebben om een maatschappelijk belang als publiek belang aan te wijzen.⁷⁵ Uitgangspunt van het Europese recht is dat de lidstaten kunnen bepalen wat zij onder diensten van algemeen (economisch) belang verstaan, maar dat de lidstaten hierbij wel zijn gebonden aan de door het HvJ EU gestelde ondergrens.⁷⁶ In hoofdstuk 5 ga ik hier nader op in.

Over het antwoord op de vraag naar de inhoud van het publieke belang kan verschillend gedacht worden, maar hetgeen uiteindelijk voor dit onderzoek interessant is, is in hoofdzaak niet de door Sap gestelde *Wat vraag*, maar de *Hoe vraag*.⁷⁷ Op welke wijze worden de belangen, waarvoor de overheid de politieke eindverantwoordelijkheid heeft aanvaard, behartigd en wie draagt hiervoor de operationele eindverantwoordelijkheid? In dit onderzoek wordt een normatieve waardering van hetgeen tot het takenpakket van de overheid behoort, zoveel mogelijk buiten beschouwing gelaten. Overigens kan de door Sap gestelde vraag – voor welke belangen de overheid verantwoordelijkheid dient te nemen – wel van dienst zijn bij de bepaling van de wenselijkheid of

73 Zie over deze commissarissen nader paragraaf 4 van hoofdstuk 4.

74 Natuurlijk is er een ondergrens aan het begrip publiek belang te geven, waarbij kan worden gedacht aan taken die het wezen van de staat raken en de uit de klassieke en sociale grondrechten voortvloeiende zorgplichten van de overheid, maar zelfs deze ondergrens is tijdsafhankelijk. De minister noemt bijvoorbeeld defensie, politiezorg, rechtsbedeling en de munt. Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 27 771, nr. 1, p. 11.

75 De lidstaten zijn in toenemende mate gebonden aan hetgeen in het kader van de marktordening wordt bepaald door de Europese Unie. Zie Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag: SDU 2000, p. 126-128.

76 Zie E.R. Manunza, ‘De zig-zag koers van de EG op het terrein van verzelfstandigen’, in: H.J. de Ru en J.A.F. Peters (red.), *Verzelfstandiging en marktwerking. Stand van zaken en perspectieven*, Den Haag: SDU uitgevers 2002, p. 111. Voor de in art. 106 lid 2 VWEU (art. 86 lid 2 EG oud) genoemde ‘diensten van algemeen economisch belang’ bestaat een uitzonderingspositie binnen het Europeesrechtelijke mededingingsrecht. Zie tevens P.J. Slot, M. Park en A. Cuyvers, ‘Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd’, *Markt&Mededinging* 2007/4, p. 101-112.

77 Zie J.W. Sap, B.P. Vermeulen en C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003, p. 25.

een bepaalde taak waar de overheid verantwoordelijk voor is – een publieke taak dus – nog wel door de overheid behartigd moet worden of juist niet meer tot de publieke taken zou moeten behoren. Wanneer dit laatste het geval is, ontbreekt de legitimatie voor de overheid om deel te nemen in de overheids-onderneming.⁷⁸

4.1.4 Maatschappelijke, sociale en algemene belangen

Naast publieke belangen bestaan er belangen waarvoor private partijen de verantwoordelijkheid nemen. Dit zijn de zogenaamde maatschappelijke belangen. De WRR definieert maatschappelijke belangen als belangen waarvan de behartiging voor de samenleving als geheel gewenst is, maar waar in veel gevallen geen overheid voor nodig is.⁷⁹ Onder maatschappelijke belangen vallen mijns inziens in het bijzonder ideële en sociale belangen. Ik besef dat de begrippen publiek en algemeen belang vaak als synoniemen van elkaar worden gebruikt, maar de begrippen ‘publiek belang’ en ‘maatschappelijk belang’ in de bovengenoemde zin zijn – in mijn visie – op te vatten als species van het genus ‘algemeen belang’.⁸⁰ In het vervolg zal ik mij zoveel mogelijk beperken tot het gebruik van de term publiek belang in het kader van dit op de overheidsonderneming gerichte onderzoek.

4.2 OVERHEIDSINVLOED

Naast de hierboven besproken begrippen is ook het begrip overheidsinvloed relevant voor de bespreking van de overheidsonderneming. Na een korte behandeling van het begrip overheidsinvloed in deze paragraaf, volgt in paragraaf 4.3 een bespreking van het begrip overheidsonderneming.

Wat moet onder het begrip overheidsinvloed worden verstaan? De overheid kan op verschillende wijzen bewerkstelligen dat zij controle kan uitoefenen op de entiteiten waaraan ze de uitvoering van een publiek belang overlaat.

78 Wat betreft de legitimatie voor staatsdeelnemingen, maakt de overheid een onderscheid tussen de staatsdeelnemingen door de met de staatsdeelnemingen gemoeide publieke belangen onder te verdelen in verschillende categorieën. Zie voor de verschillende categorieën en voor een toelichting op deze categorieën *Kamerstukken II 2008/09, 28 165, nr. 97*, p. 3-4.

79 Zie Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag: SDU 2000, p. 20.

80 In België wordt ook een dergelijk onderscheid gemaakt: de NV van publiek recht behartigt publieke belangen en de vennootschap met sociaal oogmerk behartigt maatschappelijke respectievelijk sociale belangen. Verwarrend is echter dat de NV van publiek recht tevens de modaliteit van ‘sociaal oogmerk’ kan hebben. Zie nader over deze in België bestaande rechtsfiguren hoofdstuk 7 paragraaf 3.

In het rapport 'Publieke belangen en aandeelhouderschap' wordt een overzicht gegeven van de verschillende publiekrechtelijke en privaatrechtelijke wijzen waarop de overheid invloed kan uitoefenen ter uitvoering van haar publieke taak. Deze worden door auteurs benoemd als overheidsinterventie. Het begrip overheidsinterventie moet worden onderscheiden van het begrip interventiebevoegdheden.⁸¹ Interventiebevoegdheden worden opgevat als de discretionaire bevoegdheden die de overheid (op grond van de wet) heeft om te handelen.⁸² Er wordt onderscheid gemaakt tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke interventiebevoegdheden. Dit onderscheid is volgens het rapport 'Publieke belangen en aandeelhouderschap' als volgt:

'Het kenmerkende van publiekrechtelijke interventiebevoegdheden is dat de overheid op grond van het publiekrecht eenzijdig kan optreden en (...) aanwijzingen kan geven. Deze kunnen algemeen van karakter zijn, (...) maar ze kunnen ook specifiek zijn (...). Hierin wijkt publiekrechtelijke sturing af van privaatrechtelijke sturing, waarbij de overheid deze bevoegdheid in beginsel niet heeft'.⁸³

Contracten en het aandeelhouderschap⁸⁴ worden door hen aangemerkt als privaatrechtelijke interventiebevoegdheden.⁸⁵

Dit onderzoek richt zich op overheidsinvloed via privaatrechtelijke interventiebevoegdheden die berusten op verbondenheid van overheidslichamen met overheidsondernemingen. Het duiden van overheidsinvloed is van belang voor het toepasselijke normenkader. Aan de hand van het criterium overwegende beleidsbepalende overheidsinvloed, kan mijns inziens namelijk onderscheid worden gemaakt tussen overheidsondernemingen en niet-overheidsondernemingen. Dit wordt in hoofdstuk 3 bij de analyse van de verschillende normenkaders voor de overheidsonderneming nader besproken.

81 In het rapport wordt gesteld dat het begrip interventiebevoegdheden een beperktere betekenis heeft dan het begrip overheidsinterventie, waaronder al het overheidshandelen valt dat bedoeld is om de uitkomsten van het marktmechanisme te beïnvloeden. Zie het rapport 'Publieke belangen en aandeelhouderschap', Den Haag 2006, p. 6. Onduidelijk is hoe deze twee begrippen zich precies van elkaar onderscheiden, hoewel onder de term overheidsinterventie wellicht ook *soft law* instrumenten kunnen worden geschaard.

82 Zie het rapport 'Publieke belangen en aandeelhouderschap', Den Haag 2006, p. 13.

83 Zie het rapport 'Publieke belangen en aandeelhouderschap' aangeboden aan de Tweede Kamer bij de brief van 24 augustus 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165, nr. 46, p. 14. Vergelijk over publiekrechtelijke instrumenten, *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 2.

84 Zie ook *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 2.

85 De borging van publieke belangen door het afsluiten van contracten of door het aandeelhouderschap, lijken mij niet onder de enge categorie van interventiebevoegdheden te vallen, hoewel de auteurs van het rapport hier wel van uit lijken te gaan. Zie het rapport 'Publieke belangen en aandeelhouderschap', Den Haag 2006, p. 15

4.3 DE OVERHEIDSONDERNEMING

Er worden verschillende termen gehanteerd om bedrijven aan te duiden waarin de overheid invloed uitoefent. De ‘overheidsonderneming’ is niet gedefinieerd in de Nederlandse wetgeving. Overheidsondernemingen moeten worden onderscheiden van staatsbedrijven. Staatsbedrijven waren een publiekrechtelijke rechtsvorm die met de intrekking van de Bedrijvenwet in 1991 zijn opgehouden te bestaan.⁸⁶ Staatsbedrijven werden aangewezen bij wet en hadden geen van de Staat te onderscheiden afzonderlijke rechtspersoonlijkheid. Naast de voormalige staatsbedrijven, bestonden als dienst van de provincies of gemeenten ingestelde bedrijven, zogenaamde provinciale bedrijven of gemeentebedrijven. In dit onderzoek wordt de term overheidsbedrijven gereserveerd voor de overkoepelende term van de voormalige staatsbedrijven en de provinciale bedrijven en gemeentebedrijven.

De overheidsonderneming wordt in dit onderzoek gedefinieerd als een organisatie die 1) een onderneming met publiek belang drijft en die 2) verbonden is met de overheid.⁸⁷ Deze elementen worden hieronder nader uitgewerkt. In paragraaf 4.3.2 wordt een nadere definitie van het begrip overheidsonderneming gegeven.

4.3.1 Het ondernemingsbegrip

De term onderneming is in verschillende wettelijke bepalingen terug te vinden, maar bestudering hiervan en van de daarbij behorende jurisprudentie levert

86 Zie H.J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen. Juridische aspecten en de gevolgen daarvan voor het economisch beleid* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981. Van Kol meende in 1918 dat staatsbedrijven en staatsmonopolies onvermijdelijk zouden zijn. Zie H. van Kol, *Staatsbedrijven en staatsmonopolies*, Amsterdam: N.V. Boekhandel en uitg.-mij. “Ontwikkeling” 1918.

87 Volgens mijn definitie van een overheidsonderneming kunnen zowel de Staat als decentrale overheden als provincies, de gemeenten en de waterschappen een overheidsonderneming drijven. Zie paragraaf 4.1.2 van dit hoofdstuk waar wordt toegelicht dat met het begrip overheid de Staat, de provincies, de gemeenten en de waterschappen worden bedoeld. Het onderzoek richt zich in hoofdzaak op de rechtsvorm voor de overheidsonderneming waarin de Staat deelneemt. Maar binnen verschillende overheidslagen is vanuit rechtspersoonlijk oogpunt in grote lijnen sprake van een vergelijkbare organisatie waarbij een besturend orgaan wordt gecontroleerd door een controlerend orgaan. Hoewel bij de *casestudies* niet een *casestudy* is opgenomen waarin een overheidsonderneming uitsluitend wordt gedreven door decentrale overheden, ga ik er van uit dat *mutatis mutandis*, vanuit vennootschapsrechtelijk oogpunt in beginsel dezelfde overwegingen gelden voor de overheidsondernemingen waarin de Staat en daarnaast eventueel verschillende bestuurslagen deelnemen en overheids-ondernemingen waarin alleen decentrale overheden deelnemen.

geen eenduidig beeld ten aanzien van de definitie op.⁸⁸ Voor de definiëring van het ondernemingsbegrip zoek ik allereerst aansluiting bij Van Schilfgaarde,⁸⁹ die de onderneming ziet als:

‘(een) organisatorisch verband, gericht op duurzame deelneming aan het economisch verkeer’.⁹⁰

De door Van Schilfgaarde gehanteerde omschrijving van het begrip onderneming sluit aan bij het ondernemingsbegrip zoals dat in het (Europeesrechtelijke) mededingingsrecht wordt gehanteerd. Het Europese ondernemingsbegrip is functioneel⁹¹ en wordt autonoom, dat wil zeggen onafhankelijk van een nationale definiëring, door het HvJ EU geïnterpreteerd.⁹² Ongeacht de wijze van financiering,⁹³ de juridische status of de rechtsvorm,⁹⁴ wordt aan de

88 Zo vermeldt Slagter dat het betreuwenswaardig is dat het begrip verschillend wordt omschreven in de Wet op de ondernemingsraden, de Wet op de Europese ondernemingsraden, de Fusiecode, het enquêterecht, de structuurregeling en in art. 7:662-666 BW. Zie W.J. Slagter, *Compendium van het Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 34.

89 Zie P. van Schilfgaarde, *Van de NV en de BV* (bewerkt door J. Winter) Deventer: Kluwer 2009, p. 20 e.v.

90 Slagter gaat uit van een meer uitgewerkte omschrijving: ‘de zelfstandige en duurzaam georganiseerde groep van personen, die goederen en/of diensten voortbrengt respectievelijk distribueert, waarbij deze groep zich bij het volbrengen van deze activiteiten laat leiden door signalen uit de markt waarop zij optreedt’. Zie W.J. Slagter, *Compendium van het Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 34. Vergelijk L. Timmerman, ‘Ondernemingsrecht en economische orde’, *SEW* 1977, p. 288. Slagter concludeert dat de overheid en non-profit-instellingen op grond van deze omschrijving buiten het begrip onderneming vallen. Deze visie miskent mijns inziens dat overheden commerciële marktactiviteiten kunnen ondernemen. Zie F.J.P.M. Hoefnagel, W.J. Derksen, ‘Het wetsontwerp overheid en markt en het borgen van publiek belang’, in: H.J. de Ru, J.A.F. Peters en J.J. Sylvester (red.), *De Wet markt en overheid. Beschouwingen over een omstreden wetsvoorstel. Monografieën Overheid & Markt*, Den Haag: SDU Uitgevers 2002, p. 23. Wel wordt het spanningsveld van de overheid als marktdeelnemer duidelijk: deze laat zich niet alleen leiden ‘door signalen uit de markt waarop zij optreedt’, maar ook door de wens publieke belangen te borgen.

91 Zie V. Korah, ‘Advocate General Jacobs’ Contribution to Competition Law’, *Fordham International Law Journal* 2009/29 (4), p. 722.

92 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 126.

93 Zie HvJ EG 23 april 1991, nr. C-41/90, *Jur.* 1991, p. I-01979 (*Klaus Höfner en Fritz Elser/Macrotron GmbH*), HvJ EG 17 februari 1993, gev. zaken C-159/91 en C-160/91, *Jur.* 1993, p. I-00637 (*Christian Poucet tegen Assurances générales de France en Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*) en HvJ EG 24 oktober 2002, nr. C-82/01 P, *Jur.* 2002, p. I-09297 (*Aéroports de Paris/Commissie*).

94 Zie bijvoorbeeld GvEA EG 22 oktober 1997, gev. zaken T-213/95 en T-18/96, *Jur.* 1997, p. II-01739 (*SCK en FNK/Commissie*) over een stichting en HvJ EG 30 januari 1985, nr. 123/83, *Jur.* 1985, p. 391 (*Bureau national interprofessionnel du cognac/Guy Clair*) over een publiekrechtelijk overlegorgaan. Hoewel de rechtsvorm waarin de activiteiten plaatsvinden niet bepalend is bij het beantwoorden van de vraag of de bedreven activiteiten economisch van aard zijn, is een bedrijfsmatige opzet wel degelijk een indicatie dat sprake is van een commerciële activiteit. De bedrijfsmatige opzet lijkt voor De Haan, Drupsteen en Fernhout doorslag-

hand van het criterium 'economische activiteit' bepaald of een entiteit een onderneming is.⁹⁵ Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU is sprake van een economische activiteit wanneer goederen of diensten op een markt worden aangeboden⁹⁶ en wanneer deze in beginsel zou kunnen worden uitgevoerd door een private entiteit met het doel om winst te maken.⁹⁷ Iedere entiteit die economische activiteiten verricht, wordt als onderneming aangemerkt. De kwalificatie als onderneming brengt toepasselijkheid van het mededingingsrecht mee.⁹⁸ Ook zonder winstoogmerk, of zelfs betaling als tegenprestatie kan sprake zijn van een economische activiteit.⁹⁹ Het gaat om het karakter van de activiteit, waarbij het bestaan van concurrerende private diensten een sterke aanwijzing is, dat de activiteit economisch van aard is.¹⁰⁰ Het is derhalve mogelijk dat een overheid een economische activiteit uitoefent.¹⁰¹ Ook publieke entiteiten, zelfs onderdelen van de publieke administratie die geen eigen rechtspersoonlijkheid bezitten, kunnen als onderneming worden aange-

gevend te zijn bij de beantwoording van de vraag wat een overheidsonderneming is. Overheidsinstellingen zijn – in tegenstelling tot overheidsondernemingen – in hun visie: 'organisatievormen welke van overheidswege zijn ingesteld en toegerust met een eigen taak, eigen personeel en een eigen bestuur en soms ook met rechtspersoonlijkheid en enig openbaar gezag, evenwel zonder dat daarbij van een bedrijfsmatige opzet sprake is'. Zie P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, deel 1: ontwikkeling, organisatie, instrumentarium*, Deventer: Kluwer 1996, p. 175. Het in dit onderzoek gehanteerde onderscheid tussen overheidsondernemingen en niet-overheidsondernemingen kan echter verschillen met het door hen gehanteerde onderscheid omdat wordt uitgegaan van de definiëring van economische activiteiten door het HvJ EU. Zonder dat sprake is van een bedrijfsmatige opzet kan derhalve evengoed, in ieder geval vanuit Europees perspectief, een onderneming worden gedreven vanwege andere indicatieve factoren.

95 Zie HvJ EG 23 april 1991, nr. C-41/90, *Jur.* 1991, p. I-01979 (*Klaus Höfner en Fritz Elser/Macrotron GmbH*), r.o. 21. De jurisprudentie van het HvJ EU is richtinggevend voor de invulling van het begrip economische activiteiten. Zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 646-654 en de aldaar genoemde jurisprudentie.

96 Zie bijv. HvJ EG 25 oktober 2001, nr. C- 475/99, *Jur.* 2001, p. I-8089 (*Ambulanz Glöckner/Landkreis Südwestpfalz*) en voor nadere jurisprudentie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 124, i.h.b. noot 37.

97 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 21 september 1999, nr. C-67/96, *Jur.* 1999, p. I-5751 (*Albany International BV/Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*). en nader A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 125, i.h.b. noot 38.

98 De zelfstandige uitoefening van een economische activiteit is bepalend voor de kwalificatie als onderneming. Zie HvJ EG 29 maart 1982, nr. 107/82, *Jur.* 1983, p. 3151 (*AEG-Telefunken AG/Commissie*).

99 Zie HvJ EG 23 april 1991, nr. C-41/90, *Jur.* 1991, p. I-01979 (*Klaus Höfner en Fritz Elser/Macrotron GmbH*), r.o. 22-23.

100 Zie de Conclusie van A-G Jacobs van 22 mei 2003 bij gev. zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *Jur.* 2004, p. 1-2493, r.o. 27 (*AOK Bundesverband e.a.*) waar Jacobs het volgende stelt: 'Bij de beoordeling of een activiteit een economisch karakter heeft, is mijns inziens van essentieel belang of zij althans in beginsel door een particuliere onderneming kan worden uitgeoefend met het oog op het maken van winst.'

101 Zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 653 en de aldaar genoemde jurisprudentie.

merkt.¹⁰² Handelingen in de uitoefening van openbaar gezag worden echter als niet-economisch beschouwd, zodat de overheid de vrijheid behoudt haar bestuurlijke taak uit te voeren.¹⁰³ Zo zijn activiteiten die worden verricht op basis van solidariteit, niet economisch.¹⁰⁴ Ondanks de mogelijkheid dat overheidsondernemingen of (organen van) overheden worden gekwalificeerd als ondernemingen wanneer zij economische activiteiten uitvoeren, is in de zaak Wouters uitgemaakt dat dit niet het geval is wanneer hun gedrag is gekoppeld ‘with the exercise of the powers of a public authority’.¹⁰⁵ Wanneer derhalve typische overheidsprerogatieven worden uitgeoefend, is geen sprake van economische activiteiten.¹⁰⁶ Ook wanneer sprake is van een op het solidariteitsbeginsel berustende sociale taak, zoals bij bepaalde organen van sociale zekerheid is geen sprake van een economische activiteit.¹⁰⁷

Het Europeesrechtelijke ondernemingsbegrip is een relatief begrip.¹⁰⁸ Dat wil zeggen dat indien één entiteit meerdere activiteiten verricht, deze slechts voor wat betreft het verrichten van de economische activiteiten aan te merken valt als een onderneming. Voor de niet-economische activiteiten valt de entiteit buiten het toepassingsbereik van de verdragsbepalingen die gericht zijn op het creëren van een gelijk speelveld en onvervalste mededinging.¹⁰⁹

102 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 127.

103 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 127-134.

104 Zie R. Whish en D. Bailey, *Competition Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 87.

105 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 18 maart 1997, zaak C-343/95, *Jur.* 1997, p. I-1547 (*Cali & Figli/Servizi Ecologici Porto di Genova*) waarin het hof overwoog dat de milieuinspectietaken deel uitmaken van ‘the essential functions of the state in protecting the maritime environment’ zodat de activiteiten een niet-economisch karakter hebben en dat wanneer een privaatrechtelijk lichaam door de overheid met deze taken zijn belast, deze activiteiten niet onder de werkingssfeer van art. 102 VWEU vallen.

106 Zie HvJ EG 19 januari 1994, zaak C-364/92, *Jur.* 1994, p. I-43, (*SAT Fluggesellschaft*), r.o. 30 betreffende de controle en de politie van het luchtruim, en HvJ EG 18 maart 1997, zaak C-343/95, *Jur.* 1997, p. I-1547 (*Cali & Figli/Servizi Ecologici Porto di Genova*), r.o. 22 en 23 betreffende de milieu-inspectie ter bescherming van het mariene milieu).

107 Zie HvJ EG 17 februari 1993, gev. zaken C-159/91 en C-160/91, *Jur.* 1993, p. I-00637 (*Christian Poucet tegen Assurances générales de France en Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*), r.o. 18 en 19 betreffende het beheer van de openbare dienst van de sociale zekerheid).

108 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 125.

109 ‘Just as a ‘functional’ approach should be taken to the concept of an undertaking, so too it may be that a body can qualify as an association of undertakings when carrying out some of its tasks, but not when performing others (for example regulatory supervision on behalf of the state).’ Zie R. Whish en D. Bailey, *Competition Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 92. In de literatuur wordt dit functionele ondernemingsbegrip nader uitgewerkt aan de hand van verschillende theorieën. Zie uitgebreid over onder andere de door de Commissie als heersende leer bestempelde splitsingstheorie (waarbij de economische activiteiten kunnen worden losgekoppeld van de niet-economische activiteiten binnen een entiteit en slechts de economische activiteiten onder het mededingingsrecht vallen) en de

Het ondernemingsbegrip in dit onderzoek is gebaseerd op zowel de omschrijving van Van Schilfgaarde – duurzame deelneming aan het economisch verkeer – als op het Europeesrechtelijke ondernemingsbegrip waarbij de nadruk ligt op het criterium van economische activiteit.

4.3.2 Overheidsonderneming: verbondenheid met de overheid

De overheidsonderneming zal in het kader van dit onderzoek worden gedefinieerd als de onderneming met publiek belang, waarin de overheid mede door middel van privaatrechtelijke bevoegdheden een overwegende (beleidsbepalende) mate van invloed uitoefent die als beleidsbepalend geldt.¹¹⁰ Er dient een bepaalde duurzaamheid in de overwegende overheidsinvloed te bestaan. Wanneer de zeggenschap van de overheid dusdanig is dat zij op bepaalde strategische beslissingen van de onderneming een doorslaggevende invloed heeft, is sprake van een beleidsbepalende rol. De autonomie van de overheidsonderneming is aldus beperkt doordat de overheid beleidsbepalende invloed heeft op beslissingen die normaliter volgens het algemene vennootschapsrechtelijke kader behoren tot de autonomie van de onderneming.

Hierbij moet overigens worden opgemerkt dat in het bestuursrecht minder snel een overwegende overheidsinvloed wordt aangenomen. Uit recente bestuursrechtspraak lijkt het enkele feit dat sprake is van een meerderheidsaandeel in handen van de overheid in een privaatrechtelijke rechtspersoon vanuit bestuursrechtelijk oogpunt niet voldoende om te concluderen dat sprake is van een overwegende overheidsinvloed binnen deze rechtspersoon. Het betrof in deze zaak de vraag of informatie in handen van ProRail op grond van de Wet openbaarheid van bestuur opgevraagde informatie ‘onder’ de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu berustte.¹¹¹ Dit is het geval indien ProRail als een onder verantwoordelijkheid van de staatssecretaris werkzaam bedrijf als bedoeld in artikel 3 van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) kan

conversietheorie (met als uitgangspunt dat een entiteit als onderneming kwalificeert indien zij een economische activiteit verricht welke kwalificatie geldt voor het geheel aan activiteiten) en andere theorieën N. Saanen, *Wegen door Brussel. Staatssteun en publieke belangen in de vervoersector* (diss. Delft), Enschede: GildePrint Drukkerijen 2013, p. 53-55.

110 Simons lijkt in zijn artikel wanneer hij spreekt over een overheidsonderneming uit te gaan van een bedrijf dat volledig in handen is van de overheid. Kenmerkend voor de overheidsonderneming ter onderscheiding van de overige overheidsinstellingen is volgens hem: ‘het met het oog op de voorziening in een collectief belang beschikbaar stellen van goederen of diensten tegen contra-prestaties die in beginsel de kosten van het bedrijf moeten dekken’. Zie D. Simons, ‘De rechtsvormen van de overheidsonderneming’, *WPNR* 1970/5067, p. 69.

111 Zie Rb. Amsterdam 4 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:3969.

worden aangemerkt.¹¹² Private rechtspersonen zoals ProRail vallen in beginsel slechts onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan als bedoeld in artikel 3 van de Wob, wanneer ‘...kan worden vastgesteld dat sprake is van overwegende overheidsinvloed van het bestuursorgaan op die private rechtspersoon.’¹¹³ De rechtbank constateert ten aanzien hiervan dat uit de regelgeving, de Beheerconcessie en de statuten van ProRail niet is gebleken dat ProRail zich bij zijn werkzaamheden heeft te richten naar de opdrachten van de minister en of dat de minister bevoegd is enige aanwijzing te geven.¹¹⁴ Het feit dat de Staat der Nederlanden enig aandeelhouder van ProRail is en in die hoedanigheid gebruik maakt van het statutaire benoemingsrecht van bestuurders en commissarissen is *niet* afdoende voor de rechter om overwegende overheidsinvloed aan te nemen.

Overwegende overheidsinvloed kan volgens de rechtbank echter wel blijken uit een samenstel van bevoegdheden. De omstandigheden die de rechtbank hiervoor in deze zaak van belang acht waren de volgende: de minister van Verkeer en Waterstaat heeft door middel van de beheersconcessie een aantal publieke taken aan ProRail toebedeeld; ProRail wordt grotendeels door de minister vanuit publieke middelen gefinancierd; toezicht op ProRail komt voort uit wet- en regelgeving; ProRail heeft een informatieverplichting jegens de minister; en ten slotte beschikt de minister over een stelsel van sturings- en handavingsinstrumenten indien ProRail de verplichtingen uit de Beheerconcessie niet nakomt.

Voor zover invulling wordt gegeven aan het in artikel 3, eerste lid, van de Wob bedoelde criterium ‘onder verantwoordelijkheid’ is de redenering

112 Mijns inziens moeten twee zaken worden onderscheiden. De toets die vanuit de toepasselijkheid van de Wob begrijpelijkerwijze kijkt naar de vraag of een entiteit onder de verantwoordelijkheid van een minister valt, vraagt om een indringende mate van overheidsaanwezigheid. Echter, vanuit mijn optiek moet er in het algemeen, niet alleen voor het vennootschapsrecht, maar ook daarbuiten, een onderscheid worden gemaakt tussen de vraag of een entiteit onder de verantwoordelijkheid van een minister valt en de vraag of de overheid in een bepaalde entiteit een overwegende mate van invloed heeft zodat de autonomie van de entiteit wordt beperkt. Er kan vanuit vennootschapsrechtelijk oogpunt sprake zijn van een overwegende beleidsbepalende overheidsinvloed in een vennootschap, terwijl deze niet onder de juridische verantwoordelijkheid van de overheid staat. Hoewel er vanwege politieke eindverantwoordelijkheid, overheidsinvloed is gewenst, wordt met de keuze voor uitvoering van de activiteiten door een aparte rechtspersoon juist afstand tot de overheid, bijvoorbeeld door de juridische verantwoordelijkheid weg te nemen bij een ministerie, beoogd.

113 Zie Rb. Amsterdam 4 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:3969, r.o. 6.4, onder verwijzing naar Raad van State 16 november 2011, *LJN* BU4568.

114 De rechtbank overweegt in r.o. 6.6 zelf ook uitdrukkelijk: ‘Verweerder beschikt over een stelsel van sturings- en handavingsinstrumenten indien ProRail de verplichtingen uit de Beheerconcessie niet nakomt’, zie Rb. Amsterdam 4 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:3969, r.o. 6.6.

begrijpelijk,¹¹⁵ maar mijns inziens dient overwegende overheidsinvloed, in het bijzonder in de vennootschapsrechtelijke context eerder te worden aangenomen.

Voor een nadere omschrijving van de overheidsonderneming kan aansluiting worden gezocht bij de term overheidsbedrijf in artikel 25g Mw.

In artikel 25g Mw wordt onder overheidsbedrijf verstaan:

‘1. (...)

a. een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid, (...),¹¹⁶ waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon, al dan niet tezamen met een of meer andere publiekrechtelijke rechtspersonen, in staat is het beleid te bepalen.’

Het criterium ‘beleidsbepalende invloed’ wordt voorts nader ingevuld in artikel 25g lid 2 Mw:

‘Een publiekrechtelijke rechtspersoon is alleen in staat in een onderneming het beleid te bepalen (...):

- a. indien hij, al dan niet tezamen met een of meer andere publiekrechtelijke rechtspersonen, beschikt over de meerderheid van de stemrechten, verbonden aan de door de rechtspersoon van de onderneming uitgegeven aandelen;
- b. indien meer dan de helft van de leden van het bestuur of het toezichthoudend orgaan wordt benoemd door een of meer publiekrechtelijke rechtspersonen of door leden of aandeelhouders die een publiekrechtelijke rechtspersoon zijn;

115 ‘Op grond van artikel 3, eerste lid, van de Wob kan een ieder een verzoek om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid richten tot een bestuursorgaan of een onder *verantwoordelijkheid* (curs. JN) van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf.’ Ook de Raad van State zoekt in de uitspraak van 16 november 2011 aansluiting bij dit criterium: ‘De rechtbank heeft bij het beantwoorden van die vraag terecht aansluiting gezocht bij artikel 3, eerste lid, van de Wob en de vraag beantwoord of het onderdeel van ID-Lelystad belast met onderzoek naar mond- en klauwzeer een onder verantwoordelijkheid van destijds de minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij werkzame instelling, dienst of bedrijf was dan wel het CVI een onder verantwoordelijkheid van de staatssecretaris werkzame instelling, dienst of bedrijf is.’ Zie Raad van State 16 november 2011, *LJN* BU4568, 2.4.1.

116 In de wettekst wordt ook gesproken over de personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid. Aangezien het wetsvoorstel Personenvennootschappen waarin deze rechtsfiguur zou worden geïntroduceerd, is ingetrokken, is het betrekken van deze term niet relevant. Bovendien acht ik de bewoordingen van art. 25g sub b Mw in de zin dat een overheidsbedrijf ook is ‘een onderneming in de vorm van een personenvennootschap, waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon deelneemt’ ongelukkig. Het criterium van beleidsbepalende invloed, zoals dat wel in art. 25g lid 1 sub a Mw is neergelegd, lijkt hier te zijn losgelaten. Ongeacht de grootte van de personenvennootschap, lijkt de deelname van één publiekrechtelijke rechtspersoon als vennoot, reeds voldoende om de personenvennootschap als overheidsbedrijf te kwalificeren.

- c. indien de onderneming een dochtermaatschappij in de zin van artikel 24a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek is van een rechtspersoon waarvoor onderdeel a of b van toepassing is; of
- d. in andere gevallen, voor zover bij algemene maatregel van bestuur bepaald.'

Beleidsbepalende invloed bestaat volgens artikel 25g lid 2 sub a Mw dus indien de publiekrechtelijke rechtspersoon al dan niet tezamen de meerderheid van stemrechten binnen de vergadering van aandeelhouders heeft, waaronder mijns inziens ook de stemrechten op certificaten moeten worden verstaan.¹¹⁷ Artikel 25g lid 2 sub b Mw en artikel 25g lid 2 sub c Mw koppelen de beleidsbepalende invloed aan de mate van verbondenheid tussen de publiekrechtelijke rechtspersonen en de desbetreffende privaatrechtelijke rechtspersoon.

In artikel 25g lid 2 sub b Mw wordt het begrip verbondenheid uitgelegd als institutionele verbondenheid met de bestuurlijke en toezichthoudende organen waarbij de meerderheid van de desbetreffende organen door de publiekrechtelijke rechtspersoon wordt benoemd.

Artikel 25g lid 2 sub c Mw sluit voor de invulling van het begrip verbondenheid aan bij de verbondenheid tussen een moeder en dochtermaatschappij, zoals neergelegd in artikel 2:24a BW. In aansluiting op het in artikel 2:24a BW bepaalde, is sprake van verbondenheid wanneer de overheid op grond van de statuten van de onderneming over bijzondere rechten of aandelen beschikt, waardoor zij invloed heeft op voor de onderneming wezenlijke besluitvorming zonder dat zij meer dan 50% van de stemrechten heeft.¹¹⁸ Ook kan sprake zijn van verbondenheid wanneer de overheid op grond van de statuten de meerderheid van de bestuurders (direct of indirect) kan benoemen. Er is aldus deels sprake van overlap tussen dit in artikel 25g lid 2 sub c Mw artikel en het in de artikelen 25g lid 2 sub a en b Mw bepaalde.

De door mij gehanteerde definitie van overheidsonderneming is echter in zekere zin ruimer dan het in artikel 25g Mw bepaalde. Een onderneming kwalificeert zoals gezegd mijns inziens – in afwijking van artikel 25g Mw – als overheidsonderneming, indien een publiekrechtelijke rechtspersoon, op grond van privaatrechtelijke bevoegdheden, een beleidsbepalende invloed heeft op beslissingen die volgens het algemene vennootschapsrechtelijke kader

117 Let wel, het begrip beleidsbepalende invloed moet niet verward worden met het begrip overwegende zeggenschap zoals bedoeld in art. 1:1 Wft. Er is reeds sprake van overwegende zeggenschap volgens dit artikel bij het kunnen uitoefenen van ten minste 30% van de stemrechten in een algemene vergadering van een NV. Dit begrip van overwegende zeggenschap voldoet niet om ondernemingen als overheidsonderneming te kwalificeren omdat met 30% van de stemrechten nog geen overwegende beleidsbepalende overheidsinvloed bestaat.

118 Deze omschrijving omvat derhalve meer dan alleen de ondernemingen die in volledige eigendom van de overheid zijn.

behoren tot de autonomie van de onderneming. Ook indien deze beleidsbepalende invloed wordt verkregen op grond van bijvoorbeeld een overeenkomst, is sprake van een overheidsonderneming. Het gaat hierbij om een inperking van de *vennootschapsrechtelijke* autonomie van de rechtspersoon, hetgeen enger is dan een beperking van de autonomie in het algemeen.

Ondernemingen die slechts een concessie hebben verkregen van, of die een overeenkomst hebben gesloten met, de overheid zijn niet aan te merken als overheidsonderneming, tenzij de overheid een overwegende mate van invloed heeft in deze ondernemingen waardoor de autonomie van de onderneming is beperkt.¹¹⁹ In de praktijk zal dit echter zelden voorkomen. Zo is er bijvoorbeeld geen overwegende mate van beleidsbepalende invloed vanwege de overeenkomst tussen de Staat en ING op grond waarvan de overheid twee commissarissen bij ING heeft kunnen 'voordragen'.¹²⁰ De in dit onderzoek gehanteerde definitie van overheidsonderneming is ook ruimer dan de in artikel 2:155a BW bedoelde rechtspersonen, waarvan de overheid het gehele geplaatste kapitaal voor eigen rekening verschaft of doet verschaffen. Dit artikel wordt in het volgende hoofdstuk nader besproken. De definiering van de overheidsonderneming benadert het Europeesrechtelijke begrip openbaar bedrijf zoals dat wordt gehanteerd in artikel 2 onder b van de Transparantierichtlijn¹²¹ welke in paragraaf 3.1 van hoofdstuk 5 zal worden besproken.¹²²

119 Deze overwegende mate van invloed kan ook voortvloeien uit een samenstel van omstandigheden. Ook de aanwezigheid van doorslaggevende beleidsbepalende overheidsinvloed op basis van contracten moet meespelen bij het maken van onderscheid tussen reguliere ondernemingen en overheidsondernemingen. Vergelijk de Engelse *source of power*-test. In het Engelse recht wordt het karakter van een rechtsverhouding vastgesteld aan de hand van onder andere de zogenoemde *source of power* test. Deze test is vergelijkbaar met de kwalificatie van een rechtshandeling als besluit waarbij wordt gezien of sprake is van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag die vanuit het legaliteitsbeginsel voor besluiten wordt vereist. Wanneer sprake is van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag, wordt de rechtsverhouding als publiekrechtelijk gekwalificeerd op het volgende geval na. Een contract kan ook een *source of power* zijn. Met dien verstande dat het gebruik van contractuele bevoegdheden ongeacht eventuele aanwezige wettelijke grondslagen niet voor *judicial review* vatbaar zijn en derhalve als privaatrechtelijke bevoegdheden worden aangemerkt. Zie G.T.J.M. Jurgens en F.J. van Ommeren, 'Publiekrecht in Engeland: Roomser dan de Paus? De opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht', *NTB* 2009, p. 144.

120 Weliswaar houdt de opzeggingsmogelijkheid van de concessie of het contract in de praktijk een mogelijkheid voor de overheid in om het handelen van de onderneming vanuit beleidsmatige overwegingen te beïnvloeden, maar in theorie kan de onderneming vanuit vennootschapsrechtelijk perspectief in beginsel alle beslissingen zelfstandig nemen.

121 Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, *PbEU* 2006, L 318/17-25.

122 Vanwege de nationaalrechtelijke insteek van art. 25g Mw en de Europeesrechtelijke insteek van art. 2 Transparantierichtlijn, verschilt de wijze van omschrijven enigszins. De entiteiten die als overheidsbedrijf in de zin van de Mw kunnen worden gekwalificeerd, zullen in beginsel ook als openbaar bedrijf in de zin van de Transparantierichtlijn hebben te gelden. De bepalingen gaan echter van verschillende criteria uit. Het criterium dat de brug vormt

5 HISTORISCHE ONTWIKKELING VAN DE OVERHEIDSTAAK

5.1 Inleiding

In deze paragraaf zal ik de historische context van de overheidsonderneming schetsen. Deze beschrijving geeft de context van het onderzoeksonderwerp weer en verduidelijkt hoe vorm werd en wordt gegeven aan overheidsinvloed. In het bijzonder wordt bezien op welke wijzen de overheid invloed heeft uitgeoefend binnen ondernemingen die een dienst uitvoeren ter behartiging van een publiek belang.

5.2 Van non-interventie tot stimulering

De eerste overheidsonderneming

Reeds sinds de zeventiende eeuw overheerste in de Nederlanden met betrekking tot de relatie tussen de overheid en (commerciële) private initiatieven het beginsel van non-interventie.¹²³ De politiek bemoeide zich niet met het bedrijfsleven en *vice versa*. In de Gouden Eeuw had de Nederlandse Republiek een dusdanige economische voorsprong op de rest van Europa opgebouwd dat de Nederlandse handel en nijverheid geen bescherming van overheidswege behoeften. De Nederlandse handel had juist baat bij een ongereguleerd vrij economisch verkeer.

Een bekende uitzondering op deze praktijk is de in 1604 opgerichte Verenigde Oost-Indische Compagnie (hierna: VOC). De VOC wordt beschouwd als de eerste in aandelen verdeelde vennootschap.¹²⁴ De VOC wordt tevens als

tussen overheid en bedrijf wordt in art. 25g Mw de mogelijkheid om het beleid te bepalen, genoemd. Dit wordt in art. 2 onder b van de Transparantierichtlijn echter dominerende invloed genoemd.

123 De overheid diende hooguit gunstige voorwaarden te scheppen. Zie H.J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen. Juridische aspecten en de gevolgen daarvan voor het economisch beleid* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981, p. 19, noot 3.

124 Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (2-II*) *De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009, p. 1-2 en de aldaar genoemde literatuur, anders: E.J.J. van der Heijden, *De ontwikkeling van de Naamloze Vennootschap in Nederland vóór de codificatie* (diss. Utrecht), Amsterdam: Boekh. en uitg.-zaak 1908. Van der Heijden weerlegt verschillende theorieën die de oorsprong van de naamloze vennootschap in Italië plaatsen. Zo beschouwt hij de beperkte aansprakelijkheid van de vennoten van de handelscompagnieën als ‘een bewuste afwijking van het gemeene recht’, in tegenstelling tot de bij Italiaanse banken bestaande beperkte aansprakelijkheid, welke niets meer inhield dan ‘een valsche schijn en in wezen het noodzakelijk uitvloeisel van een vereeniging van crediteuren’, p. 20-21. De VOC wordt ook als de eerste multinationale onderneming gezien. Zie P. van Schilfgaarde, *Van de NV en de BV* (bewerkt door J. Winter), Deventer: Kluwer 2009, p. 31. Invloed op de bewindvoerders (bestuurders) van de onderneming – zoals aandeelhouders tegenwoordig hebben – hadden de particuliere participanten echter niet. Daar stond tegenover dat de participanten niet verder dan hun inbreng aansprakelijk konden worden

één van de eerste ‘publieke’ of overheidsondernemingen beschouwd.¹²⁵ Weliswaar werd het kapitaal bijeengebracht door particuliere participanten, maar de VOC had een publiekrechtelijke inslag.¹²⁶ De oprichting bij octrooiverlening door de Staten-Generaal die ook de bewindvoerders benoemden, geschiedde derhalve met het oog op het algemeen belang.¹²⁷

Het publieke doel dat met de oprichting werd beoogd, is in de loop van het bestaan van de VOC bijgesteld. Aanvankelijk lag het doel voornamelijk in het voorkomen van stagnatie van de toevoer van handelsproducten uit de Oost. Door de oprichting van handelsposten was de VOC in staat bepaalde gebieden te beheersen en de toevoer zeker te stellen. Om de invloed te vergroten werden de schepen uitgerust met wapens. Langzamerhand kreeg de VOC ook een militaire doelstelling.¹²⁸

Desalniettemin domineerden aan het einde van de zeventiende eeuw voornamelijk de commerciële belangen en hield de politiek enige afstand van de onderneming.¹²⁹ Er werden andere – tevens particuliere – compagnieën

gesteld. Zie H.J. den Heijer, *De geotrooieerde compagnie: de VOC en de WIC als voorlopers van de naamloze vennootschap* (Ars Notariatus 128), Deventer: Kluwer 2005, p. 4.

125 Zie uitgebreid over de historische context waarin de VOC is ontstaan P.M.L. Frentrop, *Corporate governance 1602-2002. Ondernemingen en hun aandeelhouders sinds de VOC* (diss. 2002 Tilburg), Amsterdam: Prometheus 2002, i.h.b. p. 80 e.v.

126 Door de enorme toename van het aantal voorcompagnieën dat op de Oost voer, – hetgeen de vraagprijzen van specerijen ter plaatse opdreef, maar de afzetprijzen hier te lande juist aanzienlijk deed dalen – bestond de angst dat de verschillende ondernemingen elkaar weg zouden concurreren. Om te voorkomen dat hierdoor de aanvoer van specerijen niet meer zou kunnen worden gewaarborgd, besloot de Republiek der Verenigde Nederlanden op 20 maart 1602 de VOC op te richten. De reeds vanaf de zestiende eeuw bestaande zogenaamde voorcompagnieën zijn volgens Van der Heijden vergelijkbaar met commanditaire vennootschappen. Anders S. van Brakel, *De Hollandsche handelscompagnieën der zeventiende eeuw: hun ontstaan, hunne inrichting*, Den Haag: Nijhoff 1908, die deze voorcompagnieën als naamloze vennootschappen ziet. Toen duidelijk werd dat alle afzonderlijke compagnieën tot één compagnie werden samengebracht, hebben de bewindvoerders van de Amsterdamse compagnie nog geprobeerd een monopolie te verkrijgen voor hun handel. Dit verzoek werd echter afgewezen door de Staten van Holland ‘op grond dat zij liever zagen dat “de gemeene saeke” daarvan mocht profiteren.’ Zie E.J.J. van der Heijden, *De ontwikkeling van de Naamlloze Vennootschap in Nederland vóór de codificatie* (diss. Utrecht), Amsterdam: Boekh. en uitg.-zaak 1908, p. 42. Zie voorts over de totstandkoming van de VOC, F.S. Gaastra, *De geschiedenis van de VOC*, Zutphen: Walburg Pers 2002, p. 13 e.v.

127 Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (2-II*) *De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009, p. 2.

128 Zie F.S. Gaastra, *De geschiedenis van de VOC*, Zutphen: Walburg Pers 2002, p. 39 e.v. Sprekend is het citaat: “‘t Is een gemeen ende in seeckeren sin waerachtig seggen dat de Nederlandsch Oost Indische Compagnie is niet alleen een Compagnie van commercie maer oock van staat.” Zie F.S. Gaastra, *De geschiedenis van de VOC*, Zutphen: Walburg Pers 2002, p. 57.

129 Zie J.L. van Zanden, ‘Nederlands industriebeleid in Europees historisch perspectief’, in: J. Muntendam en E. Wever (red.), *Industriepolitiek in Nederland en Europa*, Assen: Van Gorcum 1994, p. 5, en F.S. Gaastra, *De geschiedenis van de VOC*, Zutphen: Walburg Pers 2002, p. 13 e.v. De (hoofd)participanten kregen in sommige gevallen enige invloed op de benoeming

opgericht.¹³⁰ Hoewel de populariteit van de compagnieën door de economische crisis van 1720 fors was teruggelopen, werden aan het eind van de achttiende eeuw weer enkele actiëncompagnieën opgericht waaronder in het bijzonder verzekeringsmaatschappijen.¹³¹ Het behartigen van algemene belangen werd aldus voornamelijk overgelaten aan particulieren: de Staat trad hooguit op als financier en onthield zich in beginsel van bemoeienis met de particuliere sector. Voor geöctrooïeerde monopolies was geen plaats.¹³²

Van Republiek der Vereenigde Nederlanden tot marktgerichte verzorgingsstaat

Tot omstreeks het begin van de negentiende eeuw vond overheidsingrijpen hoofdzakelijk plaats op basis van fiscale of militaire motieven. Hoewel het uitgangspunt dat de overheid zich in beginsel onthield van bemoeienis met de particuliere sector lange tijd onverkort gold, was er een tournure in het beleid en de uitvoering daarvan waar te nemen.¹³³ Deelneming door de overheid geschiedde veelal om particuliere geldschietters te motiveren om ook geld te investeren. De overheid kreeg in toenemende mate de rol toebedeeld om zo gunstig mogelijke voorwaarden te scheppen voor het particulier initiatief.¹³⁴ Niet in de laatste plaats verantwoordelijk voor de toename van overheidsbemoeienis was de rol van koning Willem I die ook wel koningkoopman

van de bewindvoerders. De bewindvoerders dienden rekening af te leggen en dividendvaststelling geschiedde jaarlijks.

130 Zie voor voorbeelden van opgerichte compagnieën E.J.J. van der Heijden, *De ontwikkeling van de Naamloze Vennootschap in Nederland vóór de codificatie* (diss. Utrecht), Amsterdam: Boekh. en uitg.-zaak 1908, p. 172 e.v. en de in bijlagen opgenomen voorwaarden van enkele compagnieën.

131 Zie E.J.J. van der Heijden, *De ontwikkeling van de Naamloze Vennootschap in Nederland vóór de codificatie* (diss. Utrecht), Amsterdam: Boekh. en uitg.-zaak 1908, p. 174 en Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (2-II*) *De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009, p. 2.

132 Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (2-II*) *De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009, p. 2-3. Aan het eind van de achttiende eeuw leidde de slechte financiële staat waarin de VOC verkeerde tot haar ondergang. In een niet succesvolle poging om de VOC te redden is de onderneming genationaliseerd. Zie F.S. Gaastra, *De geschiedenis van de VOC*, Zutphen: Walburg Pers 2002, p. 170.

133 Zie H.J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen. Juridische aspecten en de gevolgen daarvan voor het economisch beleid* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981, p. 26 e.v.

134 Zie voor het begrip particulier initiatief nader het advies van de Raad van State *Kamerstukken II* 2005/06, 29 993, nr. 22, p. 6. Het particulier initiatief is synoniem voor het maatschappelijk middenveld. Hieronder worden verstaan 'onafhankelijke organisaties van burgers of groepen burgers die zich inzetten voor aspecten van publiek belang en daarmee een bijdrage willen leveren aan de kwaliteit van de maatschappelijke ontwikkelingen.'

werd genoemd.¹³⁵ Hij was de drijvende kracht achter de ondernemingsdrang van de overheid.¹³⁶

De overheid nam in veel gevallen deel in het aandelenkapitaal van ondernemingen. Invloed op de onderneming werd echter niet via deelneming in het aandelenkapitaal verzekerd; bijzondere benoemingsrechten en in octrooien vastgelegde afspraken voorzagen hierin.¹³⁷ Waar de uitvoering van veel diensten in het algemeen belang eerder vrijwel geheel werd overgelaten aan particulieren, trok de overheid deze rol nu naar zich toe. De uitvoering van deze diensten werd aan publiekrechtelijke entiteiten opgedragen. In 1795 werd de 'Generaale Bank van Beleening' te Amsterdam nationaal verklaard¹³⁸ en drie jaar later was ook de staatsdrukkerij een feit.¹³⁹ De drukkerij was aanvankelijk een privaat bedrijf waarop de Staten van Holland door middel van eedaflegging en controle op de loonstaten veel invloed konden uitoefenen. In 1798 werd de provinciale drukkerij verheven tot de nationale drukkerij. Uiteindelijk verdween in 1814 het private karakter geheel: de Algemeene Landsdrukkerij was een overheidsdienst geworden.¹⁴⁰

Vanaf 1814 stimuleerde de overheid handel en nijverheid actief en nam zij deel in private ondernemingen. Na de aftocht van de Fransen was één van de eerste regeringsdaden van koning Willem I de oprichting van De Neder-

135 Zie uitgebreid over koning Willem I, H.J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen. Juridische aspecten en de gevolgen daarvan voor het economisch beleid* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981, p. 21 e.v. met verwijzingen naar I.J. Brugmans, *Paardenkracht en mensenkracht: sociaal-economische geschiedenis van Nederland, 1795-1940*, Den Haag: Nijhoff 1961, in het bijzonder p. 66 e.v.

136 Zijn regering was overigens uitermate liberaal van aard en daarom zijn veel plannen van Willem I niet goedgekeurd. Zie H.J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen. Juridische aspecten en de gevolgen daarvan voor het economisch beleid* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981, p. 22.

137 De geldschieters/aandeelhouders hadden in deze periode weinig tot geen directe invloed op de onderneming. Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (2-II*) *De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009, p. 3.

138 Zie I.J. Brugmans, *Paardenkracht en mensenkracht: sociaal-economische geschiedenis van Nederland, 1795-1940*, Den Haag: Nijhoff 1961, p. 11.

139 Deze staatsdrukker was reeds in 1577 begonnen als een familiebedrijf dat aanvankelijk alleen het drukwerk van Holland, maar vanaf 1578 ook dat van de Staten Generaal verzorgde. Zie M. Schneider, *De voorgeschiedenis van de "Algemeene Landsdrukkerij"* (diss. Leiden), Den Haag: Algemeene Landsdrukkerij 1939, p. 3. De eerste officiële drukker voor de Staten van Holland is Willem Silvius. Hij was officieel ook drukker van de Leidse academie.

140 Zie M. Schneider, *De voorgeschiedenis van de "Algemeene Landsdrukkerij"* (diss. Leiden), Den Haag: Algemeene Landsdrukkerij 1939, p. 149. De officiële benaming van de bij Besluit van 20 januari 1814, nr. 44 'daargestelde' drukkerij luidde 'Staatsbedrijf der Algemeene Landsdrukkerij', m.i. door Schneider terecht als pleonastische benaming aangeduid. Zie M. Schneider, *De voorgeschiedenis van de "Algemeene Landsdrukkerij"* (diss. Leiden), Den Haag: Algemeene Landsdrukkerij 1939, p. XIII.

landsche Bank (hierna: DNB).¹⁴¹ Om de animo tot inschrijving te verhogen nam de overheid een belang van 20 procent in het aandelenkapitaal van de bank. Ook de koning zelf nam aandelen en kreeg op grond hiervan belangrijke benoemingsrechten in de onderneming.¹⁴²

De in 1824 in het leven geroepen Nederlandsche Handel-Maatschappij (hierna: NHM) speelde een prominente rol bij de stimulering van handel en nijverheid.¹⁴³ De NHM werd langs de publiekrechtelijke weg van een Koninklijk Besluit opgericht. Bijzonder is dat bij deze oprichting werd gekozen voor de privaatrechtelijke vorm van de naamloze vennootschap. Ondanks de private rechtsvorm had de koning op grond van zijn garantstelling een uitzonderlijk hoog dividend op de aandelen bedongen en bovendien het recht om de leden van de directie te benoemen. Hoewel formeel gezien geen sprake was van een staatsdeelneming, had de regering veel invloed op het door de NHM gevoerde beleid. Hier stond echter tegenover dat de voordelen die toekwamen aan de NHM aanzienlijk waren: niet alleen had de NHM het exclusieve vervoersrecht van gouvernementele goederen, zij kreeg bovendien regelmatig staatssteun. De symbiose tussen de NHM en de Staat illustreert hoe de overheid invloed kon uitoefenen op het beleid van een private onderneming via de wederzijdse uitwisseling van rechten. Pas na 1850 werd de NHM een regulier exporthuis dat eenzelfde concurrentiepositie had als andere private ondernemingen.¹⁴⁴

141 De Nederlandsche Bank werd in 1814 opgericht als 'compagnieschap zonder firma'. De bank kreeg op grond van een octrooi het alleenrecht om bankbiljetten te drukken en kredieten te verstrekken. Zie over de geschiedenis van de DNB de verschillende delen in de reeks 'Geschiedenis van De Nederlandsche Bank'. Het laatste deel in de reeks verscheen in 2000. Zie in het bijzonder M.M.G. Fase, *Tussen behoud en vernieuwing: geschiedenis van de Nederlandsche Bank 1948-1973*, Den Haag: SDU Uitgevers 2000. Zie tevens de website www.dnb.nl.

142 Het optreden van de koning als staatshoofd en zijn persoonlijke bemoeienis met het bedrijfsleven zijn moeilijk te scheiden. Een voorbeeld van de persoonlijke ondernemingsdrang van de koning blijkt uit de aanleg van de in 1845 voltooide Rijnspoorlijn. Omdat de staat niet garant wilde staan, dekte de koning de risico's bij de aanleg met zijn persoonlijk vermogen. Zie H.J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen. Juridische aspecten en de gevolgen daarvan voor het economisch beleid* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981, p. 22.

143 De koning nam zelf een belang van 4/37 in het aandelenkapitaal van de NHM, zie I.J. Brugmans, *Paardenkracht en mensenkracht: sociaal-economische geschiedenis van Nederland, 1795-1940*, Den Haag: Nijhoff 1961, p. 158.

144 Zie I.J. Brugmans, *Paardenkracht en mensenkracht: sociaal-economische geschiedenis van Nederland, 1795-1940*, Den Haag: Nijhoff 1961, p. 215.

Vanaf 1848 heerste in Nederland een sterke liberale stroming:

‘Ingrijpen van de overheid werd in beginsel verkeerd geacht: de vrije-markteconomie zou vanzelf ertoe leiden, dat die producenten den marktstrijd zouden winnen, die het beste produkt tegen den laagsten prijs aanboden.’¹⁴⁵

Onder de liberale Thorbecke bloeide de handel en nijverheid. Bestaande reglementering en steunverlening werden afgeschaft en prijzen en rente werden vrijgelaten.¹⁴⁶ Toch bracht het liberalisme niet de volledige afschaffing van de bemoeienis van de overheid met zich mee. Paradoxaal genoeg ontstond er namelijk op bepaalde terreinen behoefte aan optreden door de overheid. Wegen, kanalen, spoorwegen en diensten als de posten en telegrafie dienden te worden uitgebreid. Met name op het gebied van de aanleg van deze netwerken zag men een (aanvullende) taak weggelegd voor de overheid. Die aanvulling was noodzakelijk omdat particulieren de financiering van dergelijke omvangrijke projecten zonder de risicodekkende financiële steun van de overheid niet aandurfd. De Staat beoogde de economische vooruitgang op deze wijze te bespoedigen en te faciliteren. Hoewel hierbij steeds in oogen-schouw moet worden genomen dat de activiteiten van de overheid slechts een aanvulling op het particuliere initiatief waren,¹⁴⁷ werd de overheid in toenemende mate actief.¹⁴⁸ De voorzieningen van vervoer en transport, maar ook de water-, gas- en elektriciteitsnetwerken kwamen vanwege hun nationale belang uiteindelijk onder de directe verantwoordelijkheid van de minister.¹⁴⁹ Aldus kan geconstateerd worden dat de pendule van een voorkeur voor het particuliere initiatief terugslingerde naar een voorkeur voor directe staatsinter-ventie. Tijdens de Eerste Wereldoorlog werd deze tendens versterkt.

Stimulering economie via privaatrechtelijke instrumenten

Na een, zoals De Ru het omschrijft, korte flirt met socialisatie en nationalisatie na afloop van de Tweede Wereldoorlog, werd de overheidscontrole in de jaren

145 Zie I.J. Brugmans, *Paardenkracht en mensenkracht: sociaal-economische geschiedenis van Nederland, 1795-1940*, Den Haag: Nijhoff 1961, p. 214. Overigens werden ‘de liberale opvattingen veeleer door praktisch inzicht dan door economische theorie (...) geschraagd’ en werd Nederland bovendien naar Engels voorbeeld gedwongen een meer liberale koers te voeren, zie I.J. Brugmans, *Paardenkracht en mensenkracht: sociaal-economische geschiedenis van Nederland, 1795-1940*, Den Haag: Nijhoff 1961, p. 214 en 216.

146 De hierboven genoemde wijziging van het beleid ten aanzien van de NHM is hiervoor illustratief.

147 Zie I.J. Brugmans, *Paardenkracht en mensenkracht: sociaal-economische geschiedenis van Nederland, 1795-1940*, Den Haag: Nijhoff 1961, p. 214 e.v.

148 Zie H.J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen. Juridische aspecten en de gevolgen daarvan voor het economisch beleid* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981, p. 30-31.

149 Zie I.J. Brugmans, *Paardenkracht en mensenkracht: sociaal-economische geschiedenis van Nederland, 1795-1940*, Den Haag: Nijhoff 1961, p. 228: ‘De in de kamer geopperde gedachte, dat ook in dit geval vrije mededinging de voorkeur verdiende boven monopolie, vond niet voldoende steun.’

vijftig en zestig van de twintigste eeuw voornamelijk volgens het zogenaamde Keynesiaanse beleid vormgegeven.¹⁵⁰ Op grond van dit beleid was de overheid verantwoordelijk voor het op peil houden van de totale vraag op macro-economisch niveau. Door het uitblijven van economische resultaten kwam geleidelijk weer meer nadruk te liggen op het streven naar het behoud van het particulier initiatief: de overheid was slechts een stimulerende taak toebedeeld, opdat het zogenaamde particuliere initiatief zich optimaal kon ontplooiën.¹⁵¹ Ook de uitvoering van het beleid met betrekking tot staatsbedrijven en deelnemingen veranderde. Niet de publiekrechtelijke constructies, maar juist de mogelijkheden die het (privaatrechtelijke) rechtspersonenrecht bood, werden gebruikt om te waarborgen dat de overheid geen misbruik van haar bevoegdheden maakte.¹⁵² Op deze wijze werd de zelfstandigheid, een marktgerichte bedrijfsvoering en het primaat van het particulier initiatief gewaarborgd. Typerend voor deze ontwikkeling is het beleid met betrekking tot het beheer van aardgas. Voor de distributie van aardgas werd het gebruik van privaatrechtelijke vormen boven het publiekrechtelijke middel van een algemene gaswet geprefereerd. De toenmalig minister De Pous achtte een algemene Gaswet te dwingend, nu via de statuten en overeenkomsten hetzelfde resultaat kon worden bereikt.¹⁵³ De minister behield zich wel het recht voor om op een later moment de privaatrechtelijke concessie, de bepalingen in de statuten van de NV Gasunie en de privaatrechtelijke overeenkomst met de NV Gasunie in een algemene gaswet neer te leggen.¹⁵⁴

De uitvoering van bepaalde diensten werd aldus in beginsel overgelaten aan privaatrechtelijke rechtspersonen, maar de overheid hield een vinger aan de pols. Het aantal directe deelnemingen in ondernemingen werd teruggebracht en de overheid streefde bij deelnemingen (welke nog wenselijk geacht werden) geen meerderheidsaandeel na.

Minister Den Uyl erkende reeds in 1965 het bezwaar dat bij deelnemingen van de Staat in naamloze vennootschappen ‘volledig publieke controle door

150 Zie H.J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen. Juridische aspecten en de gevolgen daarvan voor het economisch beleid* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981, p. 55 en H. Ebbers, *Economische bedrijfsomgeving*, Amsterdam: Pearson Education Benelux BV 2005, p. 138.

151 Zie H.J. Aquina, ‘Overheidsbemoeienis en particulier initiatief. Een verkenning van technische, politieke en ethische aspecten’, *Bestuursrecht* 1988/6, p. 147-151.

152 Concurrentievervalsende voorrechten voor overheidsondernemingen komen te vervallen. Zo werd bijvoorbeeld het voordelige fiscale regime voor de Herstelbank (later Nederlandse Investeringsbank) opgeheven. Zie H.J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen. Juridische aspecten en de gevolgen daarvan voor het economisch beleid* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981, p. 75.

153 Zie *Kamerstukken II* 1961/62, 6767, nr. 1, p. 8 (Nota inzake het aardgas) en H.J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen. Juridische aspecten en de gevolgen daarvan voor het economisch beleid* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981, p. 90, in het bijzonder noot 330. De Ru is met betrekking tot deze regeling overigens kritisch over het bewandelen van de privaatrechtelijke in plaats van de in zijn ogen juistere publiekrechtelijke weg.

154 Zie *Kamerstukken II* 1961/62, 6767, nr. 1, p. 8 (Nota inzake het aardgas).

de staat op het in de naamloze vennootschappen gevoerde beleid onmogelijk is'.¹⁵⁵ Desalniettemin werd een overwegende overheidsinvloed bij deelnemingen gewaarborgd door benoemings- en ontslagrechten en door overleg- en goedkeuringsprocedures.

5.3 Naar marktwerking en privatisering

Het beleid waarbij de overheid de economie louter op macro-economisch niveau diende te stimuleren, bleek eind jaren zestig niet te handhaven. Zij was onder economische druk verworpen tot een beleid waarin de Staat steeds vaker moest ingrijpen in bepaalde sectoren. Ondanks het initiële uitgangspunt van de regering om het particulier initiatief zoveel mogelijk te stimuleren en daarom deelnemingen af te bouwen, greep de Staat op veel punten steeds dieper in het bedrijfsleven in.¹⁵⁶ Het zogenaamde steunbeleid aan een groot aantal bedrijven deed in deze periode zijn intrede. Deze steun van overheidswege werd als noodzakelijk gezien om de gevolgen van de excessieve loonstijgingen eind jaren zestig tegen te gaan. De oprichting van de Nederlandsche Herstructureringsmaatschappij moest de werkgelegenheid stimuleren en steunverlening aan afzonderlijke ondernemingen moest een betere uitgangspositie in de concurrentiestrijd met andere landen verzekeren.¹⁵⁷

Het tot dan toe gevoerde sectorspecifieke steunbeleid werd onder leiding van Lubbers vervangen.¹⁵⁸ Het credo van zijn eerste kabinet werd: 'meer markt, minder overheid'¹⁵⁹ en de nadruk van het beleid kwam te liggen op privatisering en deregulering. Maar tijdens en na de oliecrisis van 1974 werd diezelfde overheid tegenstrijdig genoeg gedwongen om maatregelen te treffen die drastisch in het economisch leven ingrepen. De stagnerende werkgelegenheid in de jaren zeventig versterkte derhalve de overheidsbemoeienis. In de Nota Selectieve Groei gaf het kabinet echter aan nog steeds vast te houden

155 Zie *Handelingen II* 1965/66, 8318, 8319, nr. 8. Onder minister Den Uyl is – in het kader van industriepolitiek, namelijk het omvormen van het te sluiten mijnbedrijf naar een chemiegigant mede ten behoeve van de werkgelegenheid in Zuid Limburg – begonnen met de privatisering van De Staatsmijnen Zie H.J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen. Juridische aspecten en de gevolgen daarvan voor het economisch beleid* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981, p. 84.

156 Zie *Kamerstukken II* 1960/61, 6003, nr. 4 en 5.

157 Illustratief voor dit beleid is de steunverlening aan verschillende scheepswerven. Onder dwang van de toenmalig minister van Economische zaken Nelissen fuseerden verschillende noodlijdende werven tot één werf, Rijn-Schelde-Verolme (RSV), welke later bekendheid zou verwerven door de beruchte RSV-affaire.

158 Zie H.J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen. Juridische aspecten en de gevolgen daarvan voor het economisch beleid* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981, p. 94 e.v.

159 Het kabinet Lubbers I regeerde van 1982 tot en met 1986. Zie voor een overzicht van het beleid van de verschillende kabinetten na 1970 in het kader van de verzelfstandiging van de PTT, M. Davids, *De weg naar zelfstandigheid. De voorgeschiedenis van de verzelfstandiging van de PTT in 1989*, Hilversum: Verloren 1999, p. 68 e.v.

aan het uitgangspunt dat het overheidsoptreden in beginsel slechts stimulerend en corrigerend diende te zijn:

‘Vooral in tijden van economische recessie pleegt de aandrang tot overheidsexploitatie toe te nemen. In een aantal landen bestaat op relatief grote schaal overheids-eigendom van ondernemingen, als resultaat van zo’n defensief beleid ten aanzien van de werkgelegenheid. Men wilde in economisch zwaar weer voorkomen dat te veel arbeidsplaatsen verloren zouden gaan. Vaak zijn echter de belangen, waarvoor de overheid speciaal moet opkomen, van dien aard, dat ze niet beter worden gediend door een overheidsonderneming. Daarbij dient bedacht te worden dat ook overheidsondernemingen moeten functioneren binnen het marktmechanisme, dat hier te lande sterk internationaal wordt beïnvloed. In vele gevallen kan beter gebruik gemaakt worden van het instrumentarium waarover de overheid kan beschikken, om tekortkomingen te corrigeren, zonder zelf als ondernemer op te treden.’¹⁶⁰

Overheidsingrijpen had derhalve niet de voorkeur. Zo ging de overheid naar aanleiding van de oliecrisis over tot een integraal energiebeleid, maar bleef het particulier initiatief in de uitvoering van het energiebeleid een aanzienlijke rol spelen. Typerend voor dit beleid was hetgeen met betrekking tot eventuele nationalisatie door Lubbers werd gezegd:

‘Gaat men een en ander afwegen dan is het goed te bedenken dat het handelen dat in de particuliere sector, door wetten en voorschriften beïnvloed is, vaak met een grotere flexibiliteit en efficiency tot het te bereiken doel leidt dan een op het eerste gezicht strakkere en meer doelmatige organisatie in de handen van de overheid zelf.’¹⁶¹

Hoewel overheidsoptreden niet voor onmogelijk werd gehouden, sprak de overheid aldus duidelijk een voorkeur uit voor uitvoering door de private sector. De drie motieven voor de overheid om desondanks als ondernemer op te treden waren volgens de Nota Selectieve Groei ‘het stimuleren van economische speerpuntactiviteiten, het geven van tegenkracht binnen het marktmechanisme en het stimuleren van de regionale werkgelegenheid’.¹⁶² De voorkeur ging hierbij uit naar indirecte deelneming door de Staat. Met name de Nederlandse Ontwikkelingsmaatschappij (NOM) en de Nederlandse Investeringsbank (NIB), beide private ondernemingen, werden door de Staat als schakel gebruikt om (indirect) als financier te kunnen optreden. De verantwoordelijkheid voor de desbetreffende activiteiten werd aldus bij de minister weggenomen en kwam te liggen bij de op winst gerichte – veelal in

160 Zie *Kamerstukken II 1975/76*, 13 955, nr. 1-3, p. 60.

161 Zie *Kamerstukken II 1974/75*, 13 122, nr. 1-2, p. 7 (Energienota).

162 Zie de Nota inzake de selectieve groei *Kamerstukken II 1975/76*, 13 955, nr. 1-3 (Economische Structuurnota) en *Kamerstukken II 1974/75*, 13 122, nr. 1-2, p. 7.

de vorm van een naamloze vennootschap gedreven – ondernemingen. Ondanks het marktgerichte uitgangspunt van de regering, nam het aantal staatsbedrijven en directe of indirecte deelnemingen niet af.

Verzelfstandiging eind twintigste eeuw: overheid en markt

Teruglopende aardgasbaten en een enorme toename in de kosten van de Nederlandse verzorgingsstaat maakten wijziging van het gevoerde Nederlandse beleid noodzakelijk.¹⁶³ Tijdens de jaren tachtig en negentig was door het regeringsbeleid en de wijze waarop daaraan uitvoering werd gegeven, sprake van een geleidelijke verschuiving van een direct onder de minister ressorterend apparaat, naar meer zelfstandig functionerende organisaties.

In 1985 heroverwoog de overheid in lijn met deze ontwikkelingen ook het beleid ten aanzien van haar staatsdeelnemingen.¹⁶⁴ Slechts specifieke doorslaggevende redenen konden een deelneming rechtvaardigen.¹⁶⁵ Het toezicht werd hoofdzakelijk sectorspecifiek ingericht¹⁶⁶ en het uitgangspunt was dat de overheid niet deelnam aan het economisch verkeer.¹⁶⁷

Vanaf het begin van de jaren negentig kwam de nadruk op interne en externe verzelfstandiging door het oprichten van respectievelijk agentschappen en zelfstandige bestuursorganen (hierna: zbo's) te liggen. Overheidsbedrijven werden van staatsbedrijf omgevormd tot private rechtspersonen, waarin de overheid soms een deelneming in het aandelenkapitaal behield.¹⁶⁸

163 Zie de bevindingen van de Heroverwegingswerkgroep 'Wettelijke voorschriften in verband met de economische ontwikkeling, deelrapport 31 – Regulering en deregulering' *Kamerstukken II* 1981/82, 16 625, nr. 39 en J. Struiksma, *Deregulering met behoud van ellende* (oratie VU), te raadplegen via www.vu.rechten.nl, juni 2003.

164 Zie het rapport 'Heroverwegingen 1985. Verkoop Staatsdeelnemingen', Den Haag: 19 juli 1985. Zie *Kamerstukken II* 1985/86, 16 625, nr. 73.

165 Zie het rapport 'Heroverwegingen 1985. Verkoop Staatsdeelnemingen', Den Haag: 19 juli 1985. Zie *Kamerstukken II* 1985/86, 16 625, nr. 73, p. 3.

166 Zo is voor de post- en telecommunicatiemarkt de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA) als de toezichthouder in 1997 op grond van art. 38 van de OPTA-wet, bij besluit van 19 juli 1997, ingesteld als opvolger van de Directie Toezicht Netwerken en Diensten (TND).

167 De geschiedenis van KPN NV is in dit geval illustratief. Deze onderneming kwam voort uit het staatsbedrijf PTT. De beursgang van KPN NV vond plaats in 1994. Een jaar later verkocht de staat zijn meerderheidsaandeel in KPN NV. Toen er een aantal jaren later werd overgegaan tot de uiteindelijk minder succesvolle overname van een UMTS netwerk, oefende de overheid nog wel toezicht uit via door de minister benoemde commissarissen. Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 165, nr. 2, p. 21. Inmiddels is een aanzienlijk deel van de aandelen van het aan de beurs genoteerde bedrijf in handen van het Mexicaanse América Móvil. Zie *NRC Handelsblad* 28 juni 2012, 'América Móvil bezit nu bijna kwart KPN'.

168 Staatsbedrijven zoals genoemd in paragraaf 4.3. Exemplarisch is de verzelfstandiging en vervolgens de tranchegewijze privatisering van het voormalige Staatsbedrijf der PTT in o.a. een postbedrijf, een telecombedrijf, een zender en zendmastbedrijf, een bankbedrijf.

Eind jaren negentig werd de nadruk door een nieuw aangetreden regering verschoven naar marktwerking.¹⁶⁹ Verzelfstandiging en privatisering van overheidstaken waren echter niet langer op zichzelf staande doelstellingen.¹⁷⁰ Ondanks dit uitgangspunt zijn veel onderdelen van de overheid vanaf de jaren tachtig actief geworden op de vrije markt om de omvang van het overheidsapparaat en de daarmee samenhangende kosten te beperken.¹⁷¹ Dit leidde tot de kritiek dat de overheid de concurrentie vervalste. Een onder leiding van Cohen staande werkgroep kwam in 1995 tot het vergaande advies dat er een structurele scheiding moest komen tussen de marktsector en de overheid. De Sociaal Economische Raad (hierna: SER) werd verzocht advies te geven over hieromtrent in te voeren wetgeving. In haar advies 'Markt en overheid' stelde de SER vervolgens voor om toetredings- en gedragsregels in te stellen voor overheidsorganisaties.¹⁷² Alleen wanneer toetreding tot de markt noodzakelijk zou zijn om de welvaart te maximaliseren zou een overheidsorganisatie mogen toetreden tot de vrije markt. Na toetreding zou concurrentievervalsing voorkomen moeten worden door instelling van gedragsregels waar door de Nederlandse Mededingingsautoriteit op moest worden toegezien. In het eerste, overigens nooit ingevoerde, wetsvoorstel 'Markt en overheid'¹⁷³ werd toetreding tot de markt door de overheid derhalve toegestaan, maar alleen als marktactiviteiten de aangewezen weg waren om het publieke belang te dienen.¹⁷⁴ Er bestond echter geen consensus over de wijze waarop moest worden bepaald wat de aangewezen weg was.¹⁷⁵ De Raad van State noemde het wetsvoorstel op dit punt innerlijk tegenstrijdig en stelde dat geconcludeerd

169 Zie bijvoorbeeld de notitie 'Publieke belangen en marktordening. Liberalisering en privatisering in netwerksectoren', door de minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer aangeboden op 21 februari 2000. Zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 018, nr. 1 (Brief).

170 De Algemene Rekenkamer sprak zelfs van een onwenselijke wildgroei van zbo's, *Kamerstukken II* 1996/97, 25 268, nr. 4. Zie over deze ontwikkelingen *Kamerstukken II* 2000/01, 27 771, nr. 1, p. 10.

171 Zie Ph. Eijlander, 'Zelfstandige bestuursorganen: mogen ze blijven?', *RM Themis* 2005/3, p. 139-140. Inmiddels worden eigenlijk geen nieuwe zbo's meer opgericht. Zie R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 629.

172 Zie het advies van de Sociaal Economische Raad aan de minister van Economische Zaken en de minister van Justitie: *Markt en overheid*, publicatienummer 12, 17 september 1999, te raadplegen via <http://www.ser.nl/nl/publicaties/adviezen/1990-1999/1999/b17823.aspx>.

173 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 28 050, nr. 8 (Brief).

174 Zie het aanvankelijk voorgestelde art. 6 van het wetsvoorstel 'Markt en overheid' dat inhield dat in het verrichten van marktactiviteiten door een overheidsorganisatie slechts wordt voorzien: 'indien dat naar het oordeel van de wetgever of van degene die het besluit neemt de aangewezen weg is voor de behartiging van het desbetreffende openbaar belang.' Zie *Kamerstukken II* (VvW) 2001/02, 28 050, nr. 1-2 (Regels omtrent marktactiviteiten van overheidsorganisaties en omtrent ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken (Wet markt en overheid)).

175 Zie H.J. de Ru, J.A.F. Peters en J.J. Sylvester (red.), *De Wet markt en overheid. Beschouwingen over een omstreden wetsvoorstel. Monografieën Overheid & Markt*, Den Haag: SDU Uitgevers 2002.

moest worden dat het wetsvoorstel tekort schoot omdat de fundamentele discussie (is het al dan niet wenselijk dat de overheid op de vrije markt toetreedt) werd omzeild.¹⁷⁶ In 2004 werd het wetsvoorstel ingetrokken.¹⁷⁷ De materie heeft uiteindelijk via een nieuw wetsvoorstel 'Markt en overheid' na advies van de Raad van State¹⁷⁸ geleid tot wijziging van de Mededingingswet op 1 juli 2012.¹⁷⁹

Wel geheel in lijn met het streven van de overheid om niet aan het economisch verkeer deel te nemen, was het beleid met betrekking tot het aangaan, beheren en afstoten van deelnemingen dat tot 2007 onveranderd werd voortgezet. De Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid van 18 december 2001,¹⁸⁰ die de lijn zoals die werd gevolgd in de Nota van december 1996¹⁸¹ voortzette, schetste het kader voor de invulling van het beleid.¹⁸² Een beleid dat aldus is samen te vatten met de woorden: 'privatiseren, tenzij'. Dit hield in dat deelnemingen moesten worden afgestoten indien dat met inachtneming van de publieke en zakelijke belangen mogelijk was.¹⁸³ Geheel overeenkomstig dit beleid werden voorbereidingen getroffen om een groot aantal staatsdeelnemingen te verkopen.¹⁸⁴ Hoewel de prioriteit in deze jaren lag bij het verkopen van het aandelenbelang in de voormalige staatsbedrijven, betekende dit niet dat de overheid alle mogelijkheden om invloed binnen deze ondernemingen uit te oefenen prijs gaf. Behalve van publiekrechtelijke instrumenten, maakte de overheid ook gebruik van de mogelijkheden van het vennootschapsrecht.

176 Zie het advies van de Raad van State, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 050, A, p. 6-7. Ook vanuit economisch perspectief werd kritiek geuit: Zie de conclusies van E.E.C. van Damme, 'Het wetsvoorstel markt en overheid: een economisch perspectief', in: H.J. de Ru, J.A.F. Peters en J.J. Sylvester (red.), *De Wet markt en overheid. Beschouwingen over een omstreden wetsvoorstel. Monografieën Overheid & Markt*, Den Haag: SDU Uitgevers 2002, p. 29-42. Van Damme stelt op p. 32-33: 'ofwel men respecteert het primaat van de politiek ten volle (d.w.z. men interfereert noch met de 'wat'-discussie, noch met de 'hoe'-discussie), of men wil de overheid echt binden, en dan ontkomt men niet aan een uitgebreide kosten-batenanalyse.'

177 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 28 050, nr. 8 (Brief).

178 Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 28 050 en 30 800 XIII, nr. 12.

179 Zie de op 1 juli 2012 in werking getreden wet tot 'Wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden' ('de wet Markt & Overheid'), bij besluit van 6 juni 2012, *Stb.* 2012, nr. 254.

180 Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 165, nr. 2.

181 Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 178, nr. 1-2.

182 Ook komt er meer aandacht voor andere wijzen om marktwerking te bevorderen zoals aanbesteding en concessieverlening en krijgt ook de vormgeving van toezicht aandacht. Zie de reactie van het kabinet op het rapport 'Het borgen van publiek belang' van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 771, nr. 1, p. 10.

183 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 28 165, nr. 69, p. 2 (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2007).

184 Zo werd bijvoorbeeld overwogen het belang in het voormalige staatsbedrijf KPN NV te verkopen.

Zo bestond de mogelijkheid om overheidscommissarissen te benoemen en de mogelijkheid om via een bijzonder aandeel het publieke belang te borgen.¹⁸⁵ De inrichting van de voormalige staatsbedrijven werd zonder meer geheel overgelaten aan de bepalingen van Boek 2 BW. In de parlementaire stukken die handelen over overheidsondernemingen wordt veelal als uitgangspunt genomen dat de Staat als ieder andere op rendement gerichte belegger moet handelen, zonder dat daarbij veel ruimte is voor uitzonderingen. De bijzondere positie die een dergelijke overheidsonderneming heeft in verband met het betrokken publiek belang, wordt aldus mijns inziens miskend.¹⁸⁶

5.4 Een nieuw tijdperk: wijziging deelnemingenbeleid

Tot het verschijnen van de Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid in 2001 lag het aantal deelnemingen op gemiddeld 40. Tussen het verschijnen van de Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2001 en de Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid van 2007 werd een aanzienlijk aantal staatsdeelnemingen verkocht, maar zijn er ook nieuwe deelnemingen genomen. Eind 2007 heeft de overheid – ondanks het in de jaren tachtig ingezette beleid om deelnemingen af te stoten – nog in 35 ondernemingen een aandeelhoudersbelang.¹⁸⁷ Voornaamste reden om niet over te gaan tot de volledige afstoting was het wantrouwen dat bestond ten aanzien van de mogelijkheden die wet- en regelgeving boden om de met de overheidsondernemingen samenhangende publieke belangen optimaal te behartigen. Of zoals de minister stelt:

‘Voor de publieke belangen die met deze deelnemingen gemoeid zijn, geldt dat borging daarvan via uitsluitend wet- en regelgeving en toezicht in sommige gevallen als te rigide wordt ervaren.’¹⁸⁸

Om deze reden is het deelnemingenbeleid van de overheid eind 2007 gewijzigd.¹⁸⁹ Om met de woorden van de minister te spreken is het uitgangspunt

185 Zie nader over de commissaris van overheidswege hoofdstuk 4, paragraaf 4.2 en nader over het bijzondere aandeel hoofdstuk 4, paragraaf 5.2.

186 Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 165, nr. 2, p. 12. De aanvankelijk aanwezige mogelijkheden om commissarissen van overheidswege te benoemen en een bijzonder aandeel op te nemen kwamen te vervallen.

187 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 28 165, nr. 69, p. 10 (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2007).

188 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 28 165, nr. 69, p. 3 (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2007).

189 Het nieuwe beleid is neergelegd in de Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2007, *Kamerstukken II* 2007/08, 28 165, nr. 69.

niet langer 'privaat tenzij', maar 'publiek tenzij'.¹⁹⁰ Ik kom in hoofdstuk 4 terug op de inhoud van het huidige deelnemingenbeleid. Ultimo 2011 is de staat aandeelhouder in 33 ondernemingen.¹⁹¹

De terughoudendheid met betrekking tot de (volledige) verkoop van aandelen is versterkt door de angst voor de in de laatste jaren sterk in de belangstelling staande buitenlandse staatsfondsen.¹⁹² Deze staatsfondsen, ofwel Sovereign Wealth Funds (hierna: SWFs),¹⁹³ investeren grote bedragen in van oudsher nationale ondernemingen bij welke de overheid is overgegaan tot de verkoop van haar belang.¹⁹⁴ Het totale vermogen bedraagt naar schatting bijna 3.000 miljard dollar, waarvan driekwart in handen is van de vijf grootste SWFs.¹⁹⁵ De verwachting is dat het door SWFs beheerde vermogen in de komende jaren snel zal toenemen. Volgens ruwe schattingen van De Nederlandsche Bank zullen de SWFs rond het jaar 2017 mogelijk een omvang hebben van ongeveer 17.500 miljard dollar.¹⁹⁶

De angst bestaat dat buitenlandse staatsfondsen hun geïnvesteerd vermogen niet louter met het oog op te behalen rendementen zullen aanhouden, maar dat zij hun invloed zouden willen inzetten als instrument om politiek gedreven motieven te verwezenlijken.¹⁹⁷ Deze gedachte is mijns inziens niet geheel ongegrond.¹⁹⁸ In de huidige tijd is het niet onverstandig te onderzoeken wel-

190 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 28 165, nr. 69, p. 18 (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2007). Er is geen actief afstotingsbeleid en deelnemingen worden niet periodiek doorgelicht op de mogelijkheid om haar al dan niet af te stoten. Zie p. 8 van Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 (herziene versie), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 145.

191 Zie p. 8 van Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 (herziene versie), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 145.

192 Zie *The Economist* 17 januari 2008, 'The invasion of the sovereign-wealth funds', p. 11.

193 Hoewel deze term nieuw is, is het fenomeen niet nieuw. Zie bijvoorbeeld S. Johnson, 'The Rise of Sovereign Wealth Funds', *F&D*, september 2007/3. Het betreft voornamelijk fondsen uit olie-exporterende landen als de Verenigde Arabische Emiraten, Noorwegen, Singapore, Rusland en Koeweit.

194 Met name naar aanleiding van de kredietcrisis hebben verschillende buitenlandse staatsfondsen enorme belangen in de bancaire sector verworven. Zie bijvoorbeeld *NRC Handelsblad* 28 maart 2008, 'Chinees staatsfonds aast op Dresdner Bank'.

195 Nederland heeft ook een staatsinvesteringsfonds: het Fonds Economische Structuurversterking (FES). Ruim 40% van de aardgasbaten gaat naar het FES. Het fonds is bedoeld voor investeringsprojecten van nationaal belang die de economische structuur versterken. De Betuwelijn en de Hogesnelheidslijn zijn door het FES gefinancierde infrastructurele projecten.

196 De Nederlandsche Bank, 'Vormen Sovereign Wealth Funds een bedreiging?', *Kwartaalbericht september 2007*, p. 28, te raadplegen via www.dnb.nl/binaries/KB%20September%202007_tcm46-161456.pdf.

197 Zie *The Economist* 17 januari 2008, 'The invasion of the sovereign-wealth funds', p. 11.

198 Zie nader over de zorgen over staatsfondsen, de gezamenlijke notitie van de ministeries van Financiën en Economische Zaken *Kamerstukken II* 2007/08, 31 350, nr. 1. De beleidsreactie ten opzichte van staatsfondsen wordt momenteel aan de lidstaten overgelaten, zie Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, De Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Een gemeenschappelijke Europese aanpak van staatsinvesteringsfondsen, COM(2008) 115 def. Brussel, 27 februari 2008, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 350, nr. 2.

ke mogelijkheden de Nederlandse overheid (nog) heeft om invloed uit te oefenen in (deels) geprivatiseerde ondernemingen waar een publiek belang aan de orde is en te onderzoeken of het Nederlandse rechtspersonenrecht voldoet.¹⁹⁹

5.5 De hernieuwde wens tot overheidsinvloed: financiële instellingen en het publieke belang

Het vertrouwen in de markt en haar regulerende vermogen is versneld afgenomen sinds het uitbreken van de financiële crisis vanaf 2007. Dit heeft consequenties voor de visie dat de overheid zoveel mogelijk op afstand moet worden geplaatst.²⁰⁰ Het is duidelijk geworden dat de borging van bepaalde publieke belangen wellicht een indringendere mate van overheidsinvloed behoeft en dat het publiek belang als zodanig niet vanzelfsprekend kan worden toevertrouwd aan marktwerking.²⁰¹ Ik kom hierop terug in paragraaf 5.2.1 van hoofdstuk 4. Dat wil nog niet zeggen dat volledige nationalisering van ondernemingen die vanwege strategische of andere publieke belangen relevant zijn, wenselijk is.²⁰² Publieke belangen zoals de stabiliteit van het financiële stelsel, vereisen een sterkere overheidsbemoeyenis.²⁰³ In paragraaf 4.1.3 is de inhoud van het begrip publiek belang besproken. Benadrukt moet worden dat zowel de materiële als formele invulling van wat onder publieke belangen kan worden verstaan tijdsgebonden is en derhalve afhankelijk van maatschappelijke ontwikkelingen. Maatschappelijke ontwikkelingen zijn van invloed op de discretionaire ruimte die lidstaten hebben om een publiek belang te definiëren en maatschappelijke ontwikkelingen als een financiële crisis creëren draagvlak voor de invulling van wat als een publiek belang kan worden gezien in een specifiek tijdsgewricht.

199 Er is een Interdepartementaal Beleidsonderzoek naar de aansturing van Nederlandse staats-deelnemingen verricht. Zie Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 148. In de brief van de minister van Financiën van 1 maart 2013 aan de Tweede Kamer is toegezegd dat het kabinet in de zomer van 2013 hier een inhoudelijke reactie op zal geven, welke zal worden opgenomen in een nieuwe Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid. Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 148. Dit is in september 2013 nog niet gebeurd.

200 Zie M. Bulk en A. Blaauwbroek, 'Betere borging diensten van publiek belang door de overheid?', *M&M* 2010/2, p. 81.

201 Zie voor een pleidooi voor een betere borging van publieke belangen, M. Bulk en A. Blaauwbroek, 'Betere borging diensten van publiek belang door de overheid?', *M&M* 2010/2, p. 81-87.

202 Zie bijvoorbeeld H.D. Stout, 'Solide Hybride: naar een hybridisering van de vennootschapsstructuur van nutsbedrijven', *Bestuurswet* 2010/1, p. 78-93.

203 Dit geldt bijvoorbeeld ook voor het publieke belang van veiligheid. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2009/10, 28 982, nr. 78 waarin de regering wordt verzocht om, met het oog op de veiligheid, alles in het werk te stellen en er voor te zorgen dat zowel het juridisch als het economisch eigendom van kerncentrale Borssele in overheidshanden zal blijven.

Zo vormt de toegenomen overheidsinvloed in/op individuele banken een voorbeeld van wat tot de taak van de overheid behoort. Hoewel er bijzondere aandacht uitgaat naar de bankensector als geheel, blijft de controle op individuele banken cruciaal. De noodzakelijkerwijze steeds wijzigende visie van de Nederlandse overheid ten aanzien van overheidsinvloed in individuele banken kan mooi geïllustreerd worden aan de hand van de overheidsinvloed in het huidige ING NV zoals besproken in paragraaf 4.1.2 van hoofdstuk 4.

Het is de vraag of buiten het vennootschapsrecht gelegen privaatrechtelijke instrumenten zoals overeenkomsten en convenanten,²⁰⁴ of publiekrechtelijke instrumenten zoals de Interventiewet,²⁰⁵ voorzien in het duurzaam verschaffen van een bijzondere positie voor de overheid op grond waarvan deze een overwegende mate van invloed kan uitoefenen ter verzekering van het publiek belang. Een beperking van de Interventiewet is dat deze met name – in tegenstelling tot de vennootschapsrechtelijke bevoegdheden van bijvoorbeeld de publieke aandeelhouder²⁰⁶ – ziet op ingrijpen van de overheid (DNB of de minister van Financiën) nadat een financiële onderneming in nood is geraakt en/of de stabiliteit van het financiële stelsel ernstig en onmiddellijk in gevaar is gekomen.²⁰⁷ Er is mijns inziens eerder sprake van ingrijpen ('achteraf' ten aanzien van het ontstaan van de noodzaak tot ingrijpen vanwege een publiek belang) dan het uitoefenen van invloed ('vooraf' ten aanzien van de keuze om invloed uit te oefenen op de (rechts)handelingen van de vennootschap om te voorkomen dat een publiek belang in het gedrag komt). De momenten waarop het ingrijpen of de invloed plaatsvinden, verschillen. De Interventiewet biedt mogelijkheden om problemen op te lossen. Overheidsinvloed kan echter bijdragen aan het voorkomen van problemen en de overheid de mogelijkheden bieden om bij te dragen aan het verzekeren van het publieke belang. Er bestaat natuurlijk ook bij de rechtvaardiging van overheidsinvloed

204 Zie de brief van 29 september 2009 met betrekking tot het convenant inzake publieke belangen kerncentrale Borssele van de minister van Economische Zaken naar aanleiding van *Kamerstukken II* 2009/10, 28 982, nr. 78. Een convenant was volgens de minister het maximaal haalbare aangezien de minister niet de benodigde middelen had overheidsinvloed op een andere wijze te verzekeren. Ondanks de inzet van de minister om publieke invloed en zeggenschap op kerncentrale Borssele te behouden, is het standpunt van de minister dat statutenwijziging waardoor het eigendom in handen van geheel private aandeelhouders komt, afhankelijk is van de betrokken private partijen, te weten Essent en Delta.

205 Nu de overheid met het oog op het publiek belang van de financiële stabiliteit, steun verleent aan in nood verkerende financiële instellingen, verlangt zij in ruil hiervoor een bepaalde mate van overheidsinvloed. Het is de vraag of het instrumentarium dat de Interventiewet biedt, hierin afdoende voorziet. Zie Wet van 24 mei 2012 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Faillissementswet, alsmede enige andere wetten in verband met de introductie van aanvullende bevoegdheden tot interventie bij financiële ondernemingen in problemen (Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen), *Stb.* 2012, nr. 241.

206 Zie voor de bevoegdheden van de aandeelhouder(svergadering) par. 5 van hoofdstuk 4.

207 Zie de bewoordingen van art. 3:159c Wft en de art. 6:1 en 6:2 Wft.

via (deels) vennootschapsrechtelijke instrumenten de idee dat bij afwezigheid van deze invloed het publieke belang in het gedrang kan komen, maar de wijze van aanpak en de doelstellingen van de instrumenten verschillen. De Interventiewet is als het ware om erger te voorkomen en ik zie vennootschapsrechtelijke overheidsinvloed als een manier om continu te bevorderen dat de onderneming het publieke belang beter dient. De Interventiewet komt aan de orde in paragraaf 5.2.3 van hoofdstuk 4. De vraag is opgekomen of het vennootschapsrechtelijk instrumentarium de overheid de mogelijkheid kan bieden om een overwegende mate van invloed uit te oefenen in bepaalde private instellingen.²⁰⁸

Hoewel het huidige deelnemingenbeleid nog steeds stoelt op de Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid van 2007, lijkt het beleid ten aanzien van de invulling van het publieke aandeelhouderschap veranderd. Schlössels en Zijlstra spreken zelfs van een paradigmawisseling.²⁰⁹ Zo wordt nu een actief beheersbeleid ten aanzien van staatsdeelnemingen gevoerd.²¹⁰ Dit wordt nader besproken in paragraaf 5.2.1 van hoofdstuk 4.

208 Dit is een instrumentele benadering van beleidsinstrumenten (waaronder het vennootschapsrecht) waarbij de ordening en niet marktwerking voorop staat. Vergelijk de interpretatie van Staal met betrekking tot het advies van de SER ten aanzien van de verhouding tussen overheid en markt in advies 10/01 van 10 maart 2010, H.W.M.A. Staal, 'Markt en politiek', *TRA* 2010/10, p. 3-4.

209 Zie R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 654.

210 Zie het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 8. Zie ook Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 (herziene versie), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 145, p. 10.

2 | De overheid in privaatrechtelijke rechtsvormen

1 INLEIDING

De overheidsonderneming kan zowel in de in artikel 2:1 BW vermelde publiekrechtelijke rechtspersonen, als in de in artikel 2:3 BW neergelegde privaatrechtelijke rechtspersonen worden gedreven. De overheidsonderneming kent geen algemene regeling in de wet. De inrichting van een in privaatrechtelijke rechtsvorm gedreven overheidsonderneming wordt in beginsel beheerst door de algemene bepalingen van het rechtspersonenrecht. Dit is slechts anders indien hiervan in een bijzondere wet wordt afgeweken. Buiten de bijzondere, veelal in machtigingswetten neergelegde regelingen en de in juli 2012 in werking getreden wet ‘Markt en overheid’,¹ wordt in wetgeving – in bijzonder met betrekking tot de inrichting – nauwelijks verwezen naar de overheidsonderneming.²

Na een introductie van het in Boek 2 BW geregelde rechtspersonenrecht in paragraaf 2.1, komt het onderscheid tussen de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtspersonen in paragraaf 2.2 aan de orde. De publiekrechtelijke rechtspersonen blijven in dit hoofdstuk verder buiten beschouwing. De algemene bepalingen van Boek 2 BW worden – voor zover relevant voor de inrichting van de overheidsonderneming – behandeld in paragraaf 2.3. In para-

1 Zie de op 1 juli 2012 in werking getreden wet tot ‘Wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden’ (‘de wet Markt & Overheid’), bij besluit van 6 juni 2012, *Stb.* 2012, nr. 254.

2 Een uitzondering kan bijvoorbeeld worden gevonden in de Comptabiliteitswet, waarin de Algemene Rekenkamer op grond van art. 91 Comptabiliteitswet bevoegdheden krijgt binnen vennootschappen waarin de Staat het gehele kapitaal houdt. Zie ook de bijzondere bepalingen voor ondernemingsraden bij overheidsinstellingen in de artikelen 46d en 46e Wet op de ondernemingsraden, die een bijzondere regeling voor overheidspersoneel van ondernemingen inhouden. Zie ook art. 2 lid 3 juncto lid 7 Wet op de vennootschapsbelasting 1969, die een bijzondere regeling voor sommige overheidsbedrijven bevat op grond waarvan deze bedrijven zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting. Zie hierover de Notitie Belastingheffing overheidsbedrijven van de staatssecretaris van Financiën, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 213, nr. 1. Aanvullend op de wettelijke regelingen is ook het staatsdeelnemenbeleid, onder andere ten aanzien van de bezoldiging van bestuurders van staatsdeelnemingen. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 28 65, nr. 101, *Kamerstukken II* 2009/10, 28 165, nr. 111 en nr. 115 en het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 9-10.

graaf 3.1 wordt vervolgens besproken waarom de verkrijging van een eigen, van de overheid afgezonderde, rechtspersoonlijkheid wenselijk is voor de vormgeving van de overheidsonderneming. Op het eerste gezicht lijken de publiekrechtelijke rechtsvormen de meest aangewezen rechtsvormen om een overheidsonderneming in te drijven.³ Hoewel de wetgever een voorkeur heeft uitgesproken voor de publiekrechtelijke rechtspersoon boven de privaatrechtelijke rechtspersoon, maakt de overheid in de praktijk veelvuldig gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen.⁴

De overheid is niet geheel vrij om voor het drijven van de overheidsonderneming te kiezen voor de privaatrechtelijke dan wel de publiekrechtelijke rechtspersoonsvorm. De voor deze keuze relevante zogenaamde 'tweewegenleer' wordt in paragraaf 3.2 ingeleid. Ook de voorschriften voor oprichting van privaatrechtelijke rechtspersonen door de Staat, provincies en gemeenten worden hier besproken. Indien de keuze op de privaatrechtelijke rechtsvorm is gevallen, bestaan er verschillende privaatrechtelijke rechtspersonen waarin de overheidsonderneming kan worden gedreven. Deze rechtspersoonsvormen worden kort behandeld in paragraaf 3.3. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie in paragraaf 4.

3 Zie in die zin S.E. Zijlstra, 'De grenzen van de overheid', in: *Privaat bestuur? Preadvies* door S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel, A.A. Freriks voor de algemene vergadering van de VAR Vereniging voor bestuursrecht op 23 mei 2008, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 76. Op pagina 93 poneert hij de stelling: 'Het oprichten van privaatrechtelijke rechtspersonen door de overheid is onwenselijk'. Dit alles overigens zonder het uitgangspunt van het primaat van het particulier initiatief aan te tasten. Zie tevens C.A. Schreuder, *Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen. Verzelfstandiging en privatisering in de vorm van vennootschappen en stichtingen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994, die zes beoordelingsmaatstaven geeft om tot de keuze van een publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke rechtsvorm te komen. Zie nader par. 3.2.

4 Niet alleen de Staat, maar ook decentrale overheden maken gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen. Zie voor een overzicht van de staatsdeelnemingen. Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 (herziene versie), bijlage bij Kamerstukken II 2012/13, 28 165, nr. 145. Op grond van art. 15 van het Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten (BBV), zijn gemeenten verplicht zowel bestuursbelangen als financiële belangen te melden. Zie bijvoorbeeld de begroting van de gemeente Roermond 2012, te raadplegen via <http://www.roermond.nl/4/Bestuur/Beleidsdocumenten-en-regelgeving/Begroting-2012.html?highlight=begroting%2c%202012>, in het bijzonder par. 6 "Verbonden partijen en participaties". Van Kol meende echter reeds in 1918 dat het gebruik van staatsbedrijven en staatsmonopolies onvermijdelijk zou zijn. Zie H. van Kol, *Staatsbedrijven en staatsmonopolies*, Amsterdam: N.V. Boekhandel en uitg.-mij. "Ontwikkeling" 1918.

2 BOEK 2 BW ALS KADER VOOR DE OVERHEIDSONDERNEMING

2.1 Algemeen

Alvorens de voor de overheidsonderneming relevante bepalingen uit Boek 2 BW te bespreken, volgt een beknopte beschrijving van de ontwikkeling van het Nederlandse rechtspersonenrecht om aldus het juridische kader van de overheidsonderneming te schetsen.

Op 26 juli 1976 maakt het tot dan toe gefragmenteerde samenstel van regels, dat voordien gold met betrekking tot de verschillende Nederlandse rechtspersonen, plaats voor een meer systematische regeling.⁵ Een scheiding tussen het handels- en het burgerlijk recht, zoals de regeling die in 1838 werd ingevoerd die bevatte, kwam te vervallen.⁶ De nieuwe regeling heeft als opzet om alle Nederlandse rechtspersonen, zowel handels- als burgerlijke, onder te brengen in een zoveel mogelijk overzichtelijk geheel,⁷ te weten Boek 2 BW. Het systeem van Boek 2 BW gaat uit van een gesloten stelsel⁸ van rechtspersonen;⁹ de

5 Vastgesteld bij wet van 22 juli 1976, *Stb.* 1976, nr. 395, inwerking getreden op 26 juli 1976. Per 1 januari 1992 is Boek 2 BW op veel plaatsen ingrijpend gewijzigd. Zie de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 Nieuw BW, *Stb.* 1991, nr. 630. De na 1992 doorgevoerde wijzigingen vloeien voornamelijk voort uit de implementatie van Europese richtlijnen.

6 Deze regeling was geënt op het onder Lodewijk Napoleon geschreven ontwerp van het Wetboek van Koophandel. Zie Asser/Scholten 1974 (*Algemeen Deel*), p. 169 e.v. in het bijzonder p. 174. Door de inlijving van Nederland bij Frankrijk is het ontwerp nooit wet geworden en werd de Franse Code ingevoerd.

7 Zie C.J. van Zeben, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 2, Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1977, p. 23.

8 Zie C.J. van Zeben, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 2, Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1977, p. 26-27. Het gesloten stelsel houdt volgens sommigen niet in dat rechtspersoonlijkheid op een uitdrukkelijke wettelijke bepaling moet berusten. In Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 184 wordt verwezen naar de Memorie van Antwoord I bij de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6, p. 114. Hierin wordt gesteld dat de artikelen 1 tot en met 3 van Boek 2 BW de meest voorkomende organisaties aanwijzen die in elk geval rechtspersoon zijn, maar tegelijkertijd wordt niet uitgesloten dat ook andere organisaties als rechtspersoon (door de rechter) kunnen worden aangemerkt. Zie in gelijke zin HR 13 november 1964, *NJ* 1965, nr. 121, m.nt. G.J.S. waarin de Hoge Raad overwoog dat een ziekenfonds rechtspersoonlijkheid had, ondanks het feit dat de wet haar deze niet uitdrukkelijk had verleend. Mijs inziens zal de rechter echter niet snel buiten het wettelijk stelsel van rechtspersonen kunnen treden, omdat de wetgever uitdrukkelijk heeft gekozen voor een – voor zover mogelijk – allesomvattende regeling. Zie ook F.K. Buijn, 'Privaatrechtelijke rechtspersonen: rechtspersoonlijkheid en rechtsvorm', in: J.B.J.M. ten Berge, S.E. Zijlstra, L. Timmerman, F.K. Buijn, *Preadviezen over het onderwerp: De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2000-I), Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 236-237. Buijn stelt mijs inziens terecht dat de wet niet alleen rechtspersoonlijkheid toekent, maar dat deze zowel formele als materiele voorschriften geeft, waardoor geen ruimte wordt gelaten voor het zelfstandig creëren van nieuwe vormen van rechtspersoonlijkheid, noch door private partijen, noch door de rechter.

rechtspersonen worden in beginsel limitatief opgesomd in de artikelen 1 tot en met 3 van Boek 2 BW.¹⁰

-
- 9 Er is veel geschreven over het fenomeen rechtspersoonlijkheid. De basisgedachte dat de mens het enige rechtssubject is, vormde het gemeenschappelijke uitgangspunt van de meeste theorieën over rechtspersoonlijkheid. Omdat in de rechtsontwikkeling geleidelijk de idee heeft postgevat dat ook niet-natuurlijke personen rechten moeten kunnen uitoefenen, vermogen moeten kunnen bezitten en verbintenissen moeten kunnen aangaan, behoefde het oorspronkelijke uitgangspunt van de mens als enig rechtssubject aanpassing. Zie voor de ontwikkeling van het fenomeen rechtspersoonlijkheid en de verschillende daaromtrent ontwikkelde theorieën: Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 1-12 en Ph.A.N. Houwing, *Subjectief recht, rechtssubject, rechtspersoon* (diss. Leiden 1939), Zwolle: Tjeenk Willink 1939, p. 149 e.v. Volgens Van Schilfgaarde is 'De rechtspersoonlijkheid van de vennootschap (...) derhalve – in het recht – een realiteit'. Zie P. van Schilfgaarde (bewerkt door J. Winter), *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009, p. 17. Deze theorie komt sterk overeen met de reeds in 1932 door Meijers in een drieluik in het WPNR verkondigde visie. Zie E.M. Meijers, 'De betekenis van het probleem der rechtspersoonlijkheid voor de praktijk', *WPNR* 1932, 3285/3286/3287. Hij meent dat het vraagstuk van het wezen van rechtspersoonlijkheid slechts moet worden behandeld indien zich nieuwe inzichten voordoen. Meijers stelt op p. 569: 'Doel van dit artikel is niet het vraagstuk van het wezen der rechtspersoon wederom in dit blad aan de orde te stellen (...) omdat m.i. alle geschrijf daaromtrent ijdel is, zoolang men niet een juister inzicht dan tot heden heeft in het doel en methode der juridische begripsvorming.'
- 10 Eén Nederlandse rechtspersoon is om wetsystematische redenen buiten Boek 2 BW geregeld. De Vereniging van Eigenaars is ingebed in de appartementsregeling van Boek 5 BW. Het inmiddels ingetrokken wetsvoorstel Personenvennootschappen kende de Openbare personenvennootschap met optioneel rechtspersoonlijkheid die als bijzondere overeenkomst in Boek 7 BW zou worden geplaatst. Ook de zogenaamde Europese rechtspersonen – het Europees Economisch Samenwerkingsverband (EESV), de Europese Vennootschap (SE) en de Europese Coöperatieve Vennootschap (ECV) – worden niet in Boek 2 BW geregeld, maar zijn via afzonderlijke wetten in het Nederlandse recht geïmplementeerd. Daarnaast wordt gewerkt aan de invoering van de Europese besloten vennootschap (SPE). Zie voor het Europees Economisch Samenwerkingsverband de Wet van 28 juni 1989, houdende uitvoering van de Verordening nr. 2137/85 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 25 juli 1985 tot instelling van Europese economische samenwerkingsverbanden (*PbEG* L 199/1), *Stb.* 1989, nr. 245, voor de Europese Vennootschap de Wet van 17 maart 2005 tot uitvoering van verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van de Europese Unie van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE) (Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap) (*PbEG* L 294/1), *Stb.* 2005, nr. 151 en voor de Europese coöperatieve vennootschap de Wet van 14 september 2006 tot uitvoering van verordening (EG) nr. 1435/2003 van de Raad van de Europese Unie van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE) (Uitvoeringswet verordening Europese coöperatieve vennootschap) (*PbEU* L 207/1), *Stb.* 2006, nr. 465. De introductie van de Europese besloten vennootschap (SPE) stond aanvankelijk gepland voor 1 juli 2010. Zie het op 25 juni 2008 verschenen voorontwerp (COM(2008)396). Aangezien er echter geen overeenstemming kon worden bereikt over een op 25 maart 2011 ingediend compromisvoorstel, is het onzeker of en zo ja, op welke termijn de verordening betreffende het statuut van een SPE werkelijkheid zal worden. Zie nader M.A. Verbrugh, 'Naar een Europese BV? Het voorstel voor een SPE-Verordening nader bezien in het licht van de SE en enkele recente Europese ontwikkelingen', *Jaarboek Ondernemingsrecht* 2011, p. 871. In dit kader kan ook de Europese stichting (FE) worden genoemd, zoals op 8 februari 2012 door de Europese Commissie in het voorstel tot een Europees Statuut voor Stichtingen, is gepresenteerd. Zie voorstel verordening COM (2012) 35. Zie D.F.M.M. Zaman, 'De toekomst van de stichting,

Het rechtspersonenrecht heeft in de loop der jaren de nodige aanpassingen ondergaan, niet in de laatste plaats door implementatie van verschillende Europese harmonisatierichtlijnen.¹¹ Bovendien is naar aanleiding van het rapport van de Commissie Tabaksblad de zogenaamde Corporate Governance code in Boek 2 BW verankerd.¹² Als gevolg van de wens om het Nederlandse vennootschapsrecht te moderniseren¹³ is de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht per 1 oktober 2012 ingevoerd.¹⁴ Ook is de Wet Bestuur en Toezicht zoals in werking getreden op 1 januari 2013 met onder andere regels voor een *one tier board*-systeem en aanpassing van de tegenstrijdig belangrege-

de vereniging, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij', *WPNR* 2013/6973, p. 329-332.

- 11 Belangrijke richtlijnen zijn de volgende: de eerste richtlijn 68/151/EEG van 9 maart 1968 inzake de doeloverschrijding (Eerste Richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van art. 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, *PbEG* 1968, L 65/8), de tweede richtlijn (Tweede Richtlijn 77/91/EEG van de Raad van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van art. 58, tweede alinea, van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken), de vierde en zevende richtlijn voor wat betreft de regels voor de jaarrekening en het jaarverslag, respectievelijk richtlijn 78/660/EEG van 25 juli 1978 (Vierde Richtlijn 78/660/EEG van de Raad van 25 juli 1978 op de grondslag van art. 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen, *PbEG* 1978, L 222/11) en richtlijn 83/349/EEG van 13 juni 1983 (Zevende Richtlijn 83/349/EEG van de Raad van 13 juni 1983 op de grondslag van art. 54, lid 3, sub g) van het Verdrag betreffende de geconsolideerde jaarrekening, *PbEG* 1983, L 193/1), de zesde richtlijn van 17 december 1982 82/891/EEG inzake de splitsing van naamloze vennootschappen (Zesde Richtlijn 82/891/EEG van de Raad van 17 december 1982 op de grondslag van art. 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen, *PbEG* 1983, L 378/47) en de richtlijn 90/434/EEG inzake fusie en splitsing van 23 juli 1990 (Richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende Lid-Staten, *PbEG* 1990, L 225/1). Verdere harmonisatie op het gebied van het vennootschapsrecht lijkt niet op handen nu de nadruk op sectorspecifieke regulering is komen te liggen. Zie T. Tridimas, 'Federalization, Crisis Management, and Law Reform', in: P. Craig en G. de Búrca, *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press: Oxford 2011, p. 783-804.
- 12 De wettelijke grondslag van deze code is sinds 1 oktober 2004 te vinden in art. 2:391 lid 4 BW, zie *Stb.* 2004, nr. 370. In beginsel is deze code alleen van toepassing op beursgenoteerde ondernemingen, maar de minister heeft aangegeven voor wat betreft staatsdeelnemingen zoveel mogelijk bij deze code aan te willen sluiten. Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 12.
- 13 Zie de brief van de minister van Justitie *Kamerstukken II* 2005/06, 29 752, nr. 4.
- 14 Zie *Stb.* 2012, nr. 300 (Invoeringswet Vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht).

ling, ingevoerd¹⁵ en is op die zelfde datum de wet herziening enquêterecht – op grond waarvan de rechtspersoon het recht heeft gekregen zelf een enquêteprocedure te initiëren – in werking getreden.¹⁶ Bovendien heeft de minister van Veiligheid en Justitie aangegeven op korte termijn naar aanleiding van discussies omtrent de vormgeving van de NV, het NV-recht te herzien.¹⁷ De vraag of het Nederlandse rechtspersonenrecht voldoet aan de specifieke eisen voor de overheidsonderneming, moet tegen deze achtergrond worden gezien. De in hoofdstuk 4 te bespreken wijziging van de structuurregeling in 2004 is van groot belang geweest voor de overheidsonderneming, die in een kapitaalvennootschap wordt gedreven.¹⁸ Hierdoor is de positie van de overheid als aandeelhouder in een overheidsonderneming, voor zover gedreven in een structuurvennootschap, aanzienlijk gewijzigd.

2.2 Privaatrechtelijke- en publiekrechtelijke rechtspersonen

De in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen zijn te verdelen¹⁹ in de in artikel 2:1 BW opgesomde publiekrechtelijke en de in artikel 2:3 BW genoemde privaatrechtelijke rechtspersonen.²⁰ Het is van belang onderscheid te maken tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtspersonen, omdat met deze kwalificatie de toepasselijke regels worden bepaald. Op grond van artikel 2:1 lid 3 BW worden de in artikel 2:1 BW bedoelde publiekrechtelijke rechtspersonen niet door de bepalingen van Boek 2 BW beheerst, maar is het publiekrecht op hun instelling en organisatie van toepassing. Op deze regel bestaat echter één uitzondering. Artikel 2:5 BW is wél van toepassing op de in artikel 2:1 BW opgesomde publiekrechtelijke rechtspersonen. Dat wil zeggen dat de publiekrechtelijke rechtspersoon voor het vermogensrecht gelijkgesteld wordt met

15 Zie wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, *Stb.* 2011, nr. 275 en *Stb.* 2012, 455. De wet Bestuur en toezicht is tegelijkertijd met het reparatievoorstel Bestuur en toezicht in werking getreden per 1 januari 2013. Zie *Kamerstukken I* 2011/12, 32 873, A (VvW).

16 Zie de Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van het recht van enquête, *Stb.* 2012, 274 en 305.

17 Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 32 426, nr. 24, p. 12 en nader H. Koster, 'Innovatie in het ondernemingsrecht', *NJB* 2012/24, p. 1638.

18 Zie *Stb.* 2004, nr. 405 (Wet van 9 juli 2004 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met aanpassing van de structuurregeling).

19 Overigens is de verdeling tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke niet de enige mogelijke verdeling. Zo is ook het onderscheid te maken tussen corporatief en niet-corporatief of op stoffelijk voordeel gericht of niet. Zie Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), p. 225.

20 De in art. 2:2 BW genoemde kerkgenootschappen bezitten tevens rechtspersoonlijkheid. Deze blijven in dit onderzoek over de overheidsonderneming buiten beschouwing.

een natuurlijk persoon.²¹ Hierdoor kunnen ook publiekrechtelijke rechtspersonen aan het economisch verkeer deelnemen.

Op grond van artikel 2:1 BW bezitten de Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, alsmede alle lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend, rechtspersoonlijkheid. Voorts kunnen andere lichamen waaraan een deel van de overheidstaak is opgedragen rechtspersoonlijkheid bezitten. Dit is echter alleen het geval indien de verlening van rechtspersoonlijkheid 'uit het bij of krachtens de wet bepaalde' volgt.²² Derhalve is het niet mogelijk dat decentrale overheden zoals gemeenten en provincies zelf besluiten tot oprichting van een publiekrechtelijke rechtspersoon.²³ De rechtspersoon kan individueel²⁴ of tezamen met een bepaalde groep²⁵ rechtspersoonlijkheid verwerven door een hiertoe ingestelde bijzondere wet.²⁶

-
- 21 In art. 2:5 BW wordt tot uitdrukking gebracht dat het Nederlandse rechtspersonenrecht slechts één soort rechtspersoonlijkheid, namelijk de privaatrechtelijke, kent. Vergelijk Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011, p. 83-84, die stelt: 'Rechtspersoonlijkheid naar Nederlands recht [is] een louter privaatrechtelijk begrip (...). Sommigen hebben bepleit om voor Nederland – naar buitenlands voorbeeld – ook de figuur van publiekrechtelijke rechtspersonen in te voeren, wat dan een verzamelterm zou kunnen zijn voor bestuursorganen en rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld (...). Die suggesties zijn niet gevolgd. Wel wordt soms de term 'publiekrechtelijke (of: publieke) rechtspersonen' gebruikt, maar dat is dan niet meer dan kortschrift voor wat art. 1:1 Awb 'krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen' noemt.'
- 22 De verlening van rechtspersoonlijkheid moet haar grondslag vinden in een formele wet. Zie ook Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 177.
- 23 Zie ook M.W. Scheltema en M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 45.
- 24 Zie bijvoorbeeld de instelling van de Informatie Beheer Groep (Wet van 15 december 1993, houdende regeling van de bestuurlijke verhouding tussen de Minister van Onderwijs en Wetenschappen en de Informatie Beheer Groep, voorheen de Informatiseringsbank), *Stb.* 1993, nr. 714 die op grond van art. 2 lid 2 van deze wet rechtspersoonlijkheid bezat. In 2010 is de Informatie Beheer Groep vervangen door de Dienst Uitvoering Onderwijs, zie Wet van 15 oktober 2009 tot intrekking van de Wet verzelfstandiging Informatiseringsbank en wijziging van diverse wetten in verband met de oprichting van de Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO), *Stb.* 2009, 493.
- 25 Deze worden ook wel categorale rechtspersonen genoemd. Zie Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 179.
- 26 Zie voor voorbeelden J.A.F. Peters, *Publiekrechtelijke rechtspersonen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 68. Denk hierbij aan de Kamers van Koophandel (art. 3 Wet op de kamers van koophandel en fabrieken 1997) of de politieregio's (art. 21 lid 4 Politiewet 1993). Per 1 januari 2013 zal de Politiewet 1993 vervangen worden door de Politiewet 2012. Op grond van art. 26 Politiewet 2012 zal het landelijke politiekorps rechtspersoonlijkheid verkrijgen. De politieregio's worden regionale eenheden op grond van art. 25 lid 1 onder a Politiewet 2012. Overigens is het onderscheid tussen individueel en categoriaal ingestelde rechtspersonen niet altijd even helder. Zo rekenen zowel Peters als Asser-Van der Grinten-Maeijer de openbare universiteiten tot de categorale rechtspersonen. Op grond van art. 1.8 lid 2 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek wordt mijns inziens echter niet aan een groep, maar aan de specifiek in de bijlage genoemde universiteiten individueel rechtspersoonlijkheid toegekend. Zie Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 178-179.

Een andere tot nu toe slechts theoretische mogelijkheid om rechtspersoonlijkheid te verwerven is de instelling *krachtens* de wet – aldus via de delegatiemogelijkheid van artikel 2:1 lid 2 BW.²⁷

In artikel 2:3 BW worden vervolgens de privaatrechtelijke rechtspersonen genoemd: verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en stichtingen. Voor het drijven van een overheidsonderneming lijken deze rechtspersonen niet allemaal even geschikt. Deze afzonderlijke rechtspersonen worden in paragraaf 3.3 als rechtsvorm van de overheidsonderneming kort besproken.

De privaatrechtelijke rechtspersonen vallen in beginsel onder de algemene bepalingen van Boek 2 BW. Het is echter mogelijk dat de inrichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon wordt bepaald door een bijzondere wettelijke regeling. Deze bijzondere regeling gaat vóór de in Boek 2 BW neergelegde regeling. De Nederlandsche Bank NV is hiervan een voorbeeld. Hoofdstuk 3 van de Bankwet 1998 geeft op belangrijke punten een van Boek 2 BW afwijkende regeling voor deze rechtspersoon.²⁸ Het gaat mijns inziens te ver om op grond van de aanwezigheid van een bijzondere regeling te concluderen dat een dergelijke rechtspersoon als een publiekrechtelijke – in plaats van een privaatrechtelijke – rechtspersoon zou moeten worden betiteld.²⁹ Uitgangspunt voor de toepasselijke regeling is de bij de oprichting gekozen rechtsvorm. In de volgende paragraaf worden de oprichtingsvereisten voor de privaatrechtelijke rechtspersonen besproken.

27 Zie K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid*, (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 21.

28 Zie de Bankwet 1998, *Stb.* 1998, nr. 244.

29 Zie anders Den Tonkelaar 2009, (*T&C Ondernemingsrecht Effectenrecht*), art. 2:1 BW, aant. 4 en Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 177. In de Bankwet 1998 wordt echter in art. 11 uitdrukkelijk gesteld: 'Bepalingen van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek die bij toepassing op de Bank strijdigheid opleveren met het Verdrag of de Statuten van het Europees Stelsel van Centrale Banken zijn niet van toepassing op de Bank.' Waarmee de overige bepalingen van Boek 2 BW mijns inziens in beginsel van toepassing blijven en er aldus sprake is van een in basis privaatrechtelijke rechtspersoon. Zie in gelijke zin Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011, p. 84, die het volgende stelt: 'Indien de wet het bestaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon veronderstelt en één en ander regelt met betrekking tot de benoeming van bestuurders, bevoegdheden van organen en dergelijke, gaat het daarmee niet om een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld. (...) In een dergelijk geval wordt de rechtspersoon geregeerd door het civiele rechtspersonenrecht, voor zover niet bij of krachtens de wet anders is geregeld; uitgangspunt is dus de toepasselijkheid van het BW en de statuten van de rechtspersoon.' Vergelijk J.B. Huizink (*Rechtspersonen*), art. 2:1 BW, aant. 9. Huizink spreekt over een volledig gedenatureerde rechtspersoon.

2.3 Algemene regeling van Boek 2 BW en de overheidsonderneming

Algemeen

Zoals hierboven reeds is geconstateerd, zijn de bepalingen van Boek 2 BW in beginsel slechts van toepassing op de overheidsonderneming als deze wordt gedreven in één van de in artikel 3 van Boek 2 BW opgesomde privaatrechtelijke rechtspersonen en niet in afwijking is voorzien door een bijzondere wet. De identiteit en structuur van deze rechtspersonen worden bepaald door de in hoofdzaak in Boek 2 BW neergelegde wettelijke regels, eventueel nader ingevuld of uitgewerkt in de statuten. De bepalingen van Boek 2 BW zijn op grond van artikel 2:25 BW in beginsel dwingendrechtelijk op de rechtspersonen van toepassing.

Boek 2 BW bestaat uit negen titels. De in de eerste titel van Boek 2 BW neergelegde algemene bepalingen zijn in beginsel van toepassing op *alle* privaatrechtelijke rechtspersonen en derhalve ook relevant voor de overheidsonderneming die in een door Boek 2 BW beheerste privaatrechtelijke rechtsvorm wordt gedreven. De tweede tot en met zesde titel bevatten afzonderlijke regelingen voor respectievelijk de vereniging, de coöperatie,³⁰ de naamloze vennootschap, de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en de stichting. De voor de overheidsonderneming relevante bepalingen in deze titels komen aan de orde bij de behandeling van deze rechtspersonen. De zevende titel, inzake de fusie en splitsing, geldt voor nagenoeg alle rechtspersonen.³¹ De geschillenregeling en het recht van enquête worden nader uitgewerkt in de achtste titel. De geschillenregeling is alleen van toepassing op alle besloten vennootschappen, en op de naamloze vennootschap die voldoet aan de vereisten genoemd in artikel 2:335 lid 2 BW.

De regeling van het recht van enquête geldt op basis van artikel 2:344 BW voor in het eerste lid genoemde privaatrechtelijke rechtspersonen en de vereniging en stichting die een onderneming drijven.³² Ook titel 9 inzake de jaarrekening en het jaarverslag is op nagenoeg alle in een privaatrechtelijke rechtspersoon gedreven overheidsondernemingen van toepassing.³³ De bepalingen met betrekking tot de jaarrekening en het jaarverslag, evenals de bepalingen omtrent het recht van enquête worden behandeld in hoofdstuk 4. Voor ven-

30 Titel 3 BW is behalve op de coöperatie, ook van toepassing op de onderlinge waarborgmaatschappij. Op grond van art. 2:53a BW is titel 2 BW betreffende de vereniging – voor zover daar in titel 3 BW niet van wordt afgeweken – ook van toepassing op de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij.

31 Deze geldt niet voor de in art. 2:308 lid 2 BW genoemde rechtspersonen.

32 Uit art. 2:344 sub b BW volgt dat de regeling niet van toepassing is op de vereniging zonder volledige rechtsbevoegdheid.

33 Titel 9 is van toepassing op alle rechtspersonen, met uitzondering van de vereniging en stichting die niet aan de in art. 2:360 lid 2 BW genoemde vereisten voldoen (het in stand houden van een onderneming).

nootschappen waarvan het gehele vermogen wordt verschaft door de Staat of een andere in artikel 2:1 BW genoemde publiekrechtelijke rechtspersoon, bestaat de mogelijkheid om op grond van artikel 2:155a BW een verlicht structuurregime van toepassing te verklaren. Deze wordt besproken bij de behandeling van de structuurregeling in paragraaf 5 van hoofdstuk 4.

In het vervolg van deze paragraaf komen de voor de overheidsonderneming relevante bepalingen uit de eerste titel van Boek 2 BW aan de orde. Het gaat om bepalingen over de oprichting, het doel, de juridische organisatie en de besluitvorming.

Oprichting van privaatrechtelijke rechtspersonen

Voor iedere privaatrechtelijke rechtspersoon gelden wettelijke, formele oprichtingsvereisten.³⁴ Indien voor de oprichting een door de notaris ondertekende akte wordt vereist en hieraan niet is voldaan, brengt artikel 2:4 BW mee dat de rechtspersoon niet ontstaat. De oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon zoals genoemd in artikel 2:3 BW kan behalve volgens de vereisten van Boek 2 BW theoretisch ook geschieden bij een instellingswet.³⁵ Schroten stelt met betrekking tot een dergelijke wijze van oprichting van een stichting:

‘Theoretisch is denkbaar dat een stichting, als rechtspersoon van het BW, bij wet wordt opgericht zonder dat er een notaris (zie artikel 2:286 lid 1 BW: JN) aan te pas komt. Deze wet vormt in dat geval (ook) wat het oprichtingstraject betreft een *lex specialis* ten opzichte van het BW. Afgezien van de vraag of er dan eigenlijk niet sprake is van een rechtspersoon *sui generis*,³⁶ komt een dergelijke oprichtingsroute in de praktijk niet voor. Althans bij overheidsstichtingen is er steeds sprake van statuten en van een door de notaris verleden akte bevattende de statuten.’³⁷

Ook bij de oprichting van kapitaalvennootschappen wordt doorgaans de in Boek 2 BW neergelegde wijze van oprichting verkozen boven oprichting bij

34 Aldus is het niet mogelijk zelf een nieuwe rechtsvorm naar believen samen te stellen, hoewel door contractuele regelingen buiten de statuten mengvormen kunnen ontstaan. Zie W.J. Slagter, *Compendium van het Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 31 en p. 35. Derdenwerking zal hier minder snel worden aangenomen. Bij de in art. 2:30 BW genoemde informele vereniging spelen, doordat de statuten hiervan niet in een notariële akte zijn opgenomen, deze formele vereisten niet zozeer een rol.

35 Zie art. 2:1 lid 2 BW.

36 Zie hiervoor par. 2.2 van dit hoofdstuk.

37 Zie K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 20. Diensten of agentschappen lijken tegenwoordig te worden verkozen boven zelfstandige bestuursorganen, waardoor minder snel voor de stichtingsvorm wordt gekozen. Zie R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 629.

wet.³⁸ Het besluit tot oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon via een *machtigingswet* verleent de betrokken lichamen weliswaar de bevoegdheid om mee te werken aan de oprichting van een rechtspersoon, maar dit betekent niet dat deze rechtspersoon volgens publiekrecht is ingesteld. Zie in gelijke zin de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over de oprichting van de NV Luchthaven Schiphol. Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis bij de Algemene wet bestuursrecht overweegt de afdeling dat de NV Luchthaven Schiphol weliswaar krachtens wet van 11 december 1957 is opgericht,³⁹ maar dat deze wet de ministers van Verkeer en Waterstaat en van Financiën slechts machtigde:

‘(...) om voor en namens de Staat aan de oprichting van Schiphol mede te werken. Daarbij was het de kennelijke bedoeling van de wetgever dat de oprichting nader – bij notariële akte – zou geschieden overeenkomstig de voorschriften van het burgerlijk recht.’⁴⁰

In beginsel is oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon volgens de bepalingen in Boek 2 BW in vergelijking met de oprichting van een publiekrechtelijke rechtspersoon – waarvoor zoals in paragraaf 2.2 behandeld een formele wet vereist is – eenvoudiger. Overheden kunnen echter niet zonder meer overgaan tot de oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon. De bevoegdheidsregels voor oprichting van rechtspersonen door de overheid en de beperkingen hiervan worden behandeld in paragraaf 3.2 van dit hoofdstuk.

38 Zie bijvoorbeeld de wet van 27 april 1994, houdende regelen met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap De Nederlandse Munt NV en tot wijziging van de Muntwet 1987. Art. 2 van deze wet machtigt de minister van Financiën om de naamloze vennootschap, de Nederlandse Munt NV, op te richten en deel te nemen in het kapitaal. Zie ook art. 1 van de wet van 23 juni 1966, houdende regelen betreffende de omzetting van de tak van Rijksdienst, omvattende de Staatsmijnen in Limburg, in een naamloze vennootschap, waarin de minister van Economische Zaken wordt gemachtigd om de naamloze vennootschap NV Nederlandse Staatsmijnen op te richten en deel te nemen in het kapitaal voor een bedrag van 300 miljoen gulden. Zie K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 20.

39 Zie de Wet van 11 december 1957 houdende oprichting van een naamloze vennootschap, NV Luchthaven Schiphol, *Stb.* 1957, nr. 529.

40 Zie de ABRvS 3 oktober 1996, nr. H01.95.0454, *LJN* AA6767. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State overweegt voorts: ‘De geschiedenis van de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht maakt duidelijk dat het feit dat aan de oprichting van een rechtspersoon een machtigingswet is voorafgegaan niet betekent dat deze rechtspersoon krachtens publiekrecht is ingesteld. Dit blijkt (...) uit de uiteenzettingen van de regeringscommissaris (commissaris: JN) tijdens de uitgebreide commissie-c-jargadering (commissievergadering: JN) van de Vaste Commissies voor Justitie en Binnenlandse Zaken (PG Awb I, p. 143 r.k.). Deze uitlatingen hadden betrekking op stichtingen doch waren, naar moet worden aangenomen evenzeer van toepassing op de naamloze vennootschap.’

Het doel van de overheidsonderneming

Slagter acht het statutaire doel van een rechtspersoon het materieel en gezichts-bepalend kenmerk.⁴¹ Het doel van de rechtspersoon is hetgeen in de statuten is neergelegd. Het handelen van de rechtspersoon zou hierdoor moeten worden bepaald, hetgeen mijns inziens a fortiori geldt voor de rechtspersoon waar een overheidsonderneming in wordt gedreven. Het statutaire doel betreft over het algemeen een korte omschrijving van de terreinen waarop de vennootschap werkzaam zal zijn en welke activiteiten zij op die terreinen zal ontplooiën. In de praktijk worden doelstellingen zo ruim geformuleerd dat het handelen van de rechtspersoon hier niet snel buiten valt.⁴² Bovendien kan de formele doelomschrijving uitgebreider worden geïnterpreteerd dan uit de letterlijke tekst valt op te maken. Bij de vaststelling van het doel van de rechtspersoon moeten namelijk alle omstandigheden in aanmerking worden genomen.⁴³ Dit maakt een exacte afbakening van de doelstelling niet eenvoudig. Dit neemt echter niet weg dat de doelstelling richtinggevend is en daarom zorgvuldig moet worden opgesteld.

Dit zou mijns inziens bijvoorbeeld in het bijzonder moeten gelden voor de overheidsonderneming met een doelstelling waarin een specifiek publiek belang is opgenomen. Het publieke belang zou het kader moeten zijn, in de context waarvan andere omstandigheden moeten worden geplaatst. De overheidsonderneming heeft ten opzichte van reguliere ondernemingen namelijk een bijzonder doel, te weten het behartigen van een publiek belang.⁴⁴ In de praktijk wordt in de doelstelling van overheidsondernemingen echter zelden verwezen naar het te behartigen publieke belang. De reden hiervan zou kunnen

41 Zie W.J. Slagter, *Compendium van het Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 33.

42 Zo blijkt uit het formulering van het format van het model voor de rechtspraak voor oprichting van een naamloze vennootschap: 'De vennootschap heeft ten doel ..., alsmede het verrichten van al hetgeen met het vorenstaande in de ruimste zin verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn.' Zie Modellen voor de Rechtspraak, I.2.38 Oprichting van een naamloze vennootschap met aandelen op naam en een blokkeringsregeling (verkort model).

43 Zie HR 20 september 1996, *NJ* 1997, nr. 149 (*Playland*), waar de Hoge Raad de beslissing van het hof – dat overwoog dat niet alleen beslissend is de wijze waarop het doel in de statuten is omschreven, maar dat alle omstandigheden daarbij in aanmerking moeten worden genomen en dat met name moet worden beoordeeld of het belang van de vennootschap is gediend met de desbetreffende rechtshandeling – als juist oordeelde.

44 Het publieke belang kan zowel op stoffelijke als onstoffelijke doelen zijn gericht en van het karakter van het doel van een overheidsonderneming kan derhalve niet worden gezegd dat deze doorgaans stoffelijk of onstoffelijk is. Slagter maakt een onderscheid tussen stoffelijke en niet-stoffelijke doelen, hetgeen mijns inziens vertaald kan worden met materiële respectievelijk ideële doelen. De coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, naamloze en besloten vennootschap hebben vaak hoofdzakelijk stoffelijke doelen als 'het maken van winst ter verdeling onder de leden' of 'het doen van uitkeringen aan bestuurders, oprichters of aangeslotenen'. De stichting en vereniging hebben in de regel eerder onstoffelijke doelen. Zie W.J. Slagter, *Compendium van het Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 33.

zijn, dat men in het kader van marktwerking sterker de nadruk wilde leggen op een bedrijfsmatige uitvoering van de publieke taakdoelstelling, waarbij een verwijzing naar de publieke taak als te beperkend wordt (althans werd) ervaren.⁴⁵ Mijns inziens wegen de voordelen van een verwijzing in de doelstelling naar een publiek belang echter zwaarder dan dit eventuele nadeel. Ik kom hier in hoofdstuk 4 op terug bij de bespreking van de doelstelling van de overheidsonderneming in paragraaf 2.2.

Vanwege het in artikel 2:7 BW opgenomen verbod van doeloverschrijding, zou de doelomschrijving zoals die in de statuten moet zijn opgenomen een instrument voor overheidssturing binnen een private overheidsonderneming kunnen zijn.⁴⁶ Artikel 2:7 BW bepaalt:

‘Een door een rechtspersoon verrichte rechtshandeling is vernietigbaar, indien daardoor het doel werd overschreden en de wederpartij dit wist of zonder eigen onderzoek moest weten (...).’

De wederpartij van de rechtspersoon kan aldus op grond van artikel 2:7 BW worden geconfronteerd met een overschrijding van het doel.⁴⁷ Maar niet alleen de wederpartij is aan de doelomschrijving gebonden. Op grond van artikel 2:9 BW zijn bestuurders gehouden om de hun opgedragen taak behoorlijk te vervullen⁴⁸ en zij dienen mede aan de hand van de doelstelling hun taak in te vullen.⁴⁹ De bijzondere taakvervulling van overheidsondernemingen wordt in de praktijk in het algemeen niet in de doelomschrijving opgenomen.⁵⁰

45 Zie D. Simons, ‘De rechtsvormen van de overheidsonderneming’, *WPNR* 1970/5067, p. 69.

46 De statuten moeten het doel vermelden. Zie voor de vereniging, de naamloze vennootschap, de besloten vennootschap en de stichting respectievelijk art. 2:27 lid 4 sub b BW, art. 2:66 lid 1 BW, art. 2:177 lid 1 BW en art. 2:286 lid 4 sub b BW.

47 De bepaling kan op grond van de laatste zin in art. 2:7 BW echter alleen worden ingeroepen door de rechtspersoon zelf.

48 De behoorlijke taakvervulling door bestuurders komt in het kader van de kapitaalvennootschap in par. 2.2 van hoofdstuk 4 aan de orde.

49 Dit wordt aangeduid als de interne werking van het statutaire doel, in tegenstelling tot de in art. 2:7 BW neergelegde externe werking. Zie Th. Groenewald, *Doeloverschrijding bij NV en BV. een rechtsvergelijkend onderzoek naar de uitvoering van de bepalingen omtrent doeloverschrijding in artikel 9 eerste EG-richtlijn inzake het vennootschapsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 139 e.v.

50 Zie bijvoorbeeld art. 3.1 van de statuten van NV luchthaven Schiphol, waar met geen enkel woord over het publiek belang wordt gerept. Hierin staat bij de doelomschrijving dat deze inhoudt, het: ‘uitoefenen van het luchthavenbedrijf, waaronder begrepen het (doen) onderhouden, ontwikkelen en exploiteren daarvan, in de ruimste zin van het woord, en voorts het verrichten van alle andere handelingen van commerciële of financiële aard, hetzij direct hetzij indirect verband houdende met het luchthavenbedrijf.’ Zie de statuten per 1 december 2008, te raadplegen via <http://www.schiphol.nl/SchipholGroup1/InvestorRelations/CorporateGovernance.htm>. De minister van Financiën meent dat de desbetreffende publieke belangen bij staatsdeelnemingen meestal goed zijn omschreven, maar dit geschiedt niet

Wellicht wordt zo beoogd te voorkomen dat de doelomschrijving te beperkt is geformuleerd.⁵¹ Mijns inziens zou, wanneer de overheid een (structureel) belang heeft in een (overheids)onderneming, echter steeds een bepaling omtrent het te dienen publieke belang moeten worden opgenomen in de doelstelling. Dit te dienen publieke belang zal zo precies mogelijk geformuleerd moeten zijn, zodat deze onderscheidend vermogen heeft en derhalve kan helpen bepalen wat onder de doelomschrijving valt.⁵² Een duidelijke omschrijving van een publiek belang is goed mogelijk, zoals bijvoorbeeld geschiedt bij de omschrijving van publieke belangen van staatsdeelnemingen in sectorale wetten of instellingswetten.⁵³ Vanuit vennootschapsrechtelijk oogpunt zou het publieke belang mijns inziens steviger verankerd zijn door opname in de doelomschrijving.

Onder de huidige regeling is niet snel sprake van doeloverschrijding,⁵⁴

door opname van het publiek belang in de doelomschrijving. De minister doelt op de nadere invulling door sectorale wetten of instellingswetten. Zie nader *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 4 en Bijlagen 1 *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 13-20.

- 51 Een stichting met als doelstelling het behoud van objecten met historische en archeologische waarde had bezwaar ingesteld tegen de verlening van een sloopvergunning van een historisch pand. Met betrekking tot de ontvankelijkheid van deze stichting oordeelde de rechtbank echter dat het voeren van bezwaar- en beroepsprocedures in dit geval niet onder de op grond van de statuten toegestane middelen was te vatten. Zie President rechtbank Almelo 29 maart 2000, *LJN*: AA5716. Om ontvankelijk te zijn in een verzoekschriftprocedure in de zin van de Awb moet een rechtspersoon belanghebbende zijn. Dat wil zeggen een rechtstreeks belang aanwezig moet zijn. Op grond van art. 1:2 lid 3 van de Awb worden tevens als de belangen van rechtspersonen beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen. Indien men uitgaat van de redenering dat al het overheidshandelen en derhalve ook het handelen van de overheidsonderneming in het publiek belang is, zal overschrijding – ongeacht de formulering van het doel – niet aan de orde kunnen zijn. Vergelijk het rapport, *Privaatrechtelijke taakbehartiging door centrale overheden. Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door provincies, gemeenten en waterschappen*, Rapport in opdracht van het ministerie van Justitie Den Haag 2006, p. 25. Mijns inziens is overheidshandelen dat het publieke belang niet ten goede komt zeer wel mogelijk. Denk bijvoorbeeld aan een onrechtmatige daad door de overheid. De visie die in het rapport wordt gegeven is mijns inziens te theoretisch.
- 52 Zie ABRvS 1 oktober 2008, *LJN* BF3911, nr. 200801150/1. Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is het statutaire doel van de stichting Openbare Ruimte, waarin onder meer staat dat zij streeft naar een gezond en duurzaam milieu en een goede ruimtelijke ordening, ‘zo veelomvattend dat het onvoldoende onderscheidend is’ om op grond daarvan te kunnen oordelen dat de stichting belanghebbende is.
- 53 Zie nader *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 4 en Bijlagen 1 *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 13-20.
- 54 Indien (mede) het belang van de betrokken rechtspersoon is gediend, zal niet snel worden geoordeeld dat sprake is van doeloverschrijding. En zelfs wanneer een handeling het belang van de rechtspersoon schaadt, wil dat niet zonder meer zeggen dat hierdoor in strijd met de doelomschrijving is gehandeld. Zie Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 74. Zie J.B. Huizink (Rechtspersonen), art. 2:7 BW, aant. 6 en de daar vermelde literatuur. In HR 20 september 1996, *NJ* 1997, nr. 149 (*Playland*), overwoog de Hoge Raad uitdrukkelijk dat de vraag of het belang van de vennootschap gediend is met de handeling, een mede

maar wanneer er in de statuten van de overheidsonderneming expliciet een te behartigen publiek belang is opgenomen, zou de doelstelling een meer gezichtsbepalend kenmerk kunnen en moeten zijn.

Bijkomstige beperking van de inzet van doeloverschrijding als correctie op het handelen van de rechtspersoon, is dat alléén de rechtspersoon een beroep kan doen op de vernietigbaarheid. Dat betekent dat de bestuurders die verantwoordelijk zijn voor de rechtshandeling in strijd met het doel, een beroep zouden moeten doen op doeloverschrijding om aldus de rechtshandeling te vernietigen. De overheid (niet zijnde bestuurder) kan een dergelijke rechtshandeling derhalve niet op basis van het bepaalde in artikel 2:7 BW vernietigen. Zij kan hooguit gebruik maken van eventuele ontslag- en benoemingsbevoegdheden om nieuwe bestuurders te benoemen, die bereid zijn om de desbetreffende rechtshandeling vervolgens te vernietigen.

Bovendien moet in gedachten worden gehouden dat aanpassing van de doelstelling na oprichting in beginsel steeds mogelijk is.⁵⁵ Hierdoor is het verbod van doeloverschrijding bij ondernemingen waarin de overheid geen beleidsbepalende invloed (meer) heeft, op zichzelf op de lange termijn in beginsel geen geschikt instrument om het handelen van de rechtspersoon te bepalen.⁵⁶ Daarnaast moet men zich realiseren dat de opname van de behartiging van het publiek belang in de doelstelling, niet impliceert dat de overheid – als betrokkene bij de rechtspersoon – andere belangen terzijde kan schuiven. Artikel 2:8 BW houdt namelijk in dat de rechtspersoon en de institutioneel bij

bepalende factor is. Voor beantwoording van de vraag of er sprake is van doeloverschrijding is niet alleen de wijze waarop het doel in de statuten omschreven beslissend, maar moeten alle omstandigheden in aanmerking worden genomen. Zie het hierboven reeds aangehaalde arrest van HR 20 september 1996, NJ 1997, nr. 149 (*Playland*). Vergelijk ook HR 16 oktober 1992, NJ 1993, nr. 98, m.nt. Ma (*De Wereld*). Wel zal in beginsel de zuivere behartiging van de belangen van derden buiten het doel van de vennootschap vallen. Huizink is kritisch ten aanzien van de tendens dat de Hoge Raad bij een beroep op doeloverschrijding, de omstandigheden van het geval laat prevaleren boven de statutaire doelstelling, zie J.B. Huizink (*Rechtspersonen*), art. 2:7 BW, aant. 6 en in vergelijkbare zin P. van Schilfgaarde, 'Beantwoording rechtsvraag', WPNR 1997/6255, p. 86. Ook concernverhoudingen zijn daarbij volgens de jurisprudentie relevant. Zie HR 7 februari 1992, NJ 1992, nr. 438, m.nt. Ma (*Astro*). Zie nader S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2003, in het bijzonder p. 26 en 176. Er wordt in concernverhoudingen een onderscheid gemaakt tussen *upstream guarantees* (dochtermaatschappij verstrekt zekerheid voor moeder) en *downstream guarantees* (moedermaatschappij verstrekt zekerheid voor dochter). S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2003, p. 176 stellen omtrent de *downstream guarantee*: '...algemeen wordt erkend dat het bij uitstek de taak van de holding is om voor financiering van de groep als geheel zorg te dragen. (...) Of de doelomschrijving van de holding met zoveel woorden melding maakt van aansprakelijkheidstelling ten behoeve van de groepsmaatschappijen is dan minder van belang.'

55 Voor de stichting geldt dat een wijziging van de doelstelling die in de statuten is opgenomen slechts mogelijk is indien de statuten daartoe de mogelijkheid openen. Zie art. 2:293 BW.

56 Dit geldt in beginsel, statutaire beperkingen van de wijzigingsmogelijkheden daargelaten.

de rechtspersoon betrokkenen zich redelijk en billijk jegens elkaar dienen te gedragen in het uitoefenen van hun rechten en bevoegdheden.⁵⁷ In welke mate de overheid andere belangen terzijde kan schuiven hangt af van de invulling van de wijze waarop de redelijkheid en billijkheid zich verhouden tot het publiek belang. Ik kom hierop terug in de hoofdstukken 3 en 4.

Aldus bezien lijkt een doelomschrijving waarin een verwijzing naar het publiek belang voorkomt, in samenhang met de in artikel 2:7 en artikel 2:9 BW neergelegde regeling mijns inziens geen afdoende instrument om de behartiging van het publiek belang op de lange termijn te garanderen. Hoewel het huidige artikel 2:7 BW wel een aanvullende functie kan hebben die waardevol is bij het vormgeven van de overheidsonderneming, lijkt aanpassing van deze bepaling in verband met de afdwingbaarheid van de bepaling door de overheid gewenst. Ik kom hierop in hoofdstuk 4 terug bij de bespreking van de doelstelling van de kapitaalvennootschap. In dat hoofdstuk wordt ook de verhouding tussen de doelomschrijving en het vennootschappelijk belang bij de overheids-onderneming gedreven in de kapitaalvennootschap, besproken.

De juridische organisatie

De overheid kan in verschillende hoedanigheden betrokken zijn bij een rechtspersoon. Denk aan de overheid als subsidieverstrekker, contractspartij of externe toezichthouder. Zij kan echter ook institutioneel bij de rechtspersoon betrokken zijn, bijvoorbeeld als bestuurder of als aandeelhouder.⁵⁸ Van belang voor de positie van de overheid is de vraag of de overheid een orgaan in de zin van Boek 2 BW is, omdat hieraan consequenties zijn verbonden. Of de overheid als een orgaan van de rechtspersoon is te beschouwen, is afhankelijk van de wijze waarop men invulling geeft aan het begrip 'orgaan'. Van Schilf-gaarde verstaat onder een orgaan: '...een uit een of meer personen bestaande functionele eenheid die door de wet of de statuten met beslissingsbevoegdheid

57 Zie art. 2:8 lid 1 BW. De institutioneel betrokkenen zijn degenen die krachtens de wet en de statuten bij de organisatie van de rechtspersoon zijn betrokken. De organen van de rechtspersoon en de leden hiervan behoren hiertoe, maar ook de houders van certificaten, vruchtgebruiker en pandhouders van aandelen. Vanwege het ontbreken van een verbintenissenrechtelijke band tussen de aandeelhouder en de rechtspersoon of de bestuurder en de rechtspersoon is een bijzondere regeling in aanvulling op art. 6:2 BW en art. 6:248 BW vereist. Art. 3:12 BW vult de redelijkheid en billijkheid nader in. Degenen die niet 'als zodanig bij de organisatie zijn betrokken' vallen nog altijd onder de algemeen geldende zorgvuldigheidseisen van art. 6:162 BW.

58 Zie voor een overzicht van sturingsmogelijkheden het rapport 'Verbinding verbroken? Onderzoek naar de parlementaire besluitvorming over de privatisering en verzelfstandiging van overheidsdiensten' in het kader van het parlementair onderzoek, *Kamerstukken I* 2012/13, C, B, p. 11 (Rapport van de tijdelijke commissie voorbereiding parlementair onderzoek privatisering/verzelfstandiging overheidsdiensten).

in vennootschappelijke aangelegenheden is bekleed.⁵⁹ Van der Grinten beschrijft organen als: “instanties” binnen de rechtspersoon aan wie krachtens wet of statuten de taak en bevoegdheid toekomt om besluiten te nemen die rechtens gelden als besluit van de rechtspersoon’.⁶⁰ Bevoegde organen zijn in ieder geval alle in artikel 2:78a/189a BW vermelde organen zoals de algemene vergadering van aandeelhouders, de algemene ledenvergadering, het bestuur en de raad van commissarissen.⁶¹ Of de overheid kan worden aangemerkt als een orgaan van de rechtspersoon, is mijns inziens afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Zo is de overheid op zichzelf geen vennootschapsorgaan wanneer zij slechts aandeelhouder is in een kapitaalvennootschap. In dat geval maakt zij deel uit van het orgaan van de vergadering van aandeelhouders. Ook wanneer de overheid als het in sommige wettelijke bepalingen gehanteerde begrip ‘ander’ te gelden heeft en op grond van die hoedanigheid bepaalde rechten heeft, is de overheid geen vennootschapsorgaan. Denk aan de wethouder die op grond van de statuten bepaalde goed-

59 Zie P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV* (bewerkt door J. Winter), Deventer: Kluwer 2009, p. 296 en vergelijk J.B. Huizink (*Rechtspersonen*), art. 2:14 BW, aant. 3.

60 Zie Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 37.

61 Of de ondernemingsraad als orgaan heeft te gelden wordt in de literatuur niet eenduidig beantwoord. Zie P. Sanders en W. Westbroek, *BV en NV: Het nieuwe ondernemingsrecht* (bewerkt door F.K. Buijn en P.M. Storm), Deventer: Kluwer 2005 en P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV* (bewerkt door J. Winter), Deventer: Kluwer 2009, p. 296. Hoewel het lichaam op grond van de wet met belangrijke beslissingsbevoegdheden in vennootschappelijke aangelegenheden is bekleed, zijn de bevoegdheden van benoeming en ontslag van bestuurders en belangrijke bevoegdheden met betrekking tot voorbereiding en controle op besluiten voor het grootste deel in de Wet op de ondernemingsraden – dus niet als onderdeel van het vennootschapsrecht – geregeld. Bovendien zou het erkennen van de ondernemingsraad als orgaan van de vennootschap de zelfstandigheid van de ondernemingsraad ten opzichte van de vennootschap miskennen. Vgl: Dijk/Van der Ploeg, *Van vereniging, stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2007, p. 95. Hoewel de ondernemingsraad voldoet aan de door Van Schilfgaarde gegeven omschrijving van het begrip orgaan, beschouwt ook hij de ondernemingsraad niet als een orgaan van de vennootschap. In de dertiende druk van 2003 schreef Van Schilfgaarde, nr. 94, hierover: ‘In de literatuur is de vraag gerezen of de ondernemingsraad in voorkomende gevallen als orgaan van de rechtspersoon in de zin van de art. 14-16 kan worden aangemerkt. Daarvoor pleit dat de ondernemingsraad op grond van de wet of de statuten een zekere beslissingsbevoegdheid kan hebben. Daartegen pleit echter dat de ondernemingsraad zijn eigen regeling vindt in de WOR, buiten Boek 2. Tegen die opvatting pleit ook dat de art. 14-16 niet rechtstreeks kunnen worden toegepast op een ondernemingsraad, die niet aan een privaatrechtelijke rechtspersoon verbonden is. Daartegen pleit tenslotte het praktische argument dat de rechtsgeldigheid van een besluit van de ondernemingsraad veelal ter sprake zal komen in een procedure voor de kantonrechter of de ondernemingskamer. Deze colleges zijn niet bevoegd om over een vordering tot vernietiging te beslissen. Op grond van het een en ander meen ik dat de ondernemingsraad niet als orgaan in de zin van de art. 14-16 moet worden aangemerkt.’ In de laatste druk wordt deze conclusie enigszins genuanceerd. Op p. 268 van deze druk wordt gesteld: ‘Ik meen derhalve dat het de voorkeur verdient de OR niet als orgaan van de vennootschap (...) aan te merken.’ Zie in gelijke zin J.B. Huizink (*Rechtspersonen*), art. 2:14 BW, aant. 3.

keuringsrechten heeft in een stichting.⁶² Volgens de opvatting van Van der Grinten is deze buitenstaander niet als orgaan van de rechtspersoon aan te wijzen.⁶³ Dit is mijns inziens terecht omdat deze 'ander' niet behoort tot de institutionele structuur van de vennootschap. Deze constatering is onder meer relevant bij de bepaling van de gevolgen van gebrekkige besluitvorming binnen een overheidsonderneming.

Besluitvorming

De besluitvorming binnen organen wordt beheerst door de artikelen 2:14 tot en met 2:16 BW. Artikel 2:14 lid 1 BW luidt:

'Een besluit van een orgaan van een rechtspersoon, dat in strijd is met de wet of statuten, is nietig, tenzij uit de wet iets anders voortvloeit.'

In het tweede lid van artikel 2:14 BW wordt in aanvulling hierop geschreven:

'Is een besluit nietig, omdat het is genomen ondanks het ontbreken van een door de wet of de statuten voorgeschreven voorafgaande handeling van of mededeling aan een ander dan het orgaan dat het besluit heeft genomen, dan kan het door die ander worden bekrachtigd.'⁶⁴

Uit dit artikel blijkt de relevantie van de invulling van het begrip orgaan. Neemt de overheid als *orgaan* van de rechtspersoon een besluit in strijd met de wet of de statuten dan is dit besluit op grond van artikel 2:14 BW nietig.

62 Vergelijk HR 19 oktober 2001, JOR 2002/1 (*Stichting Het Utrechts Monumentenfonds*), m.nt. Blanco Fernández.

63 Zie Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 37.

64 Overigens volgt niet in alle gevallen dat niet wordt voldaan aan een eis tot machtiging of toestemming nietigheid. Zie HR 19 oktober 2001, JOR 2002/1 (*Stichting Het Utrechts Monumentenfonds*), m.nt. Blanco Fernández. Zie in het bijzonder overweging 2.20 in de conclusie van de Advocaat-generaal E.M. Wesseling-van Gent: 'Schending van de statutaire beperking van het nemen van besluiten heeft op grond van art. 2:14 lid 1 BW tot gevolg dat het desbetreffende besluit nietig is, alsmede dat het bestuur bij de op dat besluit gebaseerde rechtshandeling op grond van art. 2:292 lid 3 BW niet vertegenwoordigingsbevoegd was. Een beroep hierop kan ingevolge art. 2:292 lid 3 BW alleen worden gedaan door de stichting. Van belang is evenwel dat in het geval de statuten voor het nemen van een besluit de machtiging of toestemming van een ander – een ander orgaan van de rechtspersoon of een buitenstaander – voorschrijven, schending van dit voorschrift alleen dan tot nietigheid leidt indien het gaat om machtiging of toestemming vooraf. Het niet nakomen van een statutaire eis van toestemming achteraf heeft geen nietigheid van het besluit ten gevolge, doch staat slechts de uitvoering ervan in de weg totdat die toestemming is verkregen.' En voorts in geval het een besluit zou betreffen dat vooraf goedkeuring vereiste (r.o. 2:22): 'Voor zover art. 11 van de statuten toestemming vooraf vereist, kan het onderdeel evenmin slagen. Het gaat dan immers om een statutair voorschrift dat voor het nemen van een besluit een voorafgaande handeling van een ander voorschrijft. Een besluit dat met schending van een dergelijk voorschrift is genomen, is ingevolge art. 2:14 lid 1 BW nietig, maar kan ingevolge art. 2:14 lid 2 BW nog door die ander worden bekrachtigd.'

Indien de overheid als *buitenstaander* het recht heeft om bepaalde besluiten te nemen, vallen deze niet onder artikel 2:14 BW. Huizink meent dat een besluit van een buitenstaander ook via de regels van nietigheid en vernietigbaarheid van de artikelen 2:14-16 BW kan worden aangetast bij schending van statutaire of wettelijke voorschriften.⁶⁵ Hoewel de buitenstaander mijns inziens echter geen orgaan is, zal de geldigheid van een door hem genomen besluit – op grond van wetsystematische redenen en het oogpunt van rechtsbescherming – toch onder de regels van de artikelen 2:14-16 BW moeten vallen via analoge redenering.⁶⁶ Een andere zienswijze zou het onwenselijke gevolg kunnen hebben dat geen sanctie van nietigheid op een door een wethouder genomen besluit kan volgen.⁶⁷ Niet alleen zou artikel 2:14 BW in dat geval niet van toepassing zijn, maar ook de publiekrechtelijke regeling zou niet van toepassing zijn op grond van artikel 3:1 lid 2 Awb. Ik kom hierop terug in hoofdstuk 3.

De nietigverklaring kan de mogelijkheid bieden om de gevolgen van het nietige besluit weg te nemen. Dit verleent een bepaalde mate van controle, zij het achteraf. Bepaalde gevolgen zullen bezwaarlijk terug zijn te draaien zonder schade te berokkenen aan derden. Daarbij komt dat de overheid mijns inziens ook in deze situatie aan bepaalde (bestuursrechtelijke) normen zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gebonden is, waardoor het wellicht lastig is om gebruik te maken van deze mogelijkheid. Bij de toelaatbaarheid van een beroep door de overheid als buitenstaander op de artikelen 2:14-16 BW moet worden meegewogen of de derde uit de statuten of wet kon opmaken dat er sprake kon zijn van een nietig of vernietigbaar besluit. Overigens moet worden opgemerkt dat (bodem)procedures op basis van deze bepalingen in de praktijk niet vaak voorkomen,⁶⁸ maar in geval van een overheidsonderneming ook niet geheel ondenkbaar zijn. Denk aan de hoog opgelopen me-

65 Zie J.B. Huizink (*Rechtspersonen*), art. 2:14 BW, aant. 3. waar het begrip buitenstaander wordt gebruikt.

66 Het begrip orgaan kan in sommige wettelijke bepalingen gelet op de context waarin de term is gebezigd en gelet op de wetsgeschiedenis een andere, ruimere betekenis hebben. Zie Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 37. Anders Huizink, die de redenering van Van Schilfgaarde volgt. Wanneer bepaalde besluiten zijn onderworpen aan de goedkeuring van anderen, ziet hij deze anderen als orgaan in de zin van de art. 2:14-16 BW. Zie J.B. Huizink (*Rechtspersonen*), art. 2:14 BW, aant. 3.

67 Overigens zou de geldigheid van een dergelijk besluit van de overheid, niet zijnde een orgaan, eventueel kunnen worden aangetast wegens onrechtmatigheid of strijd met de redelijkheid en billijkheid. Zie Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 37. Anders Huizink die rechtstreekse toepasselijkheid van art. 2:14 BW aantrekkelijker acht, zie J.B. Huizink (*Rechtspersonen*), art. 2:14 BW, aant. 3. In deze zin ook P.L. Dijk en T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2007, p. 75.

68 Zie J.B. Huizink (*Rechtspersonen*), art. 2:14 BW, aant. 2. Als al een beroep wordt gedaan op deze bepaling is het veelal in kortgedingprocedures. Zie Rb. Almelo 22 oktober 2003, *JOR* 2003, nr. 279 m.nt. G.J.C. Rensen (*Gelink*) en Rb. Assen 22 september 1998, *JOR* 1999, nr. 5 (*Spijksmaal*).

ningsverschillen tussen de gemeente Amsterdam en de Staat met betrekking tot hun deelnemingen in NV Luchthaven Schiphol.⁶⁹

3 DE OVERHEIDSONDERNEMING IN PRIVAATRECHTELIJKE RECHTSPERSONEN

3.1 Belang van rechtspersoonlijkheid voor de overheidsonderneming

Hierboven is ingegaan op het onderscheid tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen. Alvorens nader in te gaan op de afzonderlijke privaatrechtelijke rechtspersonen, komt in deze paragraaf het belang van een eigen (van de Staat afzonderlijke) rechtspersoonlijkheid aan de orde.

Reeds in 1970 worden door Simons motieven omschreven op grond waarvan een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid – hetzij publiekrechtelijk, hetzij privaatrechtelijk – voor de overheidsonderneming wenselijk werd geacht.⁷⁰ Hij noemt als motieven de algemene verzelfstandigingsdrang, een grotere bewegingsvrijheid ten aanzien van het personeelsbeleid, het financieringsbeleid en vermindering van toezicht en controle.⁷¹

De wens om een overheidsonderneming te drijven in een rechtspersoonlijkheid bezittende organisatie hangt nauw samen met artikel 2:5 BW. Op grond van artikel 2:5 BW wordt de rechtspersoon voor het vermogensrecht gelijkgesteld met een natuurlijk persoon: een rechtspersoon is aldus drager van vermogensrechtelijke rechten en plichten. Het vermogen van een rechtspersoon behoort toe aan de rechtspersoon zelf en niet aan de aandeelhouders of leden. Indien de wens bestaat om een bepaalde dienst buiten de Rijksbegroting te plaatsen, is het uitvoeren van deze dienst door een rechtspersoon een wijze om financiële onafhankelijkheid te bewerkstelligen. Het vermogen van een in een afzonderlijke rechtspersoon ondergebrachte overheidsonderneming behoort namelijk in beginsel niet toe aan de (Rijks)overheid.⁷²

⁶⁹ Zie hiervoor nader hoofdstuk 6.

⁷⁰ Zie D. Simons, 'De rechtsvormen van de overheidsonderneming', *WPNR* 1970/5067, p. 71-72.

⁷¹ Daarnaast kunnen er ook bijzondere motieven bestaan. Zie D. Simons, 'De rechtsvormen van de overheidsonderneming', *WPNR* 1970/5067, p. 72, geeft het voorbeeld van de door de Staat afgegeven waarborg voor de terugbetaling van de bij de Rijkspostspaarbank ingeleigde gelden: 'Zulk een waarborg zou juridisch geen betekenis hebben, wanneer zij niet betekenis zou hebben op een andere rechtspersoon dan de Staat.'

⁷² Zo wordt het saldo van overheidsondernemingen bij het EMU-saldo en de EMU-schuld betrokken, voor zover deze ondernemingen deel uitmaken van de sector overheid. Of dit het geval is wordt door het CBS beoordeeld van geval tot geval. Vergelijk het antwoord van de minister van Financiën met betrekking tot overheidsstichtingen, *Kamerstukken II* 2010/11, 31 887, nr. 6, p. 10. De (waarde van de) aandelen maken wel deel uit van het vermogen van de overheid.

Deze gelijkstelling met de natuurlijke persoon is overigens niet onbeperkt. Er is een wettelijke beperking: gelijkstelling is mogelijk 'tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit'.⁷³ Een voor de overheidsonderneming relevant voorbeeld vinden we in artikel 2:250 BW. Een rechtspersoon kan op grond van dit artikel geen commissaris in de raad van commissarissen zijn. De overheid kan derhalve niet zelf commissaris zijn, slechts de benoeming door de overheid van een natuurlijk persoon als commissaris behoort tot de mogelijkheden.⁷⁴

De ratio achter de keuze voor een eigen rechtspersoonlijkheid, in het bijzonder de privaatrechtelijke, is in de loop der jaren nauwelijks veranderd. Met het oog op een eventuele toekomstige (volledige) verkoop van ondernemingen die in overheidshanden zijn, is in veel gevallen voor de privaatrechtelijke kapitaalvennootschapsvorm gekozen. Ook wordt als argument voor de privaatrechtelijke boven de publiekrechtelijke rechtsvorm vaak efficiëntie gehoord.⁷⁵ Een ander voordeel is dat het eventueel negatieve vermogen van een privaatrechtelijke rechtspersoon anders dan dat van een publiekrechtelijke rechtspersoon in beginsel niet op de overheidsbegroting staat.⁷⁶ Bovendien is zeker mede bepalend voor decentrale overheden dat zij zelf geen publiekrechtelijke rechtspersoon bij wet kunnen oprichten.⁷⁷ Simons stelt dat in sommige gevallen de voorkeur voor de privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid voortkwam uit een praktische noodzaak (tekortkomingen van de wettelijke bepalingen omtrent gemeenschappelijke regelingen). In andere gevallen werd deze voorkeur volgens Simons ingegeven door een historisch aldus gegroeide situatie:

'Wanneer de Staat aandelen verwierf van reeds bestaande naamloze vennootschappen die een bedrijf uitoefende, werd in het algemeen wenselijk geacht die bestaande rechtsvorm te handhaven. Dat is geschied bij de overneming van de aandelen van de spoorwegmaatschappijen en bij die van de N.V. Nederlandsche Bank.'⁷⁸

Ook bij de nationalisering van Fortis NV en ABN-AMRO NV door de Nederlandse Staat in 2008 bleef de vennootschapsvorm gehandhaafd. Hier speelde ook mee

73 Zo is het recht op bewoning van art. 3:226 BW specifiek op natuurlijke personen toegespitst en heeft de informele vereniging bijvoorbeeld beperkte rechtsbevoegdheid.

74 Zie hoofdstuk 4.

75 Zie ook *Privaatrechtelijke taakbeartiging door centrale overheden. Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door provincies, gemeenten en waterschappen*, Rapport in opdracht van het ministerie van Justitie, Den Haag 2006, p. 25. Overigens ligt in dit laatste rapport de nadruk met name op de mogelijkheid van samenwerking met particuliere partijen en veel minder op de optie van privaatrechtelijke rechtsvorm als een instrument om een onderneming met een zeker publiek belang in te drijven.

76 Dit was in de jaren negentig van de vorige eeuw een van de hoofdredenen om privaatrechtelijke rechtspersonen te bezigen opdat werd voldaan aan de in hoofdstuk 1 genoemde EMU-normen.

77 Art. 2:1 lid 2 BW.

78 Zie D. Simons, 'De rechtsvormen van de overheidsonderneming', *WPNR* 1970/5067, p. 72.

dat overheidsdeelname slechts tijdelijk werd beoogd.⁷⁹ Over de maximale duur van een dergelijke tijdelijke deelneming bestaat geen consensus. Het tijdelijke aspect kan aantrekkelijk zijn, zoals de nationalisatie van ABN-AMRO NV aantoonde (in 2013 bestaat nog geen duidelijkheid ten aanzien van terugtrekking door de overheid).⁸⁰

In de praktijk blijkt ook bij de leiding van de overheidsonderneming⁸¹ een voorkeur te bestaan voor de privaatrechtelijke rechtsvorm. Motieven voor het gebruik van de privaatrechtelijke rechtsvorm boven een publiekrechtelijke variant kunnen zijn de snelheid en gemak van oprichting, flexibiliteit, de reductie van het aantal ambtenaren, een verminderde noodzaak tot detailbemoediging met de taakuitvoering, het ontkomen aan toezicht, controle en verantwoording, een beoogde samenwerking met particulieren en een zekere onafhankelijkheid van het (beleids)ministerie.⁸²

In beginsel heeft de wetgever echter een voorkeur voor publiekrechtelijke rechtsvormen. Dit komt reeds bij de parlementaire behandeling van de Provinciewet 1962 naar voren.⁸³ Maar hoewel tijdens de behandeling van de Provinciewet 1992 deze voorkeur nogmaals wordt uitgesproken, wordt de privaatrechtelijke rechtsvorm niet uitgesloten:

‘In het algemeen verdient het dan ook de voorkeur dat het openbaar belang wordt behartigd langs de daarvoor geëigende, publiekrechtelijke weg. Publiekrechtelijke rechtsvormen zijn onderworpen aan de regels van het publiekrecht, zoals bijvoor-

79 Het tijdelijk karakter van de staatsdeelnemingen in Fortis Bank Nederland, ASR, Fortis Corporate Insurance en RFS Holdings (de Staat heeft het Fortis-deel in deze holding waarin ABN AMRO), heeft altijd voorop gestaan. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 12. Zie ook nader de brief van de minister van Financiën aan de Tweede Kamer van 24 januari 2011 over het exitbeleid van financiële deelnemingen, *Kamerstukken II* 2010/11, 28 165, nr. 117.

80 De lijsttrekker van de Partij van de Arbeid stelde zelfs voor ABN-AMRO voor 50% in overheidshanden te houden. Zie *De Volkskrant* 15 augustus 2012, ‘PvdA wil ABN Amro in overheidshanden houden’.

81 Zie par. 5.3 hoofdstuk 1, en voorts D. Simons, ‘De rechtsvormen van de overheidsonderneming’, *WPNR* 1970/5067, p. 73 over de situatie in 1970. Maar ook tegenwoordig bestaat bij de leiding van overheidsondernemingen de wens om een zo groot mogelijk autonomie te bereiken hetgeen kan worden bewerkstelligd door het verkrijgen van een eigen identiteit en derhalve rechtspersoonlijkheid. Zie Cerfontaine – toenmalig president-directeur van NV Luchthaven Schiphol – die ondanks de naamloze vennootschapsvorm meer vrijheid wenselijk acht, in *Schiphol Group Jaarverslag 2007*, p. 7: ‘Wij blijven het jammer vinden dat na de beursgang ook de geplande onderhandse plaatsing door de Staat van een minderheidsbelang in Schiphol Group niet is doorgegaan.’ Ook de huidige minister van Financiën zei vlak na de (aanvankelijk plannen tot gedeeltelijke) nationalisatie dat de overheid niet zelf voor bankier moet spelen na vragen over de bedrijfsvoering.

82 Deze zijn dezelfde als de motieven voor de oprichting van de overheidsstichting. Zie Algemene Rekenkamer, ‘Zicht op overheidsstichtingen 2011’, *Kamerstukken II* 2010/11, 31 887, nr. 4, p. 12 en de aldaar genoemde literatuur.

83 Zie *Handelingen II* 1958/59, 5460, nr 5, p. 13.

beeld de regels vastgelegd in de Provinciewet en de Wet gemeenschappelijke regelingen. Hierin zijn bepaalde waarborgen opgenomen voor het gebruik van bevoegdheden, besluitvormingsstructuren, beïnvloedingsmogelijkheden, repressief toezicht, democratische controle en openbaarheid. Bij privaatrechtelijke rechtsvormen gelden deze waarborgen niet. Daarom moet de privaatrechtelijke rechtsvorm wel bijzonder aangewezen worden geacht voor de behartiging van een bepaald openbaar belang, wil deze in aanmerking kunnen komen.⁸⁴

In de praktijk blijkt ongeacht de voorkeur voor de publiekrechtelijke rechtspersoon, regelmatig te worden gekozen voor de oprichting van privaatrechtelijke rechtspersonen.⁸⁵ De motivering voor de keuze van privaatrechtelijke rechtspersonen is volgens sommigen betrekkelijk. Zo wordt voor provincies en gemeenten gesteld dat:

‘Uit het onderzoek naar de argumenten die gemeenten en provincies aandragen voor de privaatrechtelijke taakbehartiging is gebleken dat deze over het algemeen beperkt, vrij algemeen en oppervlakkig zijn. Door diverse provincies is aan[ge]geven dat soms de indruk bestaat dat gemeenten hun motivering toeschrijven naar een reeds gemaakte keuze voor een bepaalde rechtsvorm.’⁸⁶

Indien een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid wenselijk wordt geacht, is een voorkeur voor een privaatrechtelijke rechtsvorm in het geval het een hoofdzakelijk in het economisch verkeer werkzame onderneming betreft, mijns inziens echter begrijpelijk. Dit kan anders zijn wanneer het een met openbaar gezag beklede instelling, met een hoofdzakelijk publiekrechtelijke taak die niet binnen het economisch verkeer opereert, betreft. Dat hier sprake is van een grijs gebied kan worden geïllustreerd aan de hand van de oprichting van de DNB NV. Mede vanwege de door de privaatrechtelijke rechtsvorm nog sterker benadrukte onafhankelijkheid werd het gebruik van de naamloze vennootschapsvorm geprefereerd.⁸⁷

3.2 De oprichtende overheid en de tweewegenleer

Aanvankelijk werd aangenomen dat de overheid in beginsel de vrijheid had om te kiezen voor het gebruik van privaatrechtelijke dan wel publiekrechtelijke middelen bij de behartiging van het algemeen belang op basis van de gemene

84 Zie *Kamerstukken II 1988/89*, 19 836, nr. 9, p. 105-107.

85 Zie het rapport *Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden. Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door provincies, gemeenten en waterschappen* (Rapport in opdracht van het ministerie van Justitie), Den Haag, december 2006, p. 8.

86 Zie het rapport *Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden. Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door provincies, gemeenten en waterschappen* (Rapport in opdracht van het ministerie van Justitie), Den Haag, december 2006, p. 25.

87 Zie D. Simons, ‘De rechtsvormen van de overheidsonderneming’, *WPNR* 1970/5067, p. 72.

rechtsleer, op grond waarvan het privaatrecht het uitgangspunt was.⁸⁸ Deze gemene rechtsleer werd opgevolgd door de tweewegenleer. De wettelijke grondslag voor de tweewegenleer kan worden gevonden in de artikelen 2:1 en 2:5 BW, waaruit blijkt dat de Staat en decentrale overheden als rechtspersoon gelijk worden gesteld met natuurlijke personen wat betreft het vermogensrecht.⁸⁹ De gemengdheid van publiek- en privaatrecht volgt uit wederzijdse schakelbepalingen.⁹⁰ De Hoge Raad liet het openbaar bestuur – ondanks de geclausuleerde beperking van de keuzemogelijkheid, vanwege een algemene terughoudendheid wat betreft het beoordelen van bestuursdaden – veel ruimte om beleid te voeren.⁹¹ Het werd het openbaar bestuur derhalve toegestaan naar goeddunken ofwel de publiekrechtelijke, ofwel de privaatrechtelijke weg te bewandelen en het gegeven dat met de publiekrechtelijke weg eenzelfde resultaat kon worden bereikt was geen factor die meewoog bij de vraag naar de beperking van de keuzemogelijkheid. De marginale toetsing heeft echter plaatsgemaakt voor een strengere, inhoudelijke toetsing.

Naar aanleiding van veel gehoorde kritiek op de tweewegenleer die gezegd (te)veel ruimte toestond waardoor misbruik⁹² van privaatrecht kon worden gemaakt en derhalve schending van het *détournement de pouvoir* principe kon plaatsvinden, heeft de Hoge Raad nuancerings aangebracht op de

88 Deze gemene rechtsleer veronderstelde dat het privaatrecht steeds het gemene recht zou zijn, ook voor de overheid. Zie P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, deel 2: Bestuurshandelingen en waarborgen*, Deventer: Kluwer 1998, p. 138.

89 Zie W.J.J. Beurskens, *De Hoge Raad en de twee-wegenleer* (Ars Aequi Cahiers Privaatrecht deel 6), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 11.

90 Een voorbeeld hiervan is art. 3:59 BW dat enkele algemene vermogensrechtelijke bepalingen buiten het vermogensrecht van overeenkomstige toepassing verklaart voor zover de aard van de rechtshandeling of de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Andere schakelbepalingen zijn de artikelen 3:14, 3:15, 3:79 en 3:326 BW en art. 3:1 lid 2 Awb. Zie W.J.J. Beurskens, *De Hoge Raad en de twee-wegenleer* (Ars Aequi Cahiers Privaatrecht deel 6), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 40. Zie in die zin ook S.A. Stevens, *De belaste overheid* (Fiscale monografieën 109), Deventer: Kluwer 2003, p. 83.

91 Zie W.G. Huijgen, *Aansprakelijkheid van de overheid. Graadmeter voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1991, p. 61.

92 De instrumentele functie van het recht die wordt verdedigd door Scheltema ondervindt kritiek van Tak en De Haan, omdat deze kan leiden tot misbruik van het privaatrecht. Zie P. de Haan, *Het moderne bestuursrecht en de verhouding publiek-/privaatrecht* (Preadvies voor de christen juristenvereniging), Den Haag: SDU 1998, p. 6. Het misbruik zou onder andere kunnen bestaan in de wens om de hogere bescherming van publiekrechtelijke regels in verhouding tot de onder het privaatrecht gebonden bescherming te omzeilen. Zo zou de keuze voor een privaatrechtelijke rechtspersoon boven een publiekrechtelijke ingegeven kunnen zijn door de wens om personeel niet als ambtenaar aan te willen stellen. Zie in die zin B. de Goede en M. Troostwijk, *Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen* (Preadvies algemene vergadering 18 mei 1956, Geschriften van de Vereniging voor administratief recht), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink NV 1956, p. 7.

tweewegenleer in het Windmill arrest.⁹³ De Hoge Raad hecht meer waarde aan het exclusieve karakter van publiekrechtelijke bevoegdheden. Indien een publiekrechtelijke bevoegdheid een exclusief karakter heeft, sluit dit het gebruik van de privaatrechtelijke weg af.⁹⁴ De in het Windmill arrest aangebrachte nuancerings op de tweewegenleer, houdt in dat de privaatrechtelijke weg is toegestaan, mits deze de publiekrechtelijke weg niet doorkruist.⁹⁵ Dit gaat sommigen, zoals Stroink, nog niet ver genoeg.⁹⁶

Interessant is de vraag hoe de wettelijke regeling voor wat betreft de oprichting van privaatrechtelijke rechtspersonen zich verhoudt tot deze in de jurisprudentie ontwikkelde tweewegenleer, in het bijzonder in het kader van de vraag

93 Hoewel eerdere uitspraken al wezen op een veranderde opvatting wordt het Windmill arrest algemeen aangegrepen als omslagpunt. HR 26 januari 1990, NJ 1991, nr. 393 m.nt. M. Scheltema (*Windmill arrest*). Zie voor een opsomming van eerdere uitspraken die reeds tornden aan de oorspronkelijk zeer ruime tweewegenleer W.G. Huijgen, *Aansprakelijkheid van de overheid. Graadmeter voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1991, p. 67-68. De tweewegenleer in de zin van vrije toepassing van het privaatrecht voor publieke doeleinden ondergaat ten minste vijf beperkingen, welke niet allen uit het Windmill arrest volgen, namelijk: algemene beginselen van behoorlijk bestuur; doorkruisingsleer van de HR; algemene rechtsbeginselen uit het BW; toepassing Awb op privaatrechtelijke handelingen; en bijzondere wet- en regelgeving. Zie P. de Haan, *Publiek- en Privaatrecht; overheidsbeleid en recht*, Deventer: Kluwer 2002. De mogelijkheid tot misbruik moet worden verminderd door de volgende vijf beperkingen. In art. 3:14 BW is het verbod op het gebruik door de overheid van privaatrechtelijke bevoegdheden als dat strijd oplevert met de geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht vervat. Art. 3:1 lid 2 Awb bepaalt dat publiekrechtelijke besluitvormingsprocedures op 'privaatrechtelijk' overheidshandelen van toepassing is. Verder heeft de Hoge Raad de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook van toepassing verklaard op situaties waarin de overheid gebruik maakt van het privaatrecht en geldt zoals in de hoofdtekst is uitgewerkt een verbod van doorkruising van het publiekrecht door het gebruik van privaatrecht. Ook heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State overheidsprivaatrecht steeds meer tot haar jurisdictie gerekend door het toepassen van algemene rechtsbeginselen. Zie P. de Haan, *Recente ontwikkelingen in de verhouding publiek-/privaatrecht*, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen 1999, p. 19.

94 Zie het rapport *Privaatrechtelijke taakbeartiging door decentrale overheden. Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door provincies, gemeenten en waterschappen* (Rapport in opdracht van het ministerie van Justitie), Den Haag, december 2006, p. 14.

95 Zie tevens HR 9 juli 1990, NJ 1991, 394 (*De Pina/Helmond*) waarin de Hoge Raad overwoog dat de regeling in de Woonwagenwet met het oog op de bescherming van de belangen van woonwagenbewoners op onaanvaardbare wijze doorkruist zou worden indien op basis van privaatrecht (ontruiming op basis van het eigendomsrecht) gehandeld zou worden, omdat dan geen toestemming van gedeputeerde staten vereist zou zijn. In HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691 (*Kunst- en Antiekstudio Lelystad BV/Lelystad*) overwoog de Hoge Raad dat het in een privaatrechtelijke overeenkomst opnemen van voorwaarden ten aanzien van grondgebruik geen onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht inhield, aangezien het preventief toezicht op gemeentelijke onroerend goedtransacties was afgeschaft en gemeenten op dit gebied veel vrijheid was gelaten.

96 Stroink staat een volledige verlating van de tweewegenleer voor. Indien een publiekrechtelijke weg bestaat, moet deze worden gevolgd. Zie F.A.M. Stroink, *De groei en bloei van het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu Uitgever 2006, p. 6-7.

of er sprake is van onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht. Wat betreft het oordeel of sprake is van doorkruising moet onderscheid worden gemaakt tussen de Staat en de decentrale overheden. Aan de hand van vereisten voorafgaande aan de oprichting van of deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen door de Staat en decentrale overheden, moet worden bezien in hoeverre de genuanceerde tweewegenleer ruimte laat te kiezen voor privaatrechtelijke rechtspersonen ter uitvoering van publieke taken. In hoeverre het bestuursrecht op de privaatrechtelijke overheidsonderneming van toepassing is, komt aan de orde in hoofdstuk 3.

Wat formele vereisten betreft, geldt voor de Staat dat alvorens hij kan overgaan tot oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon, op grond van de Comptabiliteitswet 2001, een mededeling van dat voornemen aan de beide Kamers vereist is. Artikel 34 lid 1 Comptabiliteitswet luidt:

‘Het oprichten of mede-oprichten, dan wel het doen oprichten van een privaatrechtelijke rechtspersoon door de Staat zal niet eerder plaatsvinden dan 30 dagen, nadat van het voornemen daartoe door Onze betrokken Minister, in overeenstemming met het oordeel van de ministerraad, schriftelijk mededeling is gedaan aan de Staten-Generaal.’⁹⁷

Binnen deze dertig dagen termijn kunnen beide Kamers nadere inlichtingen vragen. De oprichting van de rechtspersoon zal niet eerder plaatsvinden dan nadat deze inlichtingen zijn verstrekt.⁹⁸ Mede naar aanleiding van deze gegevens kan een van de Kamers van de Staten-Generaal oordelen dat de oprichting van de desbetreffende rechtspersoon voorafgaande machtiging bij wet behoeft.⁹⁹ In deze machtigingswet kan worden voorzien in een afwijking van het rechtspersonenrecht. Niet alleen de oprichting, maar ook de deelneming door de Staat in een naamloze of besloten vennootschap dient schriftelijk te worden medegedeeld aan de Staten-Generaal.¹⁰⁰

97 Op grond van het tweede lid wordt bovendien overleg gevoerd met de Algemene Rekenkamer over de voorgenomen rechtshandeling. De Algemene Rekenkamer toetst in haar advies of de Algemene rekenkamer taken/bevoegdheden heeft bij de op te richten stichting en of het toezicht en de verantwoording deugdelijk zijn geregeld. Zie Algemene Rekenkamer, ‘Zicht op overheidsstichtingen 2011’, *Kamerstukken II* 2010/11, 31 887, nr. 4, p. 13.

98 Art. 34 lid 3 Comptabiliteitswet.

99 Tot de wijziging van de Comptabiliteitswet in 1998 was een dergelijke machtiging voor de oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon de regel. Zie art. 34 Comptabiliteitswet (oud).

100 Zie art. 34 lid 5 Comptabiliteitswet: ‘Deelneming door de Staat in een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, waarvan de Staat ten minste 5% van het geplaatste aandelenkapitaal houdt dan wel door die deelneming zal verkrijgen, zal, indien daarmee een groter financieel belang is gemoeid dan een door Onze Minister van Financiën vast te stellen bedrag, niet eerder plaatsvinden dan 30 dagen nadat van het voornemen daartoe aan de Staten-Generaal schriftelijk mededeling is gedaan.’ Ook hier kan een van de Kamers, na inlichtingen, een machtigingswet eisen aangezien art. 34 lid 3 en 4 Comptabiliteitswet van overeenkomstige toepassing verklaard worden in lid 5.

Bij de oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon door de Staat, volstaat derhalve in beginsel een schriftelijke mededeling aan de Staten-Generaal. Bij de oprichting van, of deelneming in een privaatrechtelijke rechtsvorm door de Provincie, is op grond van artikel 158 lid 3 van de Provinciewet de goedkeuring van de minister van Binnenlandse Zaken vereist.¹⁰¹ De minister kan zijn goedkeuring slechts onthouden 'wegens strijd met het recht of het algemeen belang.'¹⁰² Voor de oprichting van, of deelneming in een privaatrechtelijke rechtsvorm door een gemeente geldt op grond van artikel 160 van de Gemeentewet een soortgelijke regeling, waarbij goedkeuring door Gedeputeerde Staten vereist is.

Overigens kan een besluit tot oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon door een provincie of een gemeente op grond van lid 2 van respectievelijk artikel 158 Provinciewet en 160 Gemeentewet alleen worden genomen:

'...indien dat in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang.'

De eis dat de privaatrechtelijke vorm in het bijzonder moet zijn aangewezen, houdt mijns inziens echter nog geen afwijking van de genuanceerde tweewegenleer in en sluit het gebruik derhalve niet geheel op voorhand uit.¹⁰³ Ik ben met Troostwijk eens dat in het algemeen niet kan worden gezegd dat waar een publiekrechtelijke vorm voorhanden is, de bescherming van de burger meebrengt dat die vorm moet worden gehanteerd.¹⁰⁴ Zolang er geen strijd is met de positieve wetbepaling, en/of het doel en de strekking van de regeling – hetgeen van geval tot geval zal moeten worden bekeken – is er geen sprake van misbruik van het recht.¹⁰⁵ Indien daarnaast de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht worden genomen, is er geen reden om het openbaar bestuur niet de vrije keus tussen de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke vorm te laten. Mijns inziens kan het gebruik van de privaatrechtelijke vorm te laten.

101 De rol van de minister van Binnenlandse zaken (en voor de gemeenten, de Gedeputeerde Staten) is niet onbegrijpelijk in het licht van zijn verantwoordelijkheid voor de inrichting van het bestuursapparaat, hoewel gezien de centrale rol van de minister van Financiën ten aanzien van het deelnemingenbeleid, mijns inziens afstemming van de verschillende publieke belangen door dit departement mij wellicht meer in de rede ligt.

102 Art. 158 lid 3 Provinciewet.

103 Zie W.G. Huijgen, *Aansprakelijkheid van de overheid. Graadmeter voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1991, p. 72.

104 Zie reeds B. de Goede en M. Troostwijk, *Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen* (Preadviezen algemene vergadering 18 mei 1956. Geschriften van de Vereniging voor administratief recht), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink&zoon NV 1956, p. 70-71.

105 Zie HR 26 januari 1990, NJ 1991, nr. 393 m.nt. M. Scheltema (*Windmill arrest*).

rechtelijke rechtspersoon als overheidsonderneming zijn toegelaten.¹⁰⁶ Ook uit het in hoofdstuk 1 besproken deelnemingenbeleid, blijkt dat de minister niet afwijzend staat tegenover het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen, mits het aandeelhouderschap van de overheid waarde toevoegt.¹⁰⁷ Of het gebruik in concreto is toegelaten, hangt – zoals iedere toetsing aan de tweewegenleer – af van de omstandigheden van het geval.

De inkleuring van de omstandigheden kan, naast bovengenoemde formele vereisten, geschieden aan de hand van de zes door Schreuder geformuleerde beoordelingsmaatstaven bij privaatrechtelijke verzelfstandiging via de vennootschapsvorm ter uitvoering van een publiekrechtelijke taak.¹⁰⁸ De eerste beoordelingsmaatstaf is dat niet voor taakverrichting door een privaatrechtelijke rechtspersoon moet worden gekozen, wanneer de overheid een dermate invloed wil behouden dat deze leidt tot denaturering van de aard van de private rechtspersoon. Dit houdt in dat de specifieke institutionele vormgeving van privaatrechtelijke rechtspersonen grotendeels moet worden gerespecteerd. Mijns inziens hoeft dit niet te betekenen, dat geen rekening kan worden gehouden met het publiek belang als leidraad in vennootschapsrechtelijke verhoudingen. De overheid kan gebruik maken van de mogelijkheden die Boek 2 BW bijvoorbeeld elke aandeelhouder – zo ook de overheid – biedt, zij het dat de inachtneming van publiekrechtelijke normen en Europeesrechtelijke normen kan inhouden, dat de overheid als aandeelhouder een minder grote vrijheid heeft haar invloed te institutionaliseren door bijvoorbeeld stemovereenkomsten af te sluiten. Rekening houdende met het karakter van de desbetreffende rechtsvorm, kunnen echter wel degelijk bijzonderheden om de publieke taakuitvoering te garanderen in het vennootschapsrechtelijke weefsel worden geïntegreerd, zoals bijvoorbeeld de opname van het te behartigen publieke belang in de doelstelling. Hierover volgt meer in paragraaf 2.2 van hoofdstuk 4.

Samenhangend met deze eerste beoordelingsmaatstaf, stelt Schreuder ten tweede dat de opgedragen taak zich moet verdragen met een winststreven. De overheidsonderneming in vennootschapsvorm zal over het algemeen een winststreven hebben, zij het dat deze mijns inziens achtergesteld moet worden bij het te behartigen publieke belang. De overheid streeft ernaar als aandeelhouder te besluiten over de bestemming van de winst en eventuele uitkeringen ten laste van de reserves.¹⁰⁹ Mijns inziens zou deze sturingsmogelijkheid

106 Zie ook *Handelingen II* 1958/59, 5460, nr. 5, p. 13: 'het gaat te ver het gebruik van de privaatrechtelijke vorm uit te sluiten in gevallen waarin de publiekrechtelijke weg wel mogelijk is, doch de andere weg verre de voorkeur verdient.'

107 Zie het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 8.

108 Zie C.A. Schreuder, *Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen. Verzelfstandiging en privatisering in de vorm van vennootschappen en stichtingen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994, p. 406-411.

109 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 6.

moeten worden gebruikt om de winstuitkering in overeenstemming te laten zijn met de behartiging van het publiek belang. De winstuitkering zou gemaximeerd moeten worden, aangezien dit beter overeenstemt met het deels publieke karakter van de onderneming. Passend bij publieke taakuitvoering, is dat winstbehaling niet voorop staat. Hoewel de aandeelhouders van de overheids-onderneming in een kapitaalvennootschap derhalve mogen verwachten dat er winstuitkering plaatsvindt, overeenstemmend met een redelijke vergoeding voor het verschaft kapitaal, zal de winstuitkering in de overheids-onderneming aangepast moeten worden aan het karakter van de publieke dienst die zij verleent. Deze beperking doet geen afbreuk aan de vennootschapsvorm en laat ruimte voor de vormgeving van publieke taakbehartiging in de vennootschapsvorm. Een bedrijfsmatige uitvoering hoeft immers niet te betekenen dat winstmaximalisatie als enige prioriteit voorop wordt gesteld.

De derde beoordelingsmaatstaf dat geen neventaken dienen te worden opgedragen die spanning veroorzaken tussen het belang van de vennootschap en een adequate publiekrechtelijke taakuitvoering, lijkt voor de hand te liggen. Zolang dergelijke taken op grond van een wettelijke basis worden opgelegd en de aldus opgelegde verplichtingen evenzeer gelden voor eventueel aanwezige concurrerende private ondernemingen, lijkt deze maatstaf mijns inziens geen belemmering op te werpen. Schreuder noemt als voorbeeld de voorlichtingstaak van energiebedrijven om energieverbruik te reduceren. Dat dergelijke voorlichting tot een lagere omzet leidt, hoeft niet te betekenen dat deze taak niet op grond van het publiek belang aan een energiebedrijf kan worden opgelegd en dat dit strijd oplevert met het vennootschapsbelang. Bepaalde dienstverleningen, kunnen verplichtingen met zich meebrengen in naam van het desbetreffende publieke belang zoals ook telecomaanbieders de verplichting om telefoongidsen te verspreiden kan worden opgelegd.¹¹⁰ Deze neventaken lijken derhalve eerder een brug tussen het vennootschapsbelang en de publieke taak te vormen, dan een reden om de publieke taak niet middels commerciële bedrijfsvoering uit te (laten) voeren.

De vierde maatstaf luidt: 'Voor de situatie dat een voor de uitvoering van een bepaalde publiekrechtelijke taak opgerichte privaatrechtelijke organisatie naast de publiekrechtelijke taak neventaken op zich neemt, dient (in de statuten) de verhouding tussen deze taken zodanig te zijn geregeld, dat de publiekrechtelijke taak de hoofdtak van de organisatie is en blijft.'¹¹¹ Aldus is vereist

110 Zie art. 7.5 jo art. 18.10 Telecommunicatiewet en Huisjes 2009 (*T&C Telecommunicatierecht*), art. 7.5, aant. 1.

111 Wat betreft de strategie van staatsdeelnemingen geldt dat deze het publieke belang van de deelneming moet ondersteunen. Dit betekent niet dat de strategie van de deelneming uitsluitend beperkt is tot de directe realisatie van het met de deelneming gemoeide publieke belang. Aanvullende activiteiten zijn mogelijk zolang deze (de borging van) het publieke

dat bij de belangenafweging in het vennootschapsrechtelijke kader prioriteit kan worden gegeven aan het publieke belang. In paragraaf 4.2.3. van hoofdstuk 4 wordt beargumenteerd dat dit mijns inziens mogelijk is. Ik kom in hoofdstuk 8 terug op de concrete invulling van deze maatstaf.

De vijfde maatstaf houdt het volgende in: 'De publiekrechtelijke taak (en de daaruit voortvloeiende werkzaamheden) dienen nauwkeurig te kunnen worden omschreven.' Schreuder geeft aan dat een onderscheid tussen de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke taak noodzakelijk is omdat een verschillende – namelijk een respectievelijk privaatrechtelijke dan wel publiekrechtelijke – normering, van toepassing kan zijn. Zoals in paragraaf 3.3 en paragraaf 3.4 van hoofdstuk 3 wordt besproken, is het mijns inziens wenselijk en mogelijk dat op de overheidsonderneming steeds bepaalde publieke normen¹¹² (zoals bijvoorbeeld algemene beginselen van behoorlijk bestuur) van toepassing zijn, vanwege de sterke verbondenheid met de overheid en de bijzondere positie ten opzichte van ondernemingen die geen overheidsonderneming zijn. Voor de concrete toepassing van deze normen, is het onderscheid tussen de privaatrechtelijke en publieke taakvervulling raadzaam, hoewel mijns inziens dus in beginsel geen zuiver privaatrechtelijke normering van het handelen van een overheidsonderneming plaatsvindt. Het handelen van de overheid ter oprichting of deelneming in een overheidsonderneming en het handelen van de overheidsonderneming zelf, wordt in meer of mindere mate steeds mede genormeerd door publiekrechtelijke maatstaven. Dit geschiedt zowel bij de vraag of het de overheid is toegestaan invloed uit te oefenen via een overheidsonderneming als wanneer de overheidsonderneming haar deels publiekrechtelijke taak vervult.

De vierde en vijfde maatstaf houden voor wat betreft de inrichting van de overheidsonderneming feitelijk in dat de doelomschrijving helder moet zijn bepaald en goed moet worden uitgewerkt in de statuten, mede opdat de behartiging van het publieke belang niet in het gedrang komen. Het betrokken publieke belang moet derhalve goed te omschrijven zijn. Dit is zeker mogelijk. De minister van Financiën meent bijvoorbeeld dat de desbetreffende publieke belangen bij staatsdeelnemingen meestal goed zijn omschreven door nadere invulling door sectorale wetten of instellingswetten.¹¹³

Tenslotte luidt de zesde beoordelingsmaatstaf: 'De aard van de aan een private rechtspersoon op te dragen publiekrechtelijke taak dient zich te verdragen met een normering waarin het eigen belang van de organisatie is verdiscon-

belang maar niet ondermijnen, noch de continuïteit van de onderneming bedreigen. Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 6-9.

112 Hierbij doel ik aansluitend bij de inhoud van art. 3:14 BW op zowel geschreven als ongeschreven regels van publiekrecht.

113 Zie nader *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 4 en *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 13-20.

teerd.’ Aldus moeten volgens de zesde beoordelingsmaatstaf de publieke normen die men op de overheidsonderneming wil toepassen zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zich verdragen met het karakter en het handelen van de vennootschap. En ook moet het publiek belang een plaats binnen het vennootschappelijk kader krijgen. Dit kan worden bereikt door de doelomschrijving helder te omschrijven en het publieke belang daarin op te nemen. Dit wordt in hoofdstuk 8 nader besproken.

De bovengenoemde beoordelingsmaatstaven worden zoals eerder genoemd, door Schreuder gehanteerd om te bepalen of gekozen mag worden voor de privaatrechtelijke vennootschapsvorm ter uitvoering van een publieke taak. De functie van deze maatstaven is tweërlei. Enerzijds kunnen de maatstaven worden gezien als beperkingen van de keuzemogelijkheid van de overheid volgens de vereisten van de doorkruisingsleer. Anderzijds, verlenen de maatstaven aan de keuze voor de privaatrechtelijke rechtsvorm, een zekere mate van rechtvaardiging en legitimatie, omdat deze de keuzebevoegdheid conditioneren en normeren. Indien de keuze voor de privaatrechtelijke vennootschapsvorm voldoet aan bovengenoemde normen, zou dit bezwaren tegen het gebruik weg moeten nemen.

Er bestaan derhalve zowel formele als materiële criteria waaraan de overheid de keuze voor een privaatrechtelijke vennootschapsvorm ter uitvoering van een publieke taak kan meten. Maar reeds in 2006 is geconstateerd dat overheden en private partijen in toenemende mate in privaatrechtelijke rechtsvormen samenwerken en dat de toezichthouders de oprichtings- of deelnemingsbesluiten vrijwel altijd goedkeuren.¹¹⁴ Er kan derhalve gesteld worden dat ruimte voor verbetering bestaat wat betreft de motivatie van dergelijke beslissingen.

3.3 De privaatrechtelijke rechtspersonen als overheidsondernemingen

In de afgelopen jaren is de belangstelling voor de in een privaatrechtelijke rechtspersoon gedreven overheidsonderneming toegenomen.¹¹⁵ De discussie richt zich voornamelijk op de actievare rol¹¹⁶ van de (rijks)overheid als aan-

114 Zie het rapport *Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden. Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door provincies, gemeenten en waterschappen* (Rapport in opdracht van het ministerie van Justitie), Den Haag, december 2006, p. 19.

115 Dit is onder andere tot uiting gekomen door de erkenning van het bestaan van strategische belangen waar de overheid als aandeelhouder een toegevoegde waarde heeft. Zie de wijziging van het Deelnemingenbeleid. Zie hoofdstuk 1 paragraaf 5.3 e.v.

116 Zie het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 8.

deelhouders in een kapitaalvennootschap.¹¹⁷ Enerzijds lijkt de naamloze vennootschap de aangewezen rechtsvorm om een overheidsonderneming in te drijven. Anderzijds is, wanneer wordt gesproken over particuliere organisaties ter behartiging van een publiek belang, de kapitaalvennootschap vanwege het winstoogmerk wellicht een minder voor de handliggende rechtsvorm. Het in beginsel steeds aanwezige winstoogmerk van de kapitaalvennootschap lijkt strijdig te kunnen zijn met de wens het publiek belang optimaal te waarborgen.¹¹⁸ Aandeelhouders kunnen er voor opteren om de winst niet uit te keren en deze te reserveren. Niet-publieke aandeelhouders zullen echter mijns inziens zonder nadere regeling geen afdoende natuurlijke *incentive* hebben om zichzelf ten behoeve van het publieke belang van winstuikering te onthouden of de prioriteit te geven aan de behartiging van het publieke belang boven hun eigen belang. Het drijven van een onderneming met rechtspersoonlijkheid is echter niet voorbehouden aan de kapitaalvennootschap.¹¹⁹ Ook de overige in Boek 2 BW geregelde rechtsfiguren kunnen in beginsel een onderneming drijven.

In dit onderzoek wordt uitgegaan van overheidsondernemingen waarbij de nadruk ligt op een efficiënte, winstgerichte uitvoering van een bepaalde taak van publiek belang in het economisch verkeer. Hierdoor ligt in dit onderzoek de nadruk op de kapitaalvennootschap. Desalniettemin zullen de overige in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen hieronder kort worden besproken als rechtsvorm voor de overheidsonderneming. Aldus kunnen bij deze rechtspersonen bestaande, voor de overheidsonderneming relevante, aspecten met de huidige regeling van de kapitaalvennootschap worden vergeleken. In de komende paragrafen bespreek ik een aantal voor- dan wel nadelen van niet-kapitaalvennootschappen als rechtsvorm voor de overheidsonderneming. Achtereenvolgens komen de stichting, de vereniging en de coöperatie beknopt en voor zover relevant aan bod. De kapitaalvennootschap als rechtsvorm voor de overheid wordt vervolgens in hoofdstuk 4 nader beschouwd.

117 Zie bijvoorbeeld het rapport 'Publieke belangen en aandeelhouderschap', Den Haag 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165, nr. 46 en het door de overheid gevoerde beleid ten aanzien van haar deelnemingen.

118 Dat de winstuikeringen verantwoord dienen te zijn en dat aandeelhouders kunnen besluiten winsten te reserveren, doet hier mijns inziens niet aan af.

119 Zo kan een vereniging, al dan niet naast of ter uitvoering van haar doelstelling, een onderneming in stand houden. De wetgever houdt hier op verschillende plaatsen in de wet ook rekening mee. Zie bijv. art. 2:48 lid 3 BW, waar de eis wordt gesteld dat de verenigingen die een of meer ondernemingen drijven, de netto-omzet van deze ondernemingen bij de staat van baten en lasten vermeldt. Zie hieronder nader over de onderneming in een vereniging.

De stichting als overheidsonderneming

In 1976 is de stichting tezamen met de andere rechtspersonen opgenomen in het nieuw ingevoerde Boek 2 BW.¹²⁰ De in Boek 2 BW neergelegde regeling is inhoudelijk vrijwel ongewijzigd overgenomen van de in 1956 ingevoerde Wet op Stichtingen.¹²¹ De regeling is tot op heden in hoge mate ongewijzigd gebleven.¹²² De stichtingsfiguur wordt van oudsher veelvuldig gebruikt als organisatievorm voor delen van het openbaar bestuur¹²³ en ook tegenwoordig maakt de overheid veel gebruik van de stichtingsvorm,¹²⁴ in het bijzonder voor de inrichting van zelfstandige bestuursorganen.¹²⁵ Ik kom hieronder op deze zogenoemde overheidsstichting terug. Daarnaast zijn veel semi-publie-

120 Vastgesteld bij wet van 22 juli 1976, *Stb.* 1976, nr. 395. Zie P.L. Dijk en T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2007, p. 10 en 11.

121 Wet van 31 mei 1956, *Stb.* 1965, nr. 327. Zie met betrekking tot de historie van de stichtingsvorm in Nederland P.L. Dijk en T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2007, p. 9 e.v. en Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 443 e.v.

122 Zie P.L. Dijk en T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2007, p. 11.

123 Zie nader over de stichting M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman, *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

124 Het exacte aantal overheidsstichtingen is niet te geven. Zie K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 2. Zij vermeldt dat in 2000 sprake is van 73 overheidsstichtingen op rijksniveau en dat daarnaast ook op het niveau van provincie en gemeente gebruikt wordt gemaakt van stichtingen. Het aantal overheidsstichtingen is inmiddels afgenomen. Het Centraal Bureau voor de Statistiek heeft becijferd dat er op 1 januari 2008 45 stichtingen waren op het gebied van het openbaar bestuur. Inmiddels zijn er in ieder geval nog 30 verenigingen en stichtingen op het gebied van het openbaar bestuur. Zie <http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?DM=SLNL&PA=81588ned&D1=15-24&D2=117-118&D3=l&VW=T>. Dit aantal ligt wellicht hoger, nu niet alle activiteiten die door overheidsinstanties worden uitgevoerd door het CBS onder openbaar bestuur worden geclassificeerd. Zo vallen instanties verantwoordelijk voor de inzameling en verwerking van afvalwater en afval er niet onder. Op de lijst van zelfstandige bestuursorganen zoals gepubliceerd in het Zbo-register (te raadplegen via de website: <http://almanak.zboregister.overheid.nl>) worden 31 stichtingen vermeld. Zie voorts P.L. Dijk en T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2007, p. 10 en K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000. De Algemene Rekenkamer telt per eind 2008 275 overheidsstichtingen, dat wil zeggen die het rijk had opgericht of mede opgericht. Zie Algemene Rekenkamer, 'Zicht op overheidsstichtingen 2011', *Kamerstukken II* 2010/11, 31 887, nr. 4, p. 9.

125 Zie bijvoorbeeld de Autoriteit Financiële Markten (AFM) die is ondergebracht in de stichtingsfiguur. Overigens is interessant te zien dat de AFM nauwelijks het woord 'stichting' in haar naam voert. Pas uit de statuten blijkt dat er sprake is van een stichting. Zie de website www.afm.nl.

ke instellingen in sectoren als het onderwijs, huisvesting en zorg, ondergebracht in stichtingen.¹²⁶

Meer in het algemeen over het gebruik van de stichtingen wordt in Asser gesteld: ‘Mijn indruk is dat niet zelden zonder kritische bezinning stichtingen worden opgericht en dat niet steeds de organisatiestructuur goed en weloverwogen is. (...) Een zwak element in het stichtingenrecht is dat alle macht en bevoegdheid kan worden geconcentreerd bij het bestuur dat volstrekt autonoom is.(...) De stichting in haar moderne verschijningsvorm is veel ‘naamlozer’ dan de NV, de BV of de vereniging.’¹²⁷

De stichtingsvorm is voor dit onderzoek slechts relevant voor zover in hoofdzaak een onderneming wordt gedreven.¹²⁸ Op rijksniveau bestaan er slechts enkele stichtingen waar een overheidsonderneming in wordt gedreven. De Nationale Stichting tot Exploitatie van Casinospelen in Nederland en de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij zijn hiervan voorbeelden.¹²⁹ Hoewel de afstoting van Holland Casino en Staatsloterij wordt overwogen, kan de ratio achter de keuze voor de stichtingsfiguur aan de hand van de laatst genoemde stichting duidelijk worden geïllustreerd.¹³⁰ Ik behandel de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij hieronder afzonderlijk. Vermelding verdient ook de Stichting Administratiekantoor beheer Financiële Instellingen, waarover nader in paragraaf 5.2.3 van hoofdstuk 4. Hieronder volgen enkele opmerkingen over de stichting als rechtsvorm voor een onderneming in het algemeen.

Doel en organisatie van de stichting

Sterker dan bij de overige privaatrechtelijke rechtspersonen, waar de nadruk ligt op de samenwerking tussen verschillende personen, is de stichting gericht op het nastreven van een bepaald door de oprichters in de statuten vastgelegd

126 Zie het *Rapport van de projectgroep rechtsvorm Maatschappelijke Onderneming* (geschreven in opdracht van het Ministerie van Justitie), Den Haag 2006, p. 4, te raadplegen via www.justitie.nl. Zie tevens de bundel T.J. van der Ploeg, H.J. de Ru en J.W. Sap, *In plaats van overheid. Recht scheppen door particuliere organisaties*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, waarin de nadruk sterk wordt gelegd op de verenigings- en stichtingsvorm.

127 Zie Asser/Rensen, 2012 (2-III*) *Overige Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 309.

128 Zie nader voor een kritische beschouwing van de stichtingsvorm M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman, *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

129 Deze worden expliciet genoemd in de lijst van deelnemingen van de Nederlandse overheid. Zie het overzicht van de deelnemingen ultimo 2011 in het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 (herziene versie), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 145.

130 Zie het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 8.

doel.¹³¹ De stichting heeft vaak een doelstelling van ideëel of algemeen belang.¹³² Als rechtsvorm voor een op winst gerichte onderneming lijkt de stichtingsvorm derhalve niet bedoeld. Desalniettemin is het mogelijk om in de stichtingsvorm een onderneming te drijven en kan zij zelfs een winstoogmerk in de doelstelling opnemen.¹³³ Kanttekening is dat de door de stichting gemaakte winst slechts in beperkte mate kan worden uitgekeerd door het in artikel 2:285 lid 3 BW neergelegde uitkeringsverbod.¹³⁴ Overigens hoeft dit voor financiers van een overheidsonderneming geen bezwaar te zijn. Indien de rentevergoeding voor geleend vermogen marktconform is, zal mijns inziens geen sprake zijn van een uitkering, maar van een geoorloofde vergoeding.¹³⁵

In tegenstelling tot de andere in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen is de stichting in beginsel slechts rond één orgaan georganiseerd, te weten het bestuur. Een stichting kent geen leden of aandeelhouders en derhalve geen

131 Wijziging van de statuten en de daarin vervatte doelstelling is in beginsel slechts mogelijk indien de statuten in deze mogelijkheid voorzien. Is dit niet het geval dan kan de rechter de statuten wijzigen. De rechter dient terughoudend met statutenwijziging te zijn. Wanneer het een wijziging van het doel betreft, moet hij een verwant doel aanwijzen. Zie art. 2:293 en 2:294 BW.

132 Zie C.R.M. Versteegh, *De goede doelstichting. Naar een systeem van overheidstoezicht? Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Utrecht: Lemma BV 2003. Zie over het doel van de stichting vanuit historisch perspectief J.A.T.J.M. Duynstee, *Beschouwingen over de stichting naar Nederlands privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1970, in het bijzonder p. 60.

133 Commerciële activiteiten zijn niet verboden en het maken van winst is toegestaan. Vergelijk bijvoorbeeld art. 2:300a BW waar expliciet rekening wordt gehouden met een dergelijke commerciële stichting. Zie nader over de commerciële stichting F.J.P. van den Ingh, E. Bos, P.C.J. Oerlemans, *De stichting als ondernemingsvorm*, Deventer: Kluwer 1993. Op pagina 13 omschrijven auteurs de commerciële stichting als een stichting die regelmatig, dus anders dan incidenteel, activiteiten in het economisch verkeer met een winstoogmerk ontplooit. Zaman meent dat het ontbreken van een winstoogmerk de stichting niet belemmert een onderneming te exploiteren. Zie D.F.M.M. Zaman, 'De ondernemende stichting en de commerciële stichting', in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman, *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 99-107.

134 Boschma en Snijder-Kuipers bespreken hoe het doelvermogen van een stichting na herstructurering wordt beschermd. Zie H.E. Boschma en B. Snijder-Kuipers, 'De bescherming van het (doel)vermogen van de stichting en herstructurering', in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman, *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 45-60.

135 Uitkeringen aan deelnemers in een pensioenfonds vallen op grond van art. 2:304 lid 2 BW niet onder het uitkeringsverbod. Andere uitzonderingen zijn te vinden in bijzondere wetten. Zie bijvoorbeeld art. 7 Wet Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij (wet van 14 mei 1992, *Stb.* 1992, nr. 282) op grond waarvan art. 2:285 lid 3 BW niet van toepassing is op de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij. In het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 33 wordt overigens terecht niet gesproken over uitkering of dividend, maar over afdracht van gelden door de stichting aan het ministerie van Financiën. Sinds 2008 staan de resultaten van Holland Casino echter onder druk als gevolg van onder andere het rookverbod en de economische crisis. In 2010 werd zelfs verlies geleden. Dit heeft vanzelfsprekend zijn weerslag op de winstuitkering.

algemene vergadering. De verhouding tussen kapitaal en bestuur, zoals bij de kapitaalvennootschap het geval, is minder evident aanwezig. Financiers, de overheid of anderen kunnen op basis van de statuten bepaalde zeggenschapsrechten bezitten, maar van een vergelijkbare positie met de aandeelhouders bij de kapitaalvennootschap of leden bij een vereniging kan geen sprake zijn. Hier staat het in artikel 2:285 BW neergelegde ledenverbod aan in de weg. Bovendien is participatie in het vermogen van de stichting, zoals in een kapitaalvennootschap, niet goed denkbaar. Het aantrekken van kapitaal door een stichting kan hierdoor moeilijker zijn.

Overigens kunnen er ondanks het ledenverbod bij een stichting wel degelijk andere organen dan het bestuur in het leven worden geroepen.¹³⁶ Denk hierbij aan een raad van toezicht of een raad van aangeslotenen. De bevoegdheden van dergelijke organen mogen echter niet zo ver strekken dat dit zou leiden tot denaturering van de stichtingsfiguur.¹³⁷

Als gezegd kan ook de overheid als derde op grond van de statuten bepaalde zeggenschapsrechten bezitten.¹³⁸ Interessant is het ontbreken van de voor de kapitaalvennootschap in artikel 2:129 lid 3 BW neergelegde beperking op grond waarvan bestuursbesluiten alleen aan goedkeuring door *organen* van de vennootschap mogen worden onderworpen. Derhalve is het mogelijk dat bepaalde (bestuurs)besluiten aan de goedkeuring van een *derde* (lees overheid) zijn onderworpen en niet alleen aan de goedkeuring van een orgaan van de stichting.¹³⁹ Voorts is het mogelijk dat de overheid benoemingsrechten¹⁴⁰ heeft, op grond waarvan bestuurders van een stichting kunnen worden aangewezen.¹⁴¹

136 Zie art. 2:285 lid 2 en 3 BW.

137 Wanneer een stichting een orgaan vergelijkbaar met de algemene ledenvergadering bij een vereniging heeft ingesteld, zal de stichting vatbaar zijn voor ontbinding door de rechter op grond van art. 2:21 lid 1 sub c BW.

138 Zie hierboven paragraaf 2.3 waar wordt gesproken over de besluitvorming bij privaatrechtelijke rechtspersonen.

139 Zodoende hoeft men niet toe te komen aan de vraag of de overheid een orgaan van de stichting. Zie Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 473 en ook C.H.C. Overes (*Rechtspersonen*), art. 2:285 BW, aant. 7. Anders J.A.Th.J.M. Duynstee, *Beschouwingen over de stichting naar Nederlands privaatrecht*, Deventer 1978, p. 63.

140 Denk aan benoemingsrechten in handen van de overheid op grond van subsidievoorwaarden.

141 Zie bijvoorbeeld de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij, waar de voorzitter en de leden van de raad van commissarissen benoemd worden door de minister van Financiën. De statuten zijn in overeenstemming met art. 20 lid 1 van de Beschikking Staatsloterij van 15 juni 1992 (*Stb.* 1992, nr. 121). Op grond van het art. 20 lid 2 Beschikking Staatsloterij, benoemt de raad van commissarissen, na voorafgaande goedkeuring door de minister van Financiën, het bestuur van de stichting.

Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij

In 1992 wordt de minister van Financiën, in het kader van de verzelfstandiging van de Directie der Staatsloterij, bij wet gemachtigd om de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij op te richten.¹⁴² De stichting heeft, voor zover dit haar ingevolge de Wet op de kansspelen¹⁴³ is toegestaan, tot doel het organiseren van de Staatsloterij, het organiseren van andere kansspelen en het ontplooiën van activiteiten die daartoe bevorderlijk zijn.¹⁴⁴ De opbrengst van de staatsloterij wordt ieder jaar – na aftrek van de uitgekeerde prijzen en de gemaakte kosten – aan de Staat afgedragen.¹⁴⁵ De Algemene Rekenkamer heeft de bevoegdheid om het financieel beheer van de stichting te onderzoeken.¹⁴⁶

Door de in de Wet op de kansspelen verankerde taak heeft deze stichting naast een commerciële uitgangspositie die vergelijkbaar is met die van private ondernemingen, bovendien een publieke functie.¹⁴⁷ Bij de behandeling van de wet tot oprichting van de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij, is de keuze van de wetgever voor de stichtingsvorm uitgebreid aan de orde geweest. In de memorie van toelichting wordt met betrekking tot de keuze voor de stichtingsvorm gesteld:

‘De stichtingsvorm biedt de mogelijkheid voor een goed evenwicht tussen enerzijds flexibel en marktconform opereren door het verzelfstandigde Staatsloterijbedrijf en anderzijds het behouden van de noodzakelijke en gewenste invloed door de overheid.’¹⁴⁸

De naamloze of besloten vennootschap wordt uitdrukkelijk als niet gewenst afgedaan:

‘Overgang naar de NV of BV zou ons inziens het aanzien van de Staatsloterij kunnen schaden, gezien de grote waarde die blijkens marktonderzoek aan het betrouwbare «overheidskarakter» van de Staatsloterij gehecht wordt. (...) Het belangrijkste motief om een N.V.- of B.V.-vorm te kiezen, ligt in de overdraagbaarheid van de aandelen en de participatiemogelijkheden die met deze rechtsvormen mogelijk zijn. Aangezien er van het door ons gewenste grote marktaandeel van de Staatsloterij op de

142 Wet van 14 mei 1992, houdende regeling met betrekking tot de oprichting van de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij en wijziging van titel II van de Wet op de kansspelen, *Stb.* 1992, nr. 282.

143 Wet van 10 december 1964, *Stb.* 1964, nr. 483.

144 Zie art. 2 lid 2 Wet van 14 mei 1992, houdende regeling met betrekking tot de oprichting van de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij.

145 Zie art. 9 lid 2 Wet op de kansspelen.

146 Zie art. 12 van de Wet op de kansspelen.

147 Zie *Kamerstukken II* 1994/95, 24 119, nr. 2, p. 2 (Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij (SENS)).

148 Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 029, nr. 3, p. 9 (MvT).

Nederlandse markt een regulerende werking uitgaat blijft er een noodzaak tot betrokkenheid van de overheid.¹⁴⁹

De keuze voor de stichtingsvorm roept in de Tweede Kamer veel vragen op. Zo pleit de VVD-fractie tevergeefs voor de heroverweging van de gekozen rechtsvorm:

‘De stichtingsvorm is hoewel niet uitsluitend, toch in hoofdzaak bestemd voor de behartiging van min of meer ideële doelstellingen. (...) Waar het hier (...) hoofdzakelijk om de opbrengsten gaat en bovendien een goede bedrijfmatige besturing van de rechtspersoon voorop staat, is (...) niet de in eerste aanleg voor ideële doeleinden bedoelde stichtingsvorm maar de ondernemingsgerichte vennootschapsvorm de meest aangewezen.’¹⁵⁰

Zeker gezien de ratio achter de verzelfstandiging van het staatsloterijbedrijf, te weten een verbetering van de concurrentiepositie,¹⁵¹ was mijns inziens de keuze voor de naamloze vennootschap niet onbegrijpelijk geweest. Indien gekozen was voor de vorm van een naamloze vennootschap, was dit voor een geplande eventuele afstoting eenvoudiger geweest.

Overheidsstichting

Nog een enkel woord over de zogenoemde overheidsstichting.¹⁵² De overheidsstichting als afzonderlijke rechtsvorm bestaat niet meer.¹⁵³ Toch wordt de term overheidsstichting veel gebruikt.¹⁵⁴ Er zijn uiteenlopende criteria op basis waarvan stichtingen als overheidsstichting worden aangeduid.¹⁵⁵ De Algemene Rekenkamer hanteert als definitie van de overheidsstichting een stichting die de Staat heeft opgericht, mede opgericht of doen oprichten. ‘Doen oprichten’ houdt in dat de stichting formeel door derden is opgericht, maar

149 Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 029, nr. 3, p. 9 (MvT).

150 Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 029, nr. 9, p. 3 (Eindverslag).

151 Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 029, nr. 3, p. 2 (MvT).

152 Zie nader N. Jak en S.E. Zijlstra, ‘De overheidsstichting: een tussenstand’, in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman, *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 191-214. Zie voor een inventarisatie van overheidsstichtingen K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 243-245.

153 De Wet op de stichtingen bevatte een uitzondering voor de overheidsstichting. Deze wet was niet van toepassing op de overheidsstichting omdat geen sprake was van particulier gebruik. Bij wet van 10 juli 1963, *Stb.* 1963, nr. 297 is het onderscheid komen te vervallen en is de overheidsstichting volledig aan het privaatrechtelijke stichtingenrecht onderworpen. Zie Asser/Van der Grinten & Maeijer 1997 (2-II), nr. 450.

154 De Algemene Rekenkamer telt per eind 2008 275 overheidsstichtingen, dat wil zeggen die het rijk had opgericht of mede opgericht. Zie Algemene Rekenkamer, ‘Zicht op overheidsstichtingen 2011’, *Kamerstukken II* 2010/11, 31 887, nr. 4, p. 9.

155 Zie K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 31.

dat de stichting zonder betrokkenheid van de Staat niet zou zijn opgericht. Gekozen wordt voor dit criterium omdat de criteria belast met een publieke of wettelijke taak en overwegende invloed, volgens de Algemene Rekenkamer moeilijk af te bakenen zijn.¹⁵⁶ Mijns inziens houdt het gekozen criterium echter geen rekening met mogelijk wijzigende omstandigheden, zoals ook de Algemene Rekenkamer zelf meent.¹⁵⁷ Bovendien is het gekozen criterium van overwegende overheidsinvloed wel degelijk af te bakenen zoals gezien in paragraaf 4.2. Anders dan de minister denk ik niet dat de term overheidsstichting verwarrend hoeft te zijn.¹⁵⁸ De wettelijke term stichting is mijns inziens te weinig onderscheidend.

Een stichting kan een overheidsstichting zijn als sprake is van een stichting die door een overheidslichaam is opgericht en/of als een stichting mede een rol vervult bij de realisering van een publieke taak.¹⁵⁹ Volgens Schroten is deze definitie echter niet langer houdbaar.¹⁶⁰ Schroten gebruikt de invloedsbevoegdheden van de minister jegens de stichting – het invloeds criterium¹⁶¹ – als aanknopingspunt.¹⁶² Volgens de definiëring van Schroten zijn stichtingen die weliswaar niet onder overheidsinvloed staan, maar die wel bekleed zijn

156 Zie Algemene Rekenkamer, *Zicht op overheidsstichtingen*, 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 31 887, nr. 4, p. 5.

157 Zie Algemene Rekenkamer, *Zicht op overheidsstichtingen*, 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 31 887, nr. 4, p. 20.

158 Zie Algemene Rekenkamer, *Zicht op overheidsstichtingen*, 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 31 887, nr. 4, p. 31.

159 Sommigen gebruiken de elementen van oprichting en taak als alternatieve voorwaarden voor het bestaan van een overheidsstichting. Zie P.L. Dijk en T.J. van der Ploeg, *Van vereniging, stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2007, p. 28-29. Anderen nemen aan dat pas sprake is van een overheidsstichting wanneer deze elementen cumulatief aanwezig zijn. Zie T.J. Beek en E. van Diepen, 'De status van werknemers/ambtenaren bij de overheidsstichting', *S&V* 1999, p. 22.

160 K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 31.

161 Zie K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 31-32: 'Het criterium van de overwegende overheidsinvloed is als zodanig afkomstig uit de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep over de vraag wanneer stichtingen gerekend dienen te worden tot de 'openbare dienst' in de zin van art. 1 van de Ambtenaren wet.' De voorwaarden waar rekening moet worden gehouden aldus de Centrale Raad van Beroep zijn de invloed op de benoeming van het bestuur, de financiën, het personeelsbeleid en de vereiste goedkeuring van bepaalde besluiten door de overheid. Schroten vult het invloeds criterium enger in. De overheid moet de bevoegdheid hebben om de meerderheid van de bestuursleden te benoemen.

162 Schroten erkent wel dat de elementen van oprichting en taak door sommige auteurs nog worden gebezigd als criteria. Zie K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 31.

met openbaar gezag en derhalve bestuursorgaan zijn in de zin van de Awb, niet als overheidsstichtingen aan te merken.¹⁶³

Ik ben het eens met Schroten dat het gebruik door de overheid van de stichtingsvorm voordelen boven de publiekrechtelijke rechtsvormen met zich mee kan brengen.¹⁶⁴ Vanuit het oogpunt van helderheid en transparantie, en de in sommige gevallen ontbrekende publiekrechtelijke waarborgen, kan een wettelijke regeling van de overheidsstichting wenselijk zijn.¹⁶⁵ Toch lijkt de stichtingsvorm voor zelfstandige bestuursorganen niet langer vanzelfsprekend.¹⁶⁶

De vereniging en coöperatie

De vereniging is een in Nederland veel voorkomende rechtsvorm, die wordt gebruikt als rechtsvorm voor tal van maatschappelijke organisaties.¹⁶⁷ In de praktijk wordt de verenigingsvorm niet gebruikt om een overheidsonderneming in te drijven,¹⁶⁸ hoewel een vereniging wel degelijk een onderneming in stand kan houden.¹⁶⁹ Ook de coöperatie – een vorm van vereniging bedoeld als ondernemingsvorm – wordt ondanks het feit dat de coöperatie in de belangstelling staat, niet of nauwelijks als rechtsvorm voor de overheids-

163 Ondanks het feit dat overwegende overheidsinvloed ontbreekt, kan de stichting soms toch als bestuursorgaan worden aangemerkt. Zie ABRvS 30 november 1995, JB 1995, nr. 337 (Stichting Silicose). Zie K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 146 e.v.

164 Anders J.B.J.M. ten Berge, S.E. Zijlstra, L. Timmerman en F.K. Buijn, 'Privaatrechtelijke rechtspersonen met publieke taken', in: J.B.J.M. ten Berge, S.E. Zijlstra, L. Timmerman, F.K. Buijn, *Preadviezen over het onderwerp: De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2000-I), Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 245-262, die overheidstaken om principiële redenen, met name vanwege de wens van herkenbaarheid, door publiekrechtelijke rechtsvormen willen laten plaatsvinden. Maeijer spreekt bij voorkeur van 'een publiekrechtelijke instelling met rechtspersoonlijkheid' en vermijdt aldus het woord stichting. Zie J.M.M. Maeijer, 'Privatisering. Nadere verkenning van een al te gemakkelijk ingeslagen weg', in: *Drie Nijmeegse redes. Beschouwingen over financiering, enquête-recht en privatisering* (Vennootschapsrecht- en rechtspersonenrecht Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut Deel 59), Deventer: Kluwer 1998, p. 69.

165 Zie K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 81 e.v.

166 Zie R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 629.

167 Er is nog steeds een ruime vrijheid om een rechtspersoonsvorm te kiezen voor maatschappelijke organisaties. Zie Dijk/Van der Ploeg, *Van vereniging, stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2007, p. 18.

168 Wel bestaan er verenigingen waar overheden lid van kunnen worden. Denk bijvoorbeeld aan de Vereniging Nederlandse Gemeenten. Ook kan aan verenigingen openbaar gezag worden toegekend. Zie bijvoorbeeld de HISWA, een vereniging waarop de Kaderwet zbo van toepassing is.

169 Gesproken wordt van commerciële verenigingen. Zie art. 2:300a BW.

onderneming gebruikt.¹⁷⁰ De oorzaken hiervoor worden hieronder kort uiteengezet.

Met betrekking tot de invulling van de doelstelling van de vereniging bestaat veel vrijheid. Aanpassing van het doel is in beginsel steeds mogelijk. Het doel van een vereniging mag echter niet hetzelfde zijn als dat van de coöperatie zoals vastgelegd in artikel 2:53 BW en bovendien mag de vereniging geen winst onder haar leden verdelen. Hier geldt wat ook voor de stichting is gezegd. Door deze beperking zullen de financieringsmogelijkheden beperkter zijn dan bij een kapitaalvennootschap.

De organisatie van de vereniging en coöperatie kent een zogenaamd dual karakter. Twee organen moeten er altijd zijn, te weten een bestuur en een ledenvergadering. Met name deze ledenvergadering roept in het kader van de vormgeving van de overheidsonderneming vragen op. Hoe verhoudt de vrijheid van vereniging van artikel 8 GW zich tot de continuïteit van de overheidsonderneming? Galle concludeert dat de vereniging als ondernemingsvorm kan voldoen, maar dat deze als samenwerkingsverband voor de langere termijn vanwege het lidmaatschap niet geschikt is.¹⁷¹ Wie zijn de leden van de vereniging? In de parlementaire geschiedenis met betrekking tot de verzelfstandiging van de staatsloterij wordt de vereniging mijns inziens terecht gediskwalificeerd als rechtsvorm, nu niet duidelijk is wie lid moet zijn van de vereniging.¹⁷² Daarnaast wordt ten aanzien van de verenigingsvariant gesteld:

‘Aangezien de besluitvorming binnen een vereniging omslachtig is en de leden een relatief grote invloed hebben, ligt deze variant niet voor de hand.’¹⁷³

170 De regels met betrekking tot de vereniging zijn vastgelegd in titel 2 van Boek 2 BW. Voor de coöperatie is deze titel ook van toepassing, dat wil zeggen voor zover daarvan niet wordt afgeweken in titel 3 van Boek 2 BW. De coöperatie wordt gezien als genus van de vereniging, maar heeft vanaf 1 januari 1989 een eigen titel. In deze titel is tevens de onderlinge waarborgmaatschappij geregeld. De onderlinge waarborgmaatschappij, zo leert art. 2:53 lid 2 BW is een bij notariële akte opgerichte organisatie die zich blijkens de statuten ten doel stelt verzekeringsovereenkomsten met haar leden te sluiten. Omdat dit een specifiek op verzekeren, niet op een openbaar belang gerichte figuur is, blijft deze in dit bestek buiten beschouwing.

171 Zie R.C.J. Galle, ‘De flexibele vereniging’, *WPNR* 2005/6621, p. 387-393.

172 Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 029, nr. 3, p. 8-9 (MvT).

173 Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 029, nr. 3, p. 8-9 (MvT). Zie echter R.C.J. Galle, ‘De flexibele vereniging’, *WPNR* 2005/6621, p. 387-393, die aangeeft dat de invloed van de leden sterk te beperken is. Hij ziet een groter probleem in de hiervoor genoemde continuïteit.

Ondanks het feit dat de coöperatie gericht is op het drijven van een onderneming¹⁷⁴ en de coöperatie de laatste jaren in de belangstelling stond, bijvoorbeeld als alternatief voor de zogenaamde maatschappelijke onderneming, gelden voor de coöperatie als rechtsvorm voor de overheidsonderneming soortgelijke diskwalificerende overwegingen als bij de vereniging.¹⁷⁵ Daarbij komt dat een coöperatie beperkt is in de mogelijkheden om overeenkomsten met derden te sluiten.¹⁷⁶

4 CONCLUSIE

De wetgever heeft een voorkeur voor het gebruik van publiekrechtelijke rechtspersonen uitgesproken, maar de praktijk blijkt sterker dan de leer. De voornaamste reden voor het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen door de overheid is de mogelijkheid van het creëren van een afgescheiden vermogen en derhalve (financiële) onafhankelijkheid. Het argument dat het oprichten van privaatrechtelijke rechtspersonen eenvoudiger is dan publiekrechtelijke rechtspersonen, weegt wellicht ook zwaar. Zoals besproken in paragraaf 2.2 van hoofdstuk 2 beschikken decentrale overheden momenteel niet over de mogelijkheid om zelfstandig publiekrechtelijke rechtspersonen op te richten, zodat zij logischerwijs hun toevlucht in het privaatrecht zoeken. Gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen is mijns inziens niet op voorhand uitgesloten nu de genuanceerde tweewegenleer hiertoe mogelijkheden biedt. Enkel het bestaan van publiekrechtelijke rechtspersonen kan hieraan niet in de weg staan. Dit neemt niet weg dat de toelaatbaarheid van het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen van geval tot geval moet worden beoordeeld. Hiervoor bieden de door Schreuder ontwikkelde criteria voor de beantwoording van de vraag of een private rechtspersoon kan worden gebruikt bij de verzelfstandiging van overheidstaken een toetsingskader.

In dit hoofdstuk is onderzocht in hoeverre de algemene bepalingen van Boek 2 BW instrumenteel zouden kunnen zijn bij het uitoefenen van overheidsinvloed binnen privaatrechtelijke rechtspersonen. Conclusie is dat de overheid zonder bestuurder te zijn, wellicht geen beroep op artikel 2:7 BW kan doen, en bovendien het bewijs van doeloverschrijding lastig zal zijn. Ook kan de overheid worden geconfronteerd met derden te goeder trouw die worden

174 De coöperatie wordt in lid 1 van art. 2:53 BW omschreven als een als coöperatie opgerichte vereniging die zich blijkens de statuten ten doel stelt, te voorzien in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden, mits het geen overeenkomsten van verzekering betreffen, hetgeen is voorbehouden aan de onderlinge waarborgmaatschappij.

175 Zie R.C.J. Galle, G.J.H. van der Sangen (red.), *De coöperatieve onderneming; vijf thema's over de veranderende rol van de coöperatie*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

176 Zie art. 2:53 lid 3 jo lid 4 BW waarin wordt bepaald dat de overeenkomsten met de leden ten opzichte van de overeenkomsten met derden niet van ondergeschikte betekenis mogen zijn.

beschermd. Een afzonderlijke regeling daartoe lijkt noodzakelijk. Ook indien de overheid niet als orgaan van de overheidsonderneming kan worden aangemerkt, moet een beroep door haar op de artikelen 2:14-16 BW via analoge redenering mogelijk zijn. Wel zal een eventueel beroep door de overheid in overeenstemming moeten zijn met andere (bestuursrechtelijke) normen, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Hierop kom ik in het volgende hoofdstuk terug.

Met betrekking tot het gebruik van niet-kapitaalvennootschappen voor het onderbrengen van een overheidsonderneming, is in dit hoofdstuk beargumenteerd dat in vergelijking met de rechtsvorm van de kapitaalvennootschap de nadelen mijns inziens niet opwegen tegen de voordelen. Van de mogelijke privaatrechtelijke rechtsvormen, lijkt mijns inziens in beginsel de kapitaalvennootschap het meest geschikt aangezien deze is gericht op het drijven van een onderneming. De spanning die een winststreven en de behartiging van het publiek belang kan opleveren wordt nader onderzocht in hoofdstuk 4.

3 | De overheidsonderneming op de scheidslijn tussen privaat- en publiekrecht

1 INLEIDING

Zoals besproken in hoofdstuk 2, kan de overheid op grond van artikel 2:5 BW als rechtspersoon gebruik maken van privaatrechtelijke bevoegdheden om publieke doeleinden na te streven, mits dit met inachtneming van de doorkruisingsleer gebeurt. De overheidsonderneming kan als privaatrechtelijk verlengstuk van de overheid fungeren om overheidsbeleid uit te voeren. Hiermee is overigens niet gezegd dat dit handelen niet mede¹ wordt begrensd door bestuursrechtelijke normen.² Het is derhalve niet alleen de vraag wanneer de overheid zich mag bedienen van dergelijke privaatrechtelijke rechtsvormen,³ maar ook welke normen gelden wanneer gebruik wordt gemaakt van een hybride figuur zoals de overheidsonderneming.

De overheid kan nooit los worden gezien van de bijzondere positie die zij inneemt.⁴ Vanwege haar bijzondere positie vindt een bijzondere toepassing van privaatrechtelijke regels plaats wanneer zij gebruik maakt van privaatrechtelijke bevoegdheden.⁵ De overheid neemt wanneer zij zich in het privaatrecht

1 De contractsvrijheid van de overheid kan rechtstreeks worden beperkt door het publiekrecht door middel van art. 3:14 BW of indirect door de gelding van de doorkruisingsleer. Zie J.A.E. van der Does en G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht*, (serie Monografieën Nieuw BW deel A-26), Deventer: Kluwer 2001, p. 64-65.

2 Het openbaar bestuur ontleent privaatrechtelijke bevoegdheden aan de aan hem toegekende rechtspersoonlijkheid die ook voor publieke doeleinden kunnen worden gebruikt. Deze algemene bevoegdheid kan via publiekrechtelijke regels worden ingeperkt. Zie P. de Haan, *Het moderne bestuursrecht en de verhouding publiek-/privaatrecht* (Preadvies voor de christen juristenvereniging), Den Haag: Sdu 1998, p. 35.

3 Zoals in de hoofdstukken 1 en 2 ter sprake is gekomen.

4 Donner wees er reeds in 1987 op dat de overheid zich ook bij de regeling van het burgerlijk recht speciale privileges toekent. Hij wees er echter ook op dat de overheid vanwege haar bijzondere positie als quasimonopolist meer plichten heeft. Zie A.M. Donner, *Nederlands Bestuursrecht. Algemeen deel*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1987, p. 61-64.

5 Bloembergen betoogt dat het bestuursrecht en het privaatrecht gelijkelijk van toepassing zijn in het overheidsprivaatrecht en over en weer invloed op elkaar uitoefenen. Zie A.R. Bloembergen, 'Overheidsprivaatrecht: schets van een algemeen deel', *WPNR* 1992/6074, p. 956-957.

beweegt, namelijk steeds een deel van de publiekrechtelijke rechtsorde mee.⁶ Dit heeft mijns inziens ook te gelden voor de overheidsonderneming, aangezien de overheid hierin een beleidsbepalende rol kan spelen en de publieke taak-behartiging voorop staat. Dit volgt, mijns inziens voor zover de overheids-onderneming niet gekwalificeerd kan worden als bestuursorgaan in de zin van de Awb, uit de in artikel 3:14 BW neergelegde gemengde rechtsleer die wordt besproken in paragraaf 3.3.⁷

Mijns inziens ontleent iedere overheidsonderneming aan haar verbondenheid met de overheid een (feitelijk en juridisch) bijzondere positie ten opzichte van haar wederpartijen en concurrerende reguliere ondernemingen. Hierdoor is evenals ten aanzien van de toetsing van het handelen van de overheid *binnen* dergelijke ondernemingen ook ten aanzien van het handelen *door* deze onder-nemingen, een bijzondere publiekrechtelijke invulling van het privaatrecht op zijn plaats. Het is echter de vraag in hoeverre de overheidsonderneming volledig onder hetzelfde normenkader als de overheid moet en kan vallen.

In dit hoofdstuk wordt besproken in hoeverre het privaatrecht, dan wel het publiekrecht het handelen van de overheid in de overheidsonderneming normeert. Ook wordt bekeken in hoeverre de publiekrechtelijke normen doorwerken op het privaatrechtelijk handelen van de overheidsonderneming. Hiertoe wordt de verhouding tussen publiek- en privaatrecht beschreven, in het bijzonder voor wat betreft de positie van de overheidsonderneming. Allereerst wordt in paragraaf 2 kort de verhouding en de relevantie van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht in algemene zin weergegeven. Hierna worden in paragraaf 3 de verschillende publiekrechtelijke en privaatrechtelijke normenkaders voor de overheidsonderneming besproken, waarna in paragraaf 4 een conclusie met betrekking tot het mijns inziens geldende normenkader voor de overheidsonderneming, voor zover deze geen bestuursorgaan is, wordt getrokken.

2 DE VERHOUDING TUSSEN PUBLIEK- EN PRIVAATRECHT IN HET ALGEMEEN

Publiek- en privaatrechtelijke verhoudingen worden in beginsel beheerst door verschillende juridische normenkaders. Het handelen van de overheid – en tevens dat van de overheidsonderneming – is vanwege haar bijzondere positie onderhevig aan de wisselwerking tussen deze twee verschillende normen-

6 Zie A.R. Bloembergen, 'Overheidsprivaatrecht: schets van een algemeen deel', *WPNR* 1992/6074, p. 952 en p. 956.

7 Er is niet beoogd alle aspecten van deze leer te vatten in de twee artikelen. Er is derhalve ruimte gelaten voor de verdere ontwikkeling van de leer. Zie J.A.E. van der Does en G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht* (serie Monografieën Nieuw BW deel A-26), Deventer: Kluwer 2001, p. 8.

kaders. Deze wisselwerking wordt door sommige auteurs omschreven als vervlechting, waarbij de verschillende rechtsgebieden worden gezien als twee in elkaar gedraaide draden, welke echter steeds duidelijk van elkaar gescheiden blijven.⁸ Anderen opteren voor termen als osmose, vermenging en doorwerking als omschrijvingen die de dynamiek tussen privaatrecht en publiekrecht beter weergeven.⁹ Het kwalificeren van de verhouding tussen publiek- en privaatrecht is van belang, omdat juist op het raakvlak van deze rechtsgebieden in de praktijk vragen rijzen.¹⁰ Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht is overigens mede vanwege de competentieverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter niet louter een theoretische aangelegenheid.¹¹ Het handelen van de overheidsonderneming moet in een bestuursrechtelijke procedure worden beoordeeld wanneer deze een schriftelijke beslissing neemt die als een publiekrechtelijke rechtshandeling van een bestuursorgaan kan worden aangemerkt. Voor zover echter geen sprake is van een (besluit van een) bestuursorgaan in de zin van de Awb, geldt in beginsel voor procedures waarbij de overheidsonderneming betrokken is, dat deze voor de civiele rechter plaatsvinden.¹²

Een logische vervolgvraag, is in hoeverre privaatrechtelijke en/ of publiekrechtelijke normen van toepassing zijn op de overheidsonderneming. In beginsel zal voor de overheidsonderneming voor zover deze niet als bestuursorgaan kan worden gekwalificeerd, het privaatrechtelijk – meer in het bijzonder in

8 Zie P. de Haan, *Het moderne bestuursrecht en de verhouding publiek-/privaatrecht* (Preadvies voor de christen juristenvereniging), Den Haag: Sdu 1998, p. 24.

9 Zie bijvoorbeeld J.A.E. van der Does en G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht* (serie Monografieën Nieuw BW deel A-26), Deventer: Kluwer 2001, p. 8 en M.W. Scheltema, 'Doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht in drievoud', *Vermogensrechtelijke Analyses* 2009/2, p. 12-57.

10 Zie M. Scheltema en M.W. Scheltema, 'De verhouding tussen publiek- en privaatrecht', *NJB* 2004/15, p. 768-776. Voorbeelden die door Scheltema en Scheltema worden gegeven betreffen onder andere de door de overheid gebruikte overeenkomst, de rechtmatige en onrechtmatige daad door de overheid, de daaruit volgende actie uit schadevergoeding en de oprichting van privaatrechtelijke rechtspersonen voor het uitvoeren van een overheids-taak.

11 Lubach constateerde reeds in 1986 de dedogmatisering wegens de vermaatschappelijking van het privaatrecht. Zie D.A. Lubach, 'De verhouding privaats-publiekrecht in het licht van het NBW', in: D.A. Lubach en W.A.M. van Schendel, *Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht* (Preadvies Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCIV), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 10. Zie ook W.G. Huijgen, 'Artikel 6:162 BW en de doorkruising van het publiekrecht', *WPNR* 1992/6074, p. 964-969.

12 Bloembergen en Huijgen achten de ontwikkeling van het overheidsprivaatrecht in goede handen bij de rechtspraak. Zie A.R. Bloembergen, 'Overheidsprivaatrecht: schets van een algemeen deel', *WPNR* 1992/6074, p. 957 en W.G. Huijgen, 'Artikel 6:162 BW en de doorkruising van het publiekrecht', *WPNR* 1992/6074, p. 968-969. Er is derhalve geen noodzaak het overheidsprivaatrecht te integreren of over te hevelen naar het bestuursrecht omdat het privaatrecht niet geëquipeerd zou zijn om de bijzondere positie van de overheid te beoordelen en in acht te nemen. Ik sluit mij hierbij aan.

het kader van dit onderzoek, het vennootschapsrechtelijk – kader gelden. Hierbij kan inkleuring van de privaatrechtelijke normen door publiekrechtelijke normen plaatsvinden. In de volgende paragraaf worden deze voor de overheidsonderneming van toepassing zijnde normenkaders uiteengezet.

3 DE NORMENKADERS VOOR DE OVERHEIDSONDERNEMING

3.1 Algemeen

Op de overheidsonderneming kunnen twee verschillende normenkaders van toepassing zijn. De grens tussen publiek- en privaatrecht wordt in het Nederlandse recht bepaald door de kernbegrippen ‘besluit’ en ‘bestuursorgaan’. Beide begrippen gaan uit van de aanwezigheid van ‘openbaar gezag’, dat wil zeggen een publiekrechtelijke bevoegdheidsgrondslag.¹³ Voor zover de overheidsonderneming als bestuursorgaan valt aan te merken, geldt het publiekrechtelijke kader. Om te beoordelen of dit normenkader op de overheidsonderneming van toepassing is, moet in de eerste plaats worden beoordeeld of de overheidsonderneming als bestuursorgaan in de zin van de Awb aan te merken is. Afhankelijk van de bevoegdheden en taak van de overheidsonderneming moet worden bepaald of – en in hoeverre – deze openbaar gezag bekleedt en aldus onder de werking van de Awb valt. Dit wordt besproken in paragraaf 3.2. Voor zover de overheidsonderneming géén bestuursorgaan is, zijn privaatrechtelijke normen van toepassing, zij het dat deze publiekrechtelijk kunnen worden ingekleurd. Dit komt aan bod in paragraaf 3.3.

3.2 De overheidsonderneming als bestuursorgaan in de zin van art. 1.1 lid 1 sub b Awb

Wanneer een privaatrechtelijke rechtspersoon – zoals de overheidsonderneming – wettelijk toegekende bevoegdheden heeft om eenzijdig, voor andere personen bindende besluiten te nemen ter behartiging van publieke belangen, kan zij op grond van art. 1.1 lid 1 sub b Awb als bestuursorgaan (oftewel als

13 In het Engelse recht wordt het karakter van een rechtsverhouding vastgesteld aan de hand van onder andere de zogenoemde *source of power*-test. Deze test is vergelijkbaar met de kwalificatie van een rechtshandeling als besluit waarbij wordt gezien of sprake is van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag die vanuit het legaliteitsbeginsel voor besluiten wordt vereist. Wanneer sprake is van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag, wordt de rechtsverhouding als publiekrechtelijk gekwalificeerd op het volgende geval na. Een contract kan ook een *source of power* zijn. Met dien verstande dat het gebruik van contractuele bevoegdheden ongeacht eventuele aanwezige wettelijke grondslagen niet voor ‘judicial review’ vatbaar zijn en derhalve als privaatrechtelijke bevoegdheden worden aangemerkt. Zie G.T.J.M. Jurgens en F.J. van Ommeren, ‘Publiekrecht in Engeland: Roomser dan de Paus? De opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht’, *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2009, p. 144.

b-orgaan) worden gekwalificeerd.¹⁴ Dit zogenaamde openbaar gezag-criterium is relatief. De overheidsonderneming wordt slechts geacht b-orgaan te zijn 'voor zover' zij bekleed is met openbaar gezag.¹⁵ Openbaar gezag in de zin van artikel 1:1 eerste lid onder b Awb, kan worden verkregen krachtens een wettelijk voorschrift dat terug te voeren is op een wet in formele zin.

Wanneer een wettelijk voorschrift ontbreekt, kan de aanwezigheid van 'overwegende overheidsinvloed' de kwalificatie als b-orgaan met zich meebrengen, maar algemeen wordt aangenomen dat deze wijze van kwalificatie slechts plaatsvindt in de context van het ambtenarenrecht.¹⁶ Bovendien heeft de rechter in het geval het vennootschappen betrof, mijns inziens terecht nooit op grond van dit criterium deze conclusie willen trekken.¹⁷

Daarnaast kan een entiteit, indien wordt voldaan aan het in de jurisprudentie ontwikkelde publieke taak-criterium, als b-orgaan worden bestempeld.¹⁸ Indien de taak aan de hand van dit criterium 'publiek' wordt geacht te zijn, kan de rechtsverhouding of rechtshandeling als publiekrechtelijk worden gekwalificeerd ondanks het ontbreken van een specifieke en expliciete bevoegdheidstoekenning.¹⁹ Het publieke taak-criterium houdt in dat als de entiteit een taak uitoefent die de overheid zich heeft aangetrokken en waarvan de uitvoering met overheidsgelden wordt bekostigd, deze entiteit in bepaalde gevallen als verlengstuk van de overheid, en derhalve als bestuursorgaan moet worden gezien.²⁰ Er wordt voor de toepasselijkheid van de Awb, dan gekeken naar het karakter van de rechtshandeling en het karakter van de handelende

14 Bestuursorganen kunnen onderverdeeld worden in a en b-organen. Deze onderverdeling is van belang voor de mate waarin de Awb toepasselijk is. Voor de overheidsonderneming is slechts de kwalificatiewijze van een entiteit als b-orgaan relevant, zodat een bespreking van a-organen achterwege blijft. Zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011, p. 64.

15 Zijlstra uit kritiek op de vaagheid van het publieke taak-criterium. De flexibiliteit van het criterium is wellicht nodig om in de praktijk entiteiten als bestuursorgaan te kunnen klassificeren, maar doet inderdaad geen recht aan de legaliteits-, specialiteits- en rechtszekerheidsbeginselen. In zoverre geldt deze kritiek van een *trade-off* ook voor het 'voor zover' criterium. Zie S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 54-55.

16 Hoewel de vraag gesteld kan worden of het criterium van overheidsinvloed ook buiten het ambtenarenrecht toepassing zou moeten krijgen voor het benoemen van overheidsondernemingen als bestuursorganen. Zo ook S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 51-52.

17 Zie inzake de NV Luchthaven Schiphol, ABRvS 3 oktober 1996, AB 1996, 474 m.nt. AFMB.

18 Dit wordt ook wel het doorgeefluik-criterium genoemd. Zie R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 124-126 en S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 49-55.

19 Zie ABRvS 30 november 1995, AB 1996, 136 m.nt. S.E. Zijlstra, JB 1995, 337, m.nt. F.A.M. Stroink, *Gst.* 7024 m.nt. C.P.J. Goorden, *RAwb* 1996, 44 m.nt. J.B.J.M. ten Berge en Rb Maas-tricht 21 april 1995, AB 1996, 137 en JB 1995, 116 m.nt. F.A.M. Stroink (*Stichting Silicose*).

20 Zie S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 49.

entiteit. Net als in Engeland²¹ heeft dit publieke taak-criterium een aanvullende functie om te toetsen of sprake is van een publiekrechtelijke rechtsverhouding wanneer hiervoor geen specifieke wettelijke grondslag is.²² Voor de beantwoording van de vraag of het in casu de uitoefening van een publieke taak betreft, is de inhoud van de beslissing steeds van groot belang.²³

Hoewel van (indirecte) bekostiging met overheids gelden kan worden gesproken wanneer de overheid een meerderheidsdeelneming in een vennootschap heeft en kan worden gezegd dat sprake is van een taak die de overheid zich heeft aangetrokken, gaat het mijns inziens te ver om de privaatrechtelijk ingerichte overheids onderneming louter op grond van deze criteria als bestuursorgaan te bestempelen. Aan deze elementen tezamen met beleidsbepalende overheids invloed, ontleent de overheids onderneming echter wel een publiek karakter dat haar onderscheidt van reguliere ondernemingen zodat deze met recht een *overheids* onderneming kan worden genoemd. Desalniettemin heeft voor de overheids onderneming te gelden dat deze slechts als b-orgaan wordt geclassificeerd, voor zover een wettelijke taak is toegekend. Hierbij kan bijvoorbeeld aan De Nederlandsche Bank worden gedacht die slechts voor zover zij besluiten had genomen omtrent de omwisseling van guldenbiljetten- en munten, een bestuursorgaan geacht werd te zijn.²⁴

21 Tussen de wijzen van begrenzing tussen publiek- en privaatrecht in het Engelse en Nederlandse recht kunnen parallellen worden getrokken. Voor een uitgebreide beschrijving van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht en een vergelijking met het Nederlandse recht zie G.T.J.M. Jurgens en F.J. van Ommeren, 'Publiekrecht in Engeland: Roomser dan de Paus? De opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht', *NTB* 2009, p. 142-152 en zie G.T.J.M. Jurgens en F.J. van Ommeren, *De opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

22 Deze zogenaamde publieke taak-test heeft in het Nederlandse recht een dubbele functie. De toets wordt gebezigd om te bepalen of een niet-overheidsinstelling als bestuursorgaan moet worden aangemerkt en of een bepaalde handeling van een overheidsinstelling als besluit kan worden aangemerkt. Voor niet tot de klassieke overheid behorende entiteiten wordt met behulp van deze toets bepaald of deze als bestuursorgaan zou moeten worden bestempeld zodat toegang en toetsing aan de Awb zou kunnen geschieden in een bestuursrechtelijke procedure. Voor wat betreft de handelingen waarmee zij een publieke taak uitoefenen worden zij aangemerkt als b-orgaan. Voor instellingen die tot de klassieke overheid behoren wordt deze toets gebruikt om te bepalen of bepaalde handelingen als publiek- of privaatrechtelijk moeten worden aangemerkt wanneer een specifieke wettelijke grondslag ontbreekt. Zie G.T.J.M. Jurgens en F.J. van Ommeren, 'Publiekrecht in Engeland: Roomser dan de Paus? De opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht', *NTB* 2009/6, p. 148.

23 Ook een wettelijke aansluitingsverplichting kan erop duiden dat de betrokken privaatrechtelijke instantie een publiekrechtelijke taak en functie heeft en derhalve gekwalificeerd moet worden als bestuursorgaan, in het bijzonder een b-orgaan. Zie ABRvS 24 december 2003, *JB* 2004, 42.

24 Zie ABRvS 26 oktober 2005, *AB* 2006, nr. 21, m.nt. H. Peters.

Voor zover de overheidsonderneming openbaar gezag uitoefent, geldt het publiekrechtelijke kader van de Awb en daarmee ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Wanneer de overheidsonderneming in het kader van de haar toegekende taak, privaatrechtelijke rechtshandelingen dan wel feitelijke handelingen verricht, is de onderneming gebonden aan deze geschreven en ongeschreven publiekrechtelijke uitgangspunten.²⁵ De vraag rijst echter in hoeverre de overheidsonderneming – wanneer zij *niet* als bestuursorgaan handelt – gebonden is aan publiekrechtelijke normen.

3.3 De overheidsonderneming en de doorwerking van publiekrechtelijke normen in het privaatrechtelijke kader

3.3.1 Algemeen

Indien en voor zover de overheidsonderneming geen openbaar gezag bekleedt, valt deze daarmee nog niet buiten het bereik van publiekrechtelijke normen.²⁶ De toepasselijkheid van deze publiekrechtelijke normen is ook wenselijk omdat de overheidsonderneming ten opzichte van reguliere ondernemingen een bijzondere positie kan hebben.²⁷ De invulling van het privaatrechtelijke kader voor de overheidsonderneming kan plaatsvinden via de redelijkheid en billijkheid of op grond van artikel 3:14 BW aan de hand van publiekrechtelijke nor-

25 De afdelingen 3.2 tot en met 3.4 van de Awb zijn op grond van art. 3:1 lid 2 Awb van overeenkomstige toepassing, overigens steeds voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet.

26 Zo meent Scheltema dat de doorwerking van bestuursrechtelijke normen op het privaatrecht mogelijk is via private regulering, waarbij publieke belangen door private actoren worden behartigd. Hij doelt hier niet op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar op andere normen zoals de bescherming van mensenrechten en het milieu. Er vindt een door de private actoren vrijwillig gekozen doorwerking plaats, omdat zij zich belangen aantrekken die volgens hen ook tot hun eigen verantwoordelijkheid moet worden gerekend. Zie M.W. Scheltema, 'De invloed van bestuursrechtelijke normen op het privaatrecht', *MvV* 2013/7-8, p. 186-192.

27 Normen die de bevoorrechte concurrentiepositie van de overheidsonderneming moeten tegengaan zoals mededingingsrechtelijke regels worden besproken in hoofdstuk 4 en 5.

men, in het bijzonder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.²⁸ Deze wisselwerking tussen privaats- en publiekrecht wordt hieronder beschreven.

3.3.2 De gemengde rechtsleer op de overheidsonderneming toegepast

Hoewel de overheidsonderneming slechts als bestuursorgaan wordt gekwalificeerd voor zover deze publiekrechtelijke bestuursbevoegdheden uitoefent, kunnen zowel bestuursrechtelijke als privaatrechtelijke normen haar handelen normeren.²⁹ Haar bijzondere positie rechtvaardigt de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen op grond van de geldende, zogenaamde gemengde rechtsleer.³⁰ Deze gemengde rechtsleer is gecodificeerd in artikel 3:14 BW en artikel 3:1 tweede lid Awb³¹ en gaat ervan uit dat bij grensgevallen tussen het privaatrecht en het bestuursrecht, mengvormen van privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke normen van toepassing zijn.³²

28 De verhouding tussen publiek en privaatrecht heeft zich ontwikkeld van een focus op het dogmatisch benaderen van de verschillen 'naar een pragmatische benadering, waarbij een zo groot mogelijke eenheid van publiek- en privaatrecht voorop wordt gesteld', zie W.G. Huijgen, 'Artikel 6:162 BW en de doorkruising van het publiekrecht', *WPNR* 1992/6074, p. 964-969. Huijgen noemt de ontwikkeling via rechtstreekse toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, het erkennen van de bijzondere taak van de overheid (te weten de behartiging van het publieke belang in het privaatrecht) en de inkleuring van privaatrechtelijke open normen met publiekrechtelijke elementen. Zie anders: F.A.M. Stroink, *De groei en bloei van het bestuursrecht* (afscheidsrede gehouden op 16 juni 2006 Universiteit Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 7. Stroink ziet de wenselijkheid van het naar elkaar toegroeien van het privaats- en bestuursrecht niet. Hij benadrukt het onderscheid tussen de rechtsgebieden. Zie nader over de doorwerking van bestuursrechtelijke normen in het privaatrecht M.W. Scheltema, 'De invloed van bestuursrechtelijke normen op het privaatrecht', *MvV* 2013/7-8, p. 186-192. Zie meer in het algemeen voor beginselen van behoorlijk bestuur in breder perspectief G.H. Addink, *Good Governance: Concept and Context*, Oxford University Press 2013 (nog te verschijnen).

29 Lubach omschreef reeds in 1986 dat de aard van de rechtsverhouding bepalend is voor het beantwoorden van de vraag welk recht op de rechtsverhouding van toepassing is. Zie D.A. Lubach, 'De verhouding privaats-publiekrecht in het licht van het NBW', in: D.A. Lubach en W.A.M. van Schendel, *Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht* (Preadvies Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCIV), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 14.

30 Met de codificatie van de gemengde rechtsleer heeft de verwevenheid van de verschillende rechtsgebieden een wettelijke basis verkregen. Van der Vlies ziet in de artikelen 3:14 BW en 3:1 tweede lid Awb een duidelijk bewijs dat de rechtsgebieden naar elkaar toe groeien. Zie I.C. van der Vlies, *Algemene begrippen. Hoofdstuk 1 en 2 Awb* (serie Studiepockets staats- en bestuursrecht deel 35), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 48.

31 Deze artikelen leggen een aspect van de gemengde rechtsleer vast, maar met deze codificatie is niet beoogd de rechtsontwikkeling van de leer vast te leggen.

32 Zie D.A. Lubach, 'De verhouding privaats-publiekrecht in het licht van het NBW', in: D.A. Lubach en W.A.M. van Schendel, *Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht* (Preadvies Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCIV), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 14 en voor een samenvatting van het IKON arrest over de gemengde rechtsleer W.G. Huijgen, *Kwartaalbericht Nieuw BW*, 1991/4, p. 131 e.v. Huijgen merkt mijns inziens terecht op dat op grond van art. 3:14 BW en art. 3:1 lid 2 Awb aan

In het algemeen wordt aangenomen dat de bepalingen betrekking hebben op het uitoefenen van privaatrechtelijke bevoegdheden door de *overheid*. Hoewel Van Rossum wel wat ziet in toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op niet-overheidsorganen op basis van artikel 3:14 BW, constateert ook zij dat hier gezien het standpunt van de Hoge Raad in het RZG arrest³³ niet snel sprake van zal zijn.³⁴ De vraag of het ziekenfonds RZG bij het inkopen van medische hulpmiddelen was gebonden aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, werd hierin namelijk negatief beantwoord.

Evenwel zou mijns inziens artikel 3:14 BW wel als schakelbepaling voor de toepasselijkheid van algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor de overheidsonderneming kunnen gelden.³⁵ De overheidsonderneming is in sterkere mate verbonden aan de overheid dan het ziekenfonds RZG dat niet tot de overheid behoorde maar slechts door overheidsgelden werd gefinancierd.

In hoeverre de schakelbepalingen onverkort moeten gelden voor de overheidsonderneming, hangt af van de vraag in hoeverre deze een bijzondere positie inneemt ten opzichte van niet-overheidsondernemingen. Om reguliere en overheidsondernemingen te onderscheiden, sluit ik aan bij het door Van der Does en Snijders geformuleerde functionele criterium. Zij stellen dat privaatrechtelijke rechtspersonen gelijk kunnen worden gesteld met de overheid als 'de aard en inhoud van de opgedragen taak en de omvang van de daarbij verleende of bestaande bevoegdheden rechtvaardigen dat de bijzondere regels die voor de overheid gelden in het privaatrecht, ook van toepassing zijn op de betrokken privaatrechtelijke rechtspersoon'.³⁶

Over de participatie in een vennootschap kan worden gesteld dat 'de overheid (...) in een gelijkwaardige in plaats van een hiërarchische relatie tot de uitvoe-

dezelfde normen en maatstaven wordt getoetst in het kader van art. 6:162 BW, zie W.G. Huijgen, 'Artikel 6:162 BW en de doorkruising van het publiekrecht', *WPNR* 1992/6074, p. 964-969.

33 Zie HR 4 april 2003, *NJ* 2004, nr. 34 (m.nt. M.A.M.C. van den Berg).

34 Zie A.A. van Rossum, 'Contracteren met de overheid. Wanneer mag de overheid gebruikmaken van het privaatrecht en welke normen zijn op privaatrechtelijk handelen van de overheid van toepassing?', *Contracteren* 2005/4, p. 93.

35 Art. 3:14 BW is tezamen met de artikelen 3:15, 3:59, 3:79 en 3:326 BW en art. 3:1 lid 2 Awb één van de schakelbepalingen waardoor de gemengde rechtsleer tot uiting komt. Zie W.J.J. Beurskens, *De Hoge Raad en de twee-wegenleer* (Ars Aequi Cahiers Privaatrecht deel 6), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 40.

36 Vergelijk met het functioneel criterium dat Van der Does en Snijders gebruiken om van gelijkstelling met de overheid te kunnen spreken. Zie J.A.E. van der Does en G. Snijders, *Overheidspivaatrecht* (serie Monografieën Nieuw BW deel A-26), Deventer: Kluwer 2001, p. 3-4.

rende organisatie [staat]'.³⁷ Dit is een argument voor de stelling dat de overheidsonderneming in ieder geval tot op zekere hoogte aan de overheid gelijk moet worden gesteld. Overheidsondernemingen maken als semi-publieke instellingen namelijk deel uit van een tussencategorie, waarbij een semi-publieke invulling van het privaatrechtelijke normenkader past.

De bewoordingen van artikel 3:14 BW laten ruimte voor een aanvullende functie voor de algemene beginselen van behoorlijk bestuur door toepasselijkheid op semi-publieke instellingen, waaronder de overheidsonderneming.³⁸ Van Rossum stelt dat vanwege de formulering van artikel 3:14 BW – waarbij ze refereert aan de daarin gebruikte term 'iemand' – het mogelijk is dat niet alleen overheidslichamen onder artikel 3:14 BW vallen.³⁹ Ik kan mij hierin vinden voor zover een onderscheid wordt gemaakt tussen entiteiten die een bepaalde publieke taak behartigen waarvoor normering door het publiekrecht is gerechtvaardigd – zoals de overheidsonderneming – en entiteiten die niet gebonden zijn aan het publieke recht door bijzondere taken (de gewone burger) of nauwe verbondenheid met de overheid. De bepaling zou anders zijn onderscheidende betekenis verliezen. Er had dan kunnen staan, 'iedereen' in plaats van 'iemand'. Hierbij wil ik opmerken dat ook privaatrechtelijke open normen, zoals bijvoorbeeld de open norm van redelijkheid en billijkheid, ruimte laten voor een publiekrechtelijke inkleuring van het privaatrechtelijke kader van de overheidsonderneming welke tot vergelijkbare resultaten leiden als bij toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur via artikel 3:14 BW.⁴⁰

Kortom, de overheidsonderneming heeft een bijzondere, bevoorrechte positie ten opzichte van reguliere ondernemingen. En hoewel dit de overheidsonderneming niet tot bestuursorgaan maakt indien de overheidsonderneming openbaar gezag ontbeert, rechtvaardigt deze positie mijns inziens wel een zekere toepasbaarheid van publiekrechtelijke normen. De overheidsonderneming wordt derhalve niet geheel gelijkgesteld met de overheid. Het bijzondere karakter van de overheidsonderneming gelegen in het betrokken publiek belang en de overwegende beleidsbepalende overheidsinvloed rechtvaardigen de toepassing van publiekrechtelijke normen volgens de gemengde rechtsleer.

37 Zie het rapport 'Publieke belangen en aandeelhouderschap' aangeboden aan de Tweede Kamer bij de brief van 24 augustus 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165, nr. 46, p. 16.

38 Het artikel zou een dergelijke zogenoemde kapstokfunctie voor semi-overheidsinstellingen kunnen vervullen aangezien verschillende algemene beginselen eenvoudig toegepast kunnen worden in het privaatrecht. Vergelijk R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 533-534.

39 Zie A.A. van Rossum, 'Contracteren met de overheid. Wanneer mag de overheid gebruikmaken van het privaatrecht en welke normen zijn op privaatrechtelijk handelen van de overheid van toepassing?', *Contracteren* 2005/4, p. 91.

40 Zie F.J. van Ommeren, 'Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'', *AA* 2012, p. 562-572.

3.4 Invulling van het normenkader voor de overheidsonderneming

3.4.1 *Beginnelsen*

Het privaatrechtelijke kader van de overheidsonderneming kan – zoals in de voorgaande paragraaf is beargumenteerd – mijns inziens publiekrechtelijk worden ingekleurd via de open normen in het burgerlijk recht, of op grond van art. 3:14 BW. De wisselwerking tussen de toepasselijke privaatrechtelijke en publiekrechtelijke normen moet steeds per individueel geval worden beoordeeld. De toepasselijke privaatrechtelijke en publiekrechtelijke normen kunnen elkaar ondersteunen of aanvullen wanneer ze gebaseerd zijn op gemeenschappelijke beginselen.⁴¹ Een voorbeeld van een dergelijk gemeenschappelijk beginsel is het vertrouwensbeginsel.⁴² In deze situaties zal een interpretatie van de betrokken normen geen moeilijkheden opleveren.

Privaatrechtelijke en publiekrechtelijke normen kunnen echter ook tegenstrijdig zijn. Hier kan bijvoorbeeld sprake van zijn wanneer verschillende beginselen tot uitgangspunt worden genomen. De tegenstrijdigheid vloeit dan voort uit het dogmatische onderscheid tussen privaats- en publiekrecht.⁴³ Deze tegenstrijdigheid, wordt door sommigen aangegrepen om te pleiten tegen het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen door de overheid. Een dergelijke tegenstrijdigheid is mijns inziens op zichzelf echter geen valide argument tegen het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen of andere instrumenten door

41 Privaatrecht en publiekrecht kennen gemeenschappelijke beginselen. Beginselen kunnen gezien worden als algemene leerstukken van het recht die richtinggevend zijn voor de interpretatie van positief recht. Lubach meint dat sprake is van algemene rechtsbeginselen die gelding hebben in zowel het privaatrecht als in het bestuursrecht. Zie D.A. Lubach, 'De verhouding privaats-publiekrecht in het licht van het NBW, in: D.A. Lubach en W.A.M. van Schendel, *Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht* (Preadvies Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCIV), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 14. Scheltema meint in navolging van Bloembergen dat het bestuursrecht en het privaatrecht gemeenschappelijke regels kennen waarvan opname in een Wet Algemene Bepalingen zou passen. Zie M. Scheltema, 'Een bijzondere positie voor de overheid in het overeenkomstenrecht? Of: aandacht voor de bestuursrechtelijke overeenkomst?', *WPNR* 1992/6074, p. 959. Ook kan worden gesproken over een beperkt gesloten stelsel van rechtsbeginselen dat toepasbaar is in alle rechtsgebieden. Zie R.J.N. Schlössels, 'Dimensies van rechtsbeginselen. Enige observaties vanuit het bestuursrecht', in: *In beginsel*, Deventer: Kluwer 2004, p. 25. Deze gemeenschappelijke algemene rechtsbeginselen kunnen in de verschillende contexten een andere uitwerking hebben. Zie bijvoorbeeld voor de invulling van het evenredigheidsbeginsel in verschillende contexten I.V. Aronstein, 'De rol van het evenredigheidsbeginsel in Europees en Nederlands privaatrecht', *WPNR* 2011/6901, p. 816-822.

42 Zie nader R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 533.

43 Zie nader Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011, p. 401-404.

de overheid. Ook publiekrechtelijke beginselen kunnen immers aan elkaar tegenstrijdig zijn.

Ondanks een mijns inziens onmiskenbare osmose, kunnen wezenlijke verschillen bestaan in een aantal aan de rechtsgebieden ten grondslag liggende wezenlijke rechtsbeginselen. Denk daarbij aan het legaliteitsbeginsel en het beginsel van partijautonomie. De mogelijke tegenstrijdigheid van de inhoud van de beginselen, doet niet af aan het feit dat zowel de privaatrechtelijke als publiekrechtelijke normen gelden. De inhoud van het normenkader waarbinnen de overheidsonderneming handelt, moet derhalve steeds worden bepaald aan de hand van deze tussen het publiek- en privaatrecht bestaande wisselwerking.⁴⁴ Ik zal dit hieronder illustreren aan de hand van de wisselwerking tussen het publiekrechtelijke legaliteitsbeginsel dat geldt ter rechtsbescherming en het privaatrechtelijke beginsel van partijautonomie dat wordt ingegeven door rechtvaardigheid.

Voor handelen in het privaatrecht, geldt vanwege het autonomiebeginsel in beginsel een onbeperkte contractsvrijheid en vrijheid met betrekking tot eigendom.⁴⁵ Deze contractsvrijheid is het uitgangspunt in het overeenkomstenrecht. Volgens de klassieke invulling houdt deze in dat partijen in beginsel de vrijheid hebben om te kiezen met wie, waarover en wanneer zij een overeenkomst willen sluiten. Daar waar het evenwicht wordt verstoord, bestaat een rechtvaardigingsgrond voor de wettelijke bescherming van de zwakkere partij. In het privaatrecht worden bepaalde partijen derhalve beschermd indien hun positie ten opzichte van de andere partij vanwege bepaalde omstandigheden zwakker wordt geacht. Partijautonomie vereist namelijk een zekere mate van gelijkheid tussen partijen.⁴⁶

Hoewel in zowel het privaatrecht als in het publiekrecht de zwakker geachte partij wordt beschermd, ligt hier een fundamenteel ander principe

44 De aan deze rechtsgebieden ten grondslag liggende beginselen bepalen de interpretatie van rechtsnormen en kunnen tegenstrijdig zijn. Zie voor de verschillende rechtsbeginselen voor het publiekrecht Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011, p. 269 e.v. en voor het privaatrecht J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.

45 Zie uitgebreider J.C.E. Ackermans-Wijn, *Contracten met de overheid* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1989, p. 52 e.v. Voor het onderscheid tussen beleidsvrijheid en partijautonomie zie D.A. Lubach, 'De verhouding privaats-publiekrecht in het licht van het NBW', in: D.A. Lubach en W.A.M. van Schendel, *Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht* (Preadvies Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCIV), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 36.

46 Naast het autonomiebeginsel ziet Cherednychenko het solidariteitsbeginsel als rechtvaardiging voor ingrijpen in rechtsverhoudingen. Zie O.L. Cherednychenko, 'Contractsvrijheid van billijkheid in het huidige contractenrecht: kunnen grondrechten ons helpen?', *Contracten* 2004/3, p. 60-61.

aan ten grondslag. In het publiekrecht is dit namelijk de rechtsbeschermingsgedachte en in het privaatrecht de rechtvaardigheidsgedachte.⁴⁷

Het overheidshandelen wordt in het publiekrecht beperkt door het legaliteits- en het specialiteitsbeginsel.⁴⁸ Iedere overheidsbevoegdheid moet gebaseerd zijn op een specifieke wettelijke grondslag, die tevens de toetssteen voor het overheidsoptreden vormt. Het publiekrecht beoogt de burger te beschermen tegen de uitoefening van de bijzondere publiekrechtelijke bevoegdheden, die aan de overheid zijn toegekend om zijn bijzondere taak te kunnen vervullen. Voorop staat derhalve de wens tot rechtsbescherming van de burger tegenover de overheid die bijzondere bevoegdheden bezit.

Het argument tegen het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen door de overheid omdat deze zich zo aan publiekrechtelijke normen zou kunnen onttrekken en zich een grotere vrijheid zou kunnen veroorloven dan in het publiekrecht, hoeft mijns inziens niet te kloppen. Voor het gebruik van de overheidsonderneming, hoeft het legaliteitsbeginsel bijvoorbeeld geen belemmering te zijn. Wanneer de overheid aandeelhouder in een kapitaalvennootschap is, is de overheid zoals besproken in hoofdstuk 2 evenzeer als andere aandeelhouders gerechtigd om haar stemrechten die aan de aandelen zijn verbonden uit te oefenen. Wel zal het handelen van de overheid, steeds met het oog op het publiek belang moeten plaatsvinden. Lubach meent dat de contractsvrijheid van de overheid verder beperkt is en dat de inhoud van overeenkomsten niet wordt bepaald aan de hand van autonomie van wilsvorming, maar op grond van toepasselijke publiekrechtelijke normen.⁴⁹

Een dergelijke vergaande beperkende werking van bijvoorbeeld het legaliteits- en specialiteitsbeginsel ten aanzien van het begrip partijautonomie kan mijns inziens niet onverkort voor de overheidsonderneming gelden. Voor het handelen van de overheidsonderneming zelf is het legaliteitsbeginsel namelijk niet in dezelfde mate leidend. Het legaliteitsbeginsel kan de partijautonomie van de overheidsonderneming beperken vanwege de aan de onderneming opgedragen publieke taak, maar de overheidsonderneming kan handelingen verrichten

47 De erkenning dat osmose tussen beide rechtsgebieden plaatsvindt, doet hieraan niet af. Zo ook R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 59-60.

48 Het bestuur heeft voor bepaalde handelingen een wettelijke grondslag nodig en haar optreden moet doelgebonden zijn. Zie F.C.M.A. Michiels, *Hoofdzaken van het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 9-13. Zie anders voor wat betreft de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk kleed*, Den Haag: VUGA Uitgeverij 1997, p. 15-17.

49 zie D.A. Lubach, 'De verhouding privaat-publiekrecht in het licht van het NBW, in: D.A. Lubach en W.A.M. van Schendel, *Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht* (Preadvies Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCIV), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 32-36.

die niet behoeven te berusten op wettelijke bevoegdheden zoals de handelingen van de overheid dat wel moeten doen. De privaatrechtelijke regels verlenen de overheidsonderneming een autonome bevoegdheid om te handelen binnen het door het civiele recht toegestane kader. De overheidsonderneming heeft mijns inziens evenals de overheid, echter wel een beperktere autonomie. De overheid mag namelijk niet alles; zij moet haar handelen verantwoorden volgens hetgeen democratisch geëigend is. En zo is ook de overheidsonderneming naast de grenzen van het privaatrecht die voor eenieder gelden, gebonden aan publiekrechtelijke normen zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Voor haar handelen gelden deze publiekrechtelijke normen als extra waarborg zodat de overheid de mogelijkheid tot het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen niet misbruikt. Daarbij is de onderneming gebonden aan het aan haar toevertrouwde publieke belang, zoals deze zou moeten zijn vastgelegd in de statutaire doelomschrijving.

Kortom, zowel wanneer de overheid gebruik maakt van privaatrechtelijke instrumenten, als wanneer de overheidsonderneming handelt, beïnvloeden mijns inziens publiekrechtelijke beginselen de (concrete) invulling van privaatrechtelijke normen.⁵⁰ Ook de privaatrechtelijke vrijheid van de overheidsonderneming – zelfs als deze niet als bestuursorgaan kan worden aangemerkt – kan derhalve worden beperkt door bestuursrechtelijke normen, omdat dit als een aanvullend normenkader geldt voor (semi-) overheden zoals de overheidsonderneming. Een dergelijk aanvullend publiekrechtelijk normenkader, geldt niet voor niet-overheden.⁵¹

50 Sommigen zien de beperking van de contractsvrijheid van de overheid als een bewijs van het primaat van het bestuursrecht. Volgens G.A. van der Veen demonstreert het oordeel van de Hoge Raad in de Rasti Rostelli zaak dit primaat. Zie G.A. van der Veen, 'Primaat van het publiekrecht en grondrechtelijke beperkingen op de contractsvrijheid', *NTBR* 1996/8, p. 197-200. Mijns inziens kan een beperking van de contractsvrijheid van de overheidsonderneming ook gezien worden in het interne systeem van het privaatrecht zonder dat direct sprake is van het primaat van het bestuursrecht. Vergelijk M.H. Wissink, 'Contractsvrijheid van de overheid', *Bb* 1996/13, p. 105-107. Een volledige onderwerping van het privaatrecht aan het publiekrecht is mijns inziens niet mogelijk zonder de integriteit van het privaatrecht aan te tasten. Het is mijns inziens daarom onwenselijk om van het primaat van het bestuursrecht te spreken. Desalniettemin dient in het privaatrecht terdege rekening te worden gehouden met de bijzondere positie van de overheid in een privaatrechtelijke rechtsvorm. Het integreren van het publiek belang in belangenafwegingen en doorwerking via art. 3:14 BW zorgen voor deze aansluiting.

51 Zo kan het gelijkheidsbeginsel bijvoorbeeld de privaatrechtelijke contractsvrijheid van de overheid beperken. Zie nader G.A. van der Veen, 'Gemeentelijke contracten en het gelijkheidsbeginsel', *Gst.* 2010/115, p. 582-584. De contracteervrijheid van de overheid kan bijvoorbeeld worden beperkt omdat zij ook in privaatrechtelijke verhoudingen grondrechten in acht moet nemen. Een privaatrechtelijke partij is niet in dezelfde mate gebonden. Een voorbeeld van de beperking van de contracteervrijheid wegens de publiekrechtelijke verplichting een vergunning af te geven is HR 5 juni 2009, *JB* 2009/171 m.nt. Peters (*Amsterdam/Geschiere*). In casu kon de gemeente Amsterdam activiteiten waarvoor zij verplicht was een vergunning te verlenen, niet verhinderen door het onthouden van de benodigde

De verschillende invulling van normen en rechtsverhoudingen – gedictieerd door de wens van rechtsbescherming en de wens van rechtvaardigheid – vormen vanwege de verschillende uitgangspunten, twee verschillende toetsingskaders. De wisselwerking tussen het privaatrechtelijke kader en de toepasselijke publiekrechtelijke normen, kan behalve een beperkende werking op het handelen van de overheid en de overheidsonderneming, echter ook een verruimende werking hebben. Naast de beperkende invloed van bestuursrechtelijke normen op het privaatrechtelijk handelen van de overheid, kan de overheid in het privaatrecht in bepaalde gevallen namelijk een grotere vrijheid toekomen, dan wanneer zij zou handelen op basis van publiekrechtelijke bevoegdheden.⁵² Dit omdat de overheid zich in sommige gevallen ten opzichte van niet-overheden een grotere vrijheid met betrekking tot privaatrechtelijk handelen kan veroorloven vanwege de bijzondere taak die zij heeft.⁵³ Een dergelijke vrijheid kan mijns inziens in bepaalde gevallen ook de overheidsonderneming toekomen.

Deze mogelijkheid doet niet af aan het feit dat het publiekrechtelijke normenkader het privaatrechtelijke normenkader aanvult, waardoor een meervoudige toets plaatsvindt. Voorafgaand aan het oprichten of deelnemen in een privaatrechtelijke onderneming, wordt aan de doorkruisingsleer getoetst of de overheid de privaatrechtelijke weg mag bewandelen. Wanneer de overheid een privaatrechtelijke rechtsfiguur heeft opgericht, of hierin deelneemt is haar handelen steeds onderworpen aan zowel de privaatrechtelijke als publiekrechtelijke normen via art. 3:14 BW. Daarbij geldt ook voor het handelen van de overheidsonderneming een doorlopende toets aan een wisselwerking van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke normen die zowel beperkend als verruimend kunnen werken. Deze doorlopende toets moet als een extra waarborg tegen misbruik van het privaatrecht door de overheid worden gezien, die de bezwaarlijkheid van het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen mijns inziens wegneemt.

privaatrechtelijke toestemming als eigenaar van de grond. Dit zou in strijd met het verbod van misbruik van bevoegdheid worden geacht. Zie R.J.N. Schlössels en F.A.M. Stroink, *Kern van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 228-229.

52 Zie A.A. van Rossum, 'Contracteren met de overheid: wanneer mag de overheid gebruik maken van het privaatrecht en welke normen zijn op privaatrechtelijk handelen van de overheid van toepassing?', *Contracteren* 2005, p. 85-93. Van Rossum bespreekt het voorbeeld van de overheid die als eigenaar van grond, zich kan permitteren andere grondprijzen te berekenen, zonder dat deze ongelijke behandeling in strijd zou komen met het gelijkheidsbeginsel. Een objectieve en redelijke rechtvaardiging werd in casu geacht aanwezig te zijn.

53 Nakoming van een bepaalde overeenkomst kan ten aanzien van de overheid bijvoorbeeld niet worden gevorderd in gevallen waarin dit van een private wederpartij wel zou kunnen worden geëist wanneer het publieke belang in het geding is.

3.4.2 *Legitimiteit gebruik privaatrechtelijke rechtsvorm voor overheidsonderneming*

De toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op het handelen van de overheidsonderneming in een privaatrechtelijke rechtsvorm versterkt de legitimiteit van het gebruik van een privaatrechtelijke rechtsvorm voor het onderbrengen van een overheidsonderneming. De angst dat de overheid misbruik zou maken van privaatrechtelijke mogelijkheden kan enigszins worden getemperd door te erkennen dat haar mogelijkheden in het privaatrecht worden begrensd door het publiekrechtelijke kader. Zij heeft niet dezelfde vrijheid zoals de ruime beleidsvrijheid die slechts marginaal wordt getoetst in het bestuursrecht. Zelfs wanneer in het privaatrecht minder strikt wordt omgegaan met een bevoegdheidsgrondslag – omdat de overheid als rechtspersoon bepaalde rechten en plichten kan uitoefenen zonder dat daarvoor een bijzondere wettelijke grondslag voor bestaat – worden bij het uitoefenen van deze bevoegdheden toch grenzen aangegeven. De overheid wordt dan niet dezelfde vrijheid vergund als wanneer zij gebruik maakt van een discretionaire bevoegdheid in het publiekrecht. De begrippen beleidsvrijheid en beleidsruimte in het bestuursrecht worden weerspiegeld in het criterium van een redelijk handelende overheid. Voor deze redelijk handelende overheid gelden tevens bestuursrechtelijke normen, terwijl het handelen ook aan privaatrechtelijke normen als de redelijkheid en billijkheid wordt getoetst. Het handelen van de overheid wordt derhalve aan een extra toets onderworpen die soortgelijke resultaten oplevert als wanneer zij hetzelfde had gepoogd via publiekrechtelijke wegen. Hoewel de rechtsbescherming van de Awb dan niet openstaat, heeft andere publiekrechtelijke regelgeving die eventuele nadelen voor de wederpartijen van de overheid in het privaatrecht zo veel mogelijk wegneemt, zoals mededingingsrechtelijke regels, volledige gelding zodat deze nadelen tot een minimum worden beperkt.

Verschillende auteurs wijzen op het in hun ogen laakbare feit dat de overheid het gebruik van privaatrechtelijke instrumenten niet steeds op een specifieke rechtsgrondslag stoelt. Dit bezwaar wordt met betrekking tot de overheidsonderneming mijns inziens opgeheven doordat zowel het gebruik van het privaatrecht door de overheid als het handelen van de overheidsonderneming kunnen worden getoetst aan publiekrechtelijke normen. Men zou namelijk kunnen stellen dat naast de ingangstoets van de doorkruisingsleer, het gebruik van het privaatrecht door de overheid via een overheidsonderneming aldus aan een tweede, doorlopende toets wordt onderworpen. Het geldende normenkader vormt de inhoudelijke toets waardoor beleidsruimte op grond van het privaatrecht ook doorlopend wordt begrensd. Het privaatrechtelijke instrumentarium is door deze aanvullende werking van publiekrechtelijke normen, ook in het civiele recht aan waarborgen onderworpen, zelfs als door het gebruik

van het privaatrecht minder strikt wordt omgegaan met een specifieke rechtsgrondslag.⁵⁴

4 CONCLUSIE

De overheidsonderneming is een bijzonder deel van het overheidsprivaatrecht, omdat zowel de interne, institutionele verhoudingen, als de externe rechtsverhoudingen van overheidsondernemingen vragen over de grenslijn tussen publiek- en privaatrecht oproepen. Het publiek- en privaatrecht zijn in elkaar overlopende rechtssferen.⁵⁵ Lubach meent dat het belang van onderscheid tussen de rechtsgebieden slechts is gelegen in het vinden van de juiste rechtsingang.⁵⁶ Zoals besproken, spelen mijns inziens ook de verschillen in rechtsgrondslagen, het karakter van de rechtsgebieden en de verschillende wijzen van invulling van normen een rol. De competentieverdeling tussen de burgerlijke rechter en de administratieve rechtspraak en de verschillende contexten

-
- 54 Men kan beargumenteren dat ook voor de overheid een specifieke rechtsgrondslag voor het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden niet nodig is omdat een dergelijke eis niet strookt met het privaatrechtelijke uitgangspunt dat een entiteit met rechtspersoonlijkheid alle privaatrechtelijke mogelijkheden tot zijn beschikking heeft tenzij uit de wet anders voortvloeit. De rechtspersoonlijkheid van de overheid zou daarmee namelijk worden uitgehold. Anderzijds is vanuit staatsrechtelijk en bestuursrechtelijk oogpunt logisch dat een bevoegdheidsgrondslag een dermate essentiële voorwaarde is voor het functioneren van de overheid en het uitoefenen van gezag, dat deze zelfs in het privaatrecht niet moet worden kunnen omzeild. Of dat een dergelijke eis juist in het privaatrecht niet zou mogen worden weggelaten omdat daarmee misbruik door de overheid impliciet wordt gefaciliteerd.
- 55 De wens is vader van de gedachte en de visie die men heeft op de verhouding van de overheid en de samenleving en de rol van de overheid bepaalt de gedachtevorming over de scheiding tussen publiek- en privaatrecht en waar de grens tussen beide rechtsgebieden ligt of behoort te liggen. Met Jurgens en Van Ommeren ben ik van mening dat het onderscheid geen van tevoren vaststaand dogmatisch concept is. Zie G.T.J.M. Jurgens en F.J. van Ommeren, 'Publiekrecht in Engeland: Roomser dan de Paus? De opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2009, p. 152. Jurgens en Van Ommeren noemen het onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht multifunctioneel. Het onderscheid dient meestal meerdere doelen zoals het verschaffen van toegang tot een bepaalde rechter en de toepasselijkheid van een bepaalde set normen. De scheiding tussen publiekrecht en privaatrecht heeft dezelfde functies in het Nederlandse rechtstelsel.
- 56 Lubach wenst dedogmatisering van het onderscheid tussen bestuursrecht en privaatrecht. Hij meent dat de problematiek van het maken van een onderscheid tussen de twee rechtssferen niet gerechtvaardigd wordt door een materieelrechtelijk verschil maar voornamelijk wordt opgelegd vanwege de competentieverdeling tussen de administratieve rechtspraak en de burgerlijke rechter. Een vermindering van het onderscheid heeft volgens hem reeds plaatsgevonden vanwege de vermaatschappelijking van het privaatrecht. Zie D.A. Lubach, 'De verhouding privaats-publiekrecht in het licht van het NBW', in: D.A. Lubach en W.A.M. van Schendel, *Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht* (Preadvies Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCIV), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 10-14.

waarin de rechterlijke toetsing plaatsvindt en de normenkaders waaraan wordt getoetst, hoeven echter geen divergentie in de geboden rechtsbescherming te veroorzaken.

Er blijft – ondanks een toenadering van de rechtsgebieden – een noodzaak bestaan, om de overheidsonderneming en haar verschillende rechtsbetrekkingen een plaats te geven in het – in beginsel – privaatrechtelijke kader.⁵⁷

Twee thema's staan in dit hoofdstuk centraal. Ten eerste het belang van het maken van onderscheid tussen reguliere en overheidsondernemingen. Ten tweede het beargumenteren waarom de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing moeten worden geacht op het handelen van de overheidsonderneming, ook als deze niet als bestuursorgaan in de zin van de Awb kan worden gekwalificeerd. De toepasselijkheid ervan wordt gerechtvaardigd door de gemengde rechtsleer die mijns inziens van toepassing moet worden geacht op de overheidsonderneming, omdat deze ten opzichte van reguliere ondernemingen een bijzondere positie heeft en (deels) een publieke taak heeft die zij moet incorporeren in haar handelen. De overheidsonderneming wordt daarom een duale toets aangemeten. Haar handelen is enerzijds onderworpen aan publiekrechtelijke normen omdat deze mijns inziens via de gemengde rechtsleer zoals vastgelegd in artikel 3:14 BW van toepassing zijn of anders via de open normen van het burgerlijk recht gelden. Deze publiekrechtelijke normen zouden mijns inziens ook via artikel 3:1 lid 2 Awb analoog van toepassing kunnen zijn op de overheidsonderneming. Dit komt bovenop de reguliere toetsing van het handelen aan het privaatrechtelijk kader van het Burgerlijk Wetboek. Anderzijds brengt de bijzondere taak die hoort bij de doelstellingen van de overheidsonderneming mee dat zij zich in bepaalde gevallen meer vrijheid kan veroorloven in het burgerlijk recht. Bij een belangenafweging zal het publieke belang moeten worden gewogen ten opzichte van het private belang, waarbij private belangen opzij kunnen worden gezet. Wel moet worden gezien of deze belangenafweging binnen het vennootschapsrechtelijke kader mogelijk is. De alhier geregelde institutionele verhoudingen kunnen niet zonder nadere argumentatie worden verstoord. Ik kom hierop terug in hoofdstuk 4.

57 Scheltema constateerde reeds in 1992 de samenhang en toenadering tussen beide rechtsgebieden. Zie M. Scheltema, 'Een bijzondere positie voor de overheid in het overeenkomstenrecht? Of: aandacht voor de bestuursrechtelijke overeenkomst?', *WPNR* 1992/6074, p. 958-963.

4 Overheidsonderneming en kapitaalvennootschap

1 INLEIDING

Na de bespreking van het op de overheidsonderneming toepasselijke normenkader, zal de privaatrechtelijke kapitaalvennootschapsvorm voor de overheidsonderneming in dit hoofdstuk nader worden besproken. De keuze om deel te nemen in een kapitaalvennootschap of te participeren in een vereniging of stichting, wordt door de overheid meestal gemaakt op grond van de aard van de uit te voeren activiteiten. Is sprake van een commerciële, bedrijfsgerichte activiteit, dan is de kapitaalvennootschap veelal de aangewezen rechtsvorm.¹ De kapitaalvennootschap is immers in beginsel bedoeld om een winstmaximaliserende *onderneming* in te drijven.² Omdat de overheidsonderneming in beginsel een onderneming drijft, is de kapitaalvennootschap derhalve in veel gevallen de meest geëigende rechtsvorm om een dergelijke onderneming in onder

1 Zie in vergelijkbare zin de overwegingen met betrekking tot de oprichting van NV Luchthaven Schiphol, waarover nader in hoofdstuk 6 wordt gesproken. Dat de keuze voor de kapitaalvennootschap voor een commerciële bedrijfsgerichte activiteit echter geen vanzelfsprekende is, bleek reeds in hoofdstuk 2, waar de oprichting van de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij is besproken, zie in het bijzonder *Kamerstukken II* 1994/95, 24 119, nr. 2, p. 2 (Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij (SENS)).

2 Op de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij en Holland Casino na, zijn alle deelnemingen door de Rijksoverheid vormgegeven in de kapitaalvennootschapsvorm. Overigens is het gebruik van de kapitaalvennootschapsvorm voor de uitvoering van bedrijfsgerichte activiteiten niet geheel vanzelfsprekend. Zie bijvoorbeeld de omzetting van de stichting Nationale Postcode Loterij in de Nationale Postcode Loterij NV en de kritiek van het College van Toezicht op de kansspelen daarop. Zij overwoog dat: 'niet uit het oog mag worden verloren dat de Wet op de kansspelen het organiseren van kansspelen (...) niet toestaat met het oog op persoonlijk gewin. Gelet op de bijzondere positie en maatschappelijke functie van de vergunninghouders van de landelijke kansspelen heeft het College gewezen op de noodzaak van een daarop afgestemde uitwerking van de gekozen rechtsvorm. Het College betreurt het dan ook dat een aantal reeds eerder door het College geadviseerde maatregelen niet is overgenomen door de minister van Justitie. Het College wijst hier in het bijzonder op de bemoeienis van overheidswege met de benoeming van de raad van commissarissen.' Zie het advies van 25 maart 2004 betreffende de NV-structuur Nationale Goede Doelen Loterijen, p. 3, te raadplegen via www.toezichtkansspelen.nl/adviezen/04adv225.pdf.

te brengen.³ De nadruk ligt derhalve op de inrichting van de in Boek 2 BW geregelde kapitaalvennootschap als rechtsvorm voor de overheidsonderneming.

De voor- en nadelen van het gebruik van de kapitaalvennootschap als rechtsvorm voor de overheidsonderneming – al dan niet met een volledig belang van de overheid in het aandelenkapitaal – worden hieronder nader uiteengezet. De nadruk ligt daarbij op een bespreking van de naamloze vennootschap. De redenen hiervoor worden besproken bij de uiteenzetting van het onderscheid tussen de naamloze en besloten vennootschap in paragraaf 2.1 van dit hoofdstuk. In het vervolg van paragraaf 2 bespreek ik de doelstelling en organisatie(structuur) van de naamloze vennootschap. Vervolgens komen in de paragrafen 3 tot en met 6, de rol en positie van de overheid binnen de naamloze vennootschap aan de orde namelijk respectievelijk als bestuurder, binnen de raad van commissarissen, als aandeelhouder en als derde. Ten slotte wordt in paragraaf 7 een conclusie getrokken met betrekking tot de geschiktheid van de kapitaalvennootschap voor de overheidsonderneming.

De inrichting van Europese kapitaalvennootschappen, te weten de Europese vennootschap (SE)⁴ en de Europese coöperatieve vennootschap (SCE),⁵ wordt grotendeels ingevuld door de nationale vennootschapsrechtelijke regelgeving.⁶ De invulling van de organisatie van deze rechtspersonen vindt – ondanks het feit dat de benaming van deze rechtsvormen op een Europese herkomst wijzen – in belangrijke mate plaats volgens de desbetreffende nationaalrechtelijke bepalingen. Deze Europese kapitaalvennootschappen kennen derhalve veelal dezelfde mogelijkheden als hun nationaalrechtelijke equivalent en zullen niet

3 Een alternatieve vorm om de beoogde activiteiten in onder te brengen is een agentschap of een zogenaamde – publiekrechtelijke – rechtsvorm *sui generis*. De overwegingen om te komen tot een privaatrechtelijke ondernemingsstructuur waar in de privatiseringsdiscussies vaak de nadruk op is gelegd, zijn besproken in paragraaf 4 van hoofdstuk 3. Deze keuze is veelal een politieke.

4 Zie Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), *PbEU* 2001 L294/1 en de aanvullende Richtlijn 2001/86/EG van de Raad van 8 oktober 2001 tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers, *PbEU* 2001 294/22. Voor een artikel over de voor- en nadelen van de Societas Europaea zie J.N. Schutte-Veenstra en M.A. Verbrugh, 'De SE: pro's en con's', *Ondernemingsrecht* 2011/5, p. 23-27.

5 Zie Uitvoeringswet verordening Europese coöperatieve vennootschap (*Stb.* 2006, 425, 465) en de Wet rol werknemers bij de Europese rechtspersonen (*Stb.* 2006, 361, 362). Voor meer over de Societas Cooperativa Europaea zie nader A.R. Spoor, 'De Societas Cooperativa Europaea', *Bb* 2010/7, p. 27-30.

6 Het voorstel met betrekking tot een eventuele Europese BV wordt buiten bespreking gelaten. Voor meer hierover zie M. Verbrugh, 'Naar een Europese BV? Het voorstel voor een SPE-Verordening nader bezien in het licht van de SE en enkele recente Europese ontwikkelingen', *Ars Aequi* 2011/12, p. 871-878 en H. ten Voorde, 'De Europese besloten vennootschap (SPE) in de praktijk', *Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk* 2009/8, p. 287-290.

afzonderlijk van de Nederlandse regeling voor de naamloze vennootschap worden behandeld.⁷

2 KAPITAALVENNOOTSCHAP ALS ONDERNEMINGSVORM VOOR DE OVERHEIDS- ONDERNEMING

2.1 Algemeen

De overheid is betrokken geweest bij de oprichting van verscheidene vennootschappen en heeft nog steeds een aanzienlijk aantal deelnemingen in kapitaalvennootschappen.⁸ Lange tijd is mijns inziens een te negatief beeld van het gebruik van de vennootschap door de overheid geschetst. Slechts in zeer uitzonderlijke situaties zou sprake kunnen zijn van aandeelhouderschap door de overheid.⁹

Uit het overzicht van overheidsdeelnemingen valt op te maken dat in de praktijk veel overheidsondernemingen op rijksniveau in de naamloze vennootschapsvorm worden gedreven.¹⁰ Bij de bespreking van de kapitaalvennootschap als ondernemingsvorm voor de overheidsonderneming wordt in beginsel steeds uitgegaan van de regeling zoals die geldt voor de naamloze vennootschap. Om inzicht te krijgen in de vraag waarom voor de vormgeving van een overheidsonderneming vaak de rechtsvorm van de naamloze vennootschap wordt gekozen, ga ik in deze paragraaf kort in op de verschillen tussen de naamloze en de besloten vennootschap en zet ik uiteen welke specifieke kenmerken van de rechtsvormen van belang zijn voor een overheidsonderneming.

7 Ik meen dat de keuze voor een Europese rechtsvorm niet past bij het de door de desbetreffende overheidsonderneming te borgen publieke belang dat naar zijn aard veelal nationaal georiënteerd is. Dit is anders, wanneer het te dienen belang een specifiek Europees belang betreft. Het gebruik van een gemodificeerde Europese rechtspersoon kan dan uitkomst bieden.

8 Zie reeds hoofdstuk 1.

9 Zie het rapport 'Publieke belangen en aandeelhouderschap' aangeboden aan de Tweede Kamer bij de brief van 24 augustus 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165, nr. 46, p. 19.

10 Uitzondering hierop vormen enkele (als werkmaatschappij opgerichte) ondernemingen welke in de besloten vennootschapsvorm worden gedreven. Men denke aan ProRail BV. Zie nader hierover paragraaf 2.1 van dit hoofdstuk. Zie voor een overzicht van de deelnemingen die de staat aanhield per eind 2011 in het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 (herziene versie), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 145.

Onderscheid naamloze vennootschap en besloten vennootschap

Van Schilfgaarde stelt in 2006 nog dat de verschillen tussen de twee rechtsfiguren 'betrekkelijk beperkt' zijn.¹¹ Het was dan ook niet verwonderlijk dat de overheid bij de keuze voor de kapitaalvennootschap niet eenduidig was in haar keuze voor de naamloze dan wel de besloten vennootschap (zoals deze bestond tot oktober 2012).¹² Echter, vanwege de aangepaste regeling voor de besloten vennootschap in verband met de flexibilisering van het BV-recht,¹³

-
- 11 Zie P. van Schilfgaarde, *Van de NV en de BV* (bewerkt door J. Winter) Deventer: Kluwer 2009, p. 38. Aanvankelijk bestond alleen de naamloze vennootschap. Ondernemingen maakten ongeacht hun omvang gebruik van deze figuur. De besloten vennootschap is in 1971 naast de naamloze vennootschap ingevoerd naar aanleiding van de implementatie van de Eerste EEG Richtlijn 68/151/EEG van 9 maart 1968. Met de invoering van de besloten vennootschapsfiguur wilde de wetgever een alternatief bieden en voorkomen dat iedere onderneming werd gedwongen aan de voor de naamloze vennootschap geldende strenge publicatie-eisen te voldoen. Op grond van de richtlijn werden alle naamloze vennootschappen verplicht om de volledige jaarstukken te publiceren. Dit betrof een voor Nederland ingrijpende maatregel, aangezien tot dan toe alle soorten ondernemingsvormen – van timmermansbedrijf tot beursvennootschap – als naamloze vennootschap konden worden opgezet. De vierde EEG Richtlijn 78/660/EEG van 1 januari 1984 hield een aanscherping van het jaarrekeningenrecht in. Nadat in 1984 net als de naamloze vennootschap, ook de besloten vennootschap verplicht werd om de gehele jaarrekening te publiceren, is de indertijd geldende reden om over te gaan tot de invoering van de besloten vennootschap naast de naamloze vennootschap, komen te vervallen. De verschillen liggen onder andere op het gebied van kapitaalbescherming. Een verschil was het vereiste minimumkapitaal dat voor de besloten vennootschap is gesteld op minimaal €18.000,- geplaatst en gestort en voor de naamloze vennootschap op €45.000,-. Deze grens lijkt voor de overheidsonderneming vanwege de over het algemeen grote omvang van de onderneming minder relevant. Met het de inwerkingtreding van de wet Flexibilisering en Vereenvoudiging van de besloten vennootschap is het vereiste van een minimum aan kapitaal overigens afgeschaft. Zie voorts M. Meinema, *Dwingend recht voor de besloten vennootschap. Een beschouwing over de contractsvrijheid van aandeelhouders in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Maastricht 2003), Deventer: Kluwer 2003.
- 12 Ook in het rapport 'Publieke belangen en aandeelhouderschap' aangeboden aan de Tweede Kamer bij de brief van 24 augustus 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165, nr. 46, p. 17-18, wordt slechts zeer beperkt ingegaan op het onderscheid tussen de besloten en naamloze vennootschap. Hierbij wordt overigens niet nader ingegaan op de consequenties van het onderscheid voor de vormgeving van overheidsdeelnemingen.
- 13 Zie het wetsvoorstel Vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 2. De minister van Justitie had in de Nota Modernisering ondernemings- en vennootschapsrecht het wetsvoorstel tot versoepeling van het BV-recht reeds aangekondigd. De Nota Modernisering ondernemings- en vennootschapsrecht is gepubliceerd op de website van het ministerie van Justitie, www.justitie.nl. Twee redenen lagen ten grondslag aan de wens om te komen tot de herziening van de BV-figuur. In de eerste plaats de vanuit de ondernemingspraktijk geuite kritiek en in de tweede plaats de als gevolg van jurisprudentie van het HvJ EU ontstane competitie tussen de lidstaten om te komen tot de meest flexibele en dus aantrekkelijke rechtsvorm binnen Europa. Op verzoek van de minister is door een expertgroep onderzocht op welke wijze het Nederlandse BV-recht vereenvoudigd zou kunnen worden. Zie Rapport van de Expertgroep onder leiding van H.J. de Kluiver, *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht*, Den Haag, 6 mei 2004. De oprichting van de BV moest eenvoudiger en bij de wijze van inrichting moesten de oprichters, dan wel aandeelhouders, meer vrijheid krijgen. Daarnaast pleitte de Expertgroep voor

worden de verschillen tussen de naamloze en de besloten vennootschap groter.¹⁴ De nieuwe besloten vennootschapsvorm staat – voorzover geen sprake is van een door één persoon opgerichte BV – dicht bij de personenvennootschap omdat de contractuele aard en de op de persoon gerichte samenwerking meer op de voorgrond zijn komen te staan.¹⁵ De vernieuwde BV-vorm lijkt aldus niet bedoeld voor het onderbrengen van ondernemingen waarbij de personen die samenwerken, niet voorop staan. Overheidsondernemingen zijn in het algemeen ondernemingen met strategische betekenis of ondernemingen van grote maatschappelijke relevantie waarbij doorgaans de persoonlijke samenwerking niet voorop staat, maar de onderneming in teken staat van een bedrijfsmatige uitvoering van het te behartigen publieke belang. Hierdoor lijkt de nieuwe BV-rechtsvorm minder geschikt voor het onderbrengen van een overheidsonderneming.

Het feit dat de besloten vennootschap in beginsel een besloten karakter heeft, past echter wel bij de behartiging van een publiek belang door publieke aandeelhouders. Samenhangend met het besloten karakter, zijn de aandelen in een besloten vennootschap in beginsel niet vrij overdraagbaar. Als wettelijk uitgangspunt geldt een aanbiedingsregeling op grond van het huidige BV-recht, maar deze kan in de statuten worden weggeschreven.¹⁶ Inherent aan deze

herziening of zelfs afschaffing van de regels met betrekking tot de kapitaal- en vermogensbescherming. Afschaffing zou tot een reductie van de ermee gepaarde kosten leiden, maar het moge duidelijk zijn dat de bescherming van crediteuren hierdoor negatief kan worden beïnvloed. De stortingsplicht van de individuele aandeelhouder als bescherming van crediteuren, is ingeruild voor de aansprakelijkheid van de bestuurders (en mogelijk aandeelhouders) van de BV ingeval deze ongeoorloofd (winst)uitkeringen doen. Zie over de discussie over de afschaffing van deze kapitaalsbescherming G.J.H. van der Sangen, M.J.G.C. Raaijmakers, 'Modernisering van het BV-recht en crediteurenbescherming. Beschouwingen naar aanleiding van de plannen tot flexibilisering van het BV-recht, in het bijzonder de regels van kapitaalbescherming', *TvOB* 2004/6, p. 247-257 en tevens de onderzoeksrapporten van het Instituut voor Ondernemingsrecht te Groningen van 31 maart 2004 (*Versoepeling van het bv-kapitaalbeschermingsrecht*, M. L. Lennarts en J. N. Schutte-Veenstra) en van 18 augustus 2005 (H. E. Boschma, M. L. Lennarts en J. N. Schutte-Veenstra, *Alternatieve systemen voor kapitaalbescherming*) te raadplegen op op www.flexbv.ez.nl.

- 14 Het volledig laten wegvallen van de NV-rechtsvorm zoals Koster voorstelt is mijns inziens, zoals ook hij zelf inziet, irrealistisch in verband met de momenteel geldende EU-richtlijnen voor naamloze vennootschappen zoals de tweede richtlijn over kapitaalbescherming. Zie H. Koster, 'Innovatie in het ondernemingsrecht', *NJB* 2012/24, p. 1639.
- 15 Het verschil tussen de nieuwe besloten vennootschapsfiguur en de personenvennootschap – zeker in vergelijking met het inmiddels ingetrokken voorstel Personenvennootschappen waar onder andere in een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid was voorzien – lijkt steeds kleiner te worden. Zie ook M.M.A. van Daelen en J.H. Huybens, 'Europese ontwikkelingen en (de hervorming van) het BV-recht in verschillende lidstaten', *TvOB* 2010/4, p. 99-117, in het bijzonder p. 100.
- 16 De wettelijke regeling zoals die voor de BV tot 1 oktober 2012 luidde, hield het volgende in. Wettelijke en statutaire bepalingen beperkten de overdracht van aandelen in mindere of meerdere mate. De statuten moesten op grond van art. 2:195 lid 2 BW (oud) een blokkeeringsregeling bevatten voor de overdracht van aandelen buiten een beperkte kring van personen. Weliswaar kon de overdracht aan familieleden vrij zijn – die mogelijkheid kan

in beginsel niet vrije overdraagbaarheid, kunnen de aandelen in een besloten vennootschap slechts op naam bestaan.¹⁷ Vanwege het besloten karakter van de besloten vennootschap en de daardoor noodzakelijke controle op de samenstelling van het aandeelhoudersbestand lijkt deze op het eerste gezicht aantrekkelijk om een overheidsonderneming in te drijven. Het onderscheidende vermogen van de besloten vennootschap als een meer besloten figuur ten opzichte van de naamloze vennootschap moet echter worden genuanceerd¹⁸ omdat ook bij de naamloze vennootschap aandelen op naam kunnen worden uitgegeven en in de statuten een blokkeringsregeling kan worden opgenomen.¹⁹ En in de praktijk lijkt de overheid deelneming in de naamloze vennootschapsvorm doorgaans te prefereren boven deelneming in de besloten vennoot-

in de statuten worden gecreëerd – maar de overdracht van aandelen aan anderen was dwingend onderworpen aan een blokkeringsregeling. Er kon in de statuten worden geopteerd voor twee systemen om invulling te geven aan de blokkeringsregeling. In de eerste plaats kon men de overdracht van aandelen afhankelijk maken van de goedkeuring door een vennootschapsorgaan (bijvoorbeeld de aandeelhoudersvergadering of de raad van commissarissen) en in de tweede plaats was er de mogelijkheid om een aanbiedingsregeling in de statuten op te nemen. Deze houdt in dat de aandeelhouder die de intentie heeft zijn aandelen van de hand te doen, deze aandelen eerst moet aanbieden aan zijn mede-aandeelhouders. Zie uitgebreid over de blokkeringsregelingen van de aandelen bij de naamloze en besloten vennootschap, P. van Schilfgaarde, *Van de NV en de BV* (bewerkt door J. Winter) Deventer: Kluwer 2009, nr. 35. Voor de nieuwe regeling zie P.H.H. Quist, 'De Flex-BV in vogelvlucht (I)', *WPNR* 2012/6938, p. 536.

- 17 Het bestuur van de besloten vennootschap moet ingevolge art. 2:194 BW een register van aandeelhouders bijhouden, zodat te allen tijde duidelijk is wie de aandelen van de vennootschap houdt. Op deze wijze wordt invulling gegeven aan het meer besloten karakter van de besloten vennootschap ten opzichte van de naamloze vennootschap. De aandeelhouders en de in lid 4 van art. 2:194 BW genoemde vruchtgebruikers en pandhouders kunnen het register ten kantore van de vennootschap inzien.
- 18 Met Winter ben ik overigens van mening dat de wettelijke regeling niet altijd model staat voor de in de praktijk bestaande vennootschapstypen. De hierdoor ontstane verscheidenheid aan verschijningsvormen behoeft mijns inziens geen problemen op te leveren. Door de vrijheid die aan de ondernemingen wordt gelaten met betrekking tot de invulling van de statuten, kan iedere onderneming, van beursvennootschap tot een door de directeur-grootaandeelhouder bestuurde vennootschap, van een passende rechtsvorm worden voorzien. Zie P. van Schilfgaarde, *Van de NV en de BV* (bewerkt door J. Winter) Deventer: Kluwer 2009, nr. 9.
- 19 Zie art. 2:82 BW. Zo stond bijvoorbeeld in de statuten van PTT Nederland NV dat de aandelen op naam waren. De keuze voor het op naam stellen van de aandelen was ingegeven door het feit dat het kabinet op dat moment nog niet van plan was de aandelen te vervreemden, zie *Kamerstukken II* 1987/88, 20 370, nr. 3, p. 8. Zie tevens art. 2:87 BW op grond waarvan de statuten van een naamloze vennootschap een blokkeringsregeling kunnen bevatten. De blokkeringsregeling kan alleen betrekking hebben op de aandelen op naam. De verplichting tot het houden van een aandelenregister bestaat slechts wanneer er aandelen op naam zijn. Ook de statuten van NV Luchthaven Schiphol kennen een dergelijke blokkerende bepaling. Zie art. 4.4 van de per 1 december 2008 geldende statuten. Op grond van art. 4.5 kon de aandeelhoudersvergadering hier echter een ontheffing voor verlenen, zoals daadwerkelijk is gebeurd voor 8 % van de aandelen NV Luchthaven Schiphol die tegenwoordig door Aeroports de Paris worden gehouden. Zie nader over deze kwestie hoofdstuk 6.

schapsvorm.²⁰ Wellicht spelen hierbij het imago van de besloten vennootschap²¹ en het feit dat het voor de naamloze vennootschap mogelijk is om (eventueel in een later stadium) een notering aan de beurs is te bewerkstelligen, een rol.²² Na invoering van de Wet Vereenvoudiging en Flexibilisering bv-recht per 1 oktober 2012 is het misschien wel mogelijk om als besloten vennootschap een beursnotering te krijgen door het wegvallen van de verplichte blokkeringsregeling,²³ maar mijns inziens lijkt de minister daar niet van uit te gaan nu hij een duidelijk onderscheid maakt tussen de BV, de niet-beurs NV en de beurs NV.²⁴

In de praktijk kunnen verschillen tussen de NV- en BV-rechtsvorm weliswaar worden gerelativeerd door statutaire afwijkingen van het wettelijk kader, maar in de grond betreffen het verschillende rechtsvormen. Ik meen dat het wenselijk is de rechtsvormen voor verschillende doeleinden en ondernemingen te gebruiken, zodat de twee afzonderlijke rechtsvormen bestaansrecht (blijven) hebben. Het volledig laten wegvallen van de NV-rechtsvorm zoals Koster suggereert is mijns inziens, zoals ook hij zelf inziet, irrealistisch in verband met de momenteel geldende EU-richtlijnen voor naamloze vennootschappen (zoals de tweede richtlijn over kapitaalbescherming).²⁵ Opheffing van de naamloze vennootschap acht ik bovendien onwenselijk omdat de besloten vennootschap een te brede rechtsvorm zou worden indien de ondernemingen, die nu vanwege hun grootte of een andere reden kiezen voor een NV-vorm, hun toevlucht zouden moeten nemen tot de BV-vorm indien zij niet beursgenoteerd zijn. Ik

20 Wanneer het een werkmaatschappij of zelfstandig onderdeel betreft en vrije overdraagbaarheid derhalve niet noodzakelijk is, wordt gekozen voor de besloten vennootschapsvorm. Zie S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2003, p. 53 en Th. Groenewald, 'Equity carve-outs' *Ondernemingsrecht* 2000/7, p. 175. Zo werd bij de inrichting van het te privatiseren bedrijf PTT gekozen voor oprichting van een (structuur)-naamloze vennootschap, met daaronder verschillende in de besloten vennootschapsvorm ingerichte werkmaatschappijen. Zie *Kamerstukken II* 1987/88, 20 370, nr. 3, p. 8. Een ander te geven voorbeeld is de hierboven reeds genoemde besloten vennootschap ProRail BV, die een dochteronderneming van NS RailInfratrust BV is.

21 Ook onder de nieuwe BV-wetgeving wordt de BV door sommigen als een rechtsvorm met een minder stevig imago gezien. Zie *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, E, p. 5.

22 Of een eventuele beursgang meer privaat vermogen genereert is niet eenduidig. Illustratief is de uitgebreide discussie hieromtrent rond de geplande privatisering van NV Luchthaven Schiphol, zie *NRC Handelsblad* 6 september 2006 'Amsterdam blijft verkoop van Schiphol voorlopig blokkeren'. Overigens is het onder invloed van de kredietcrisis minder vanzelfsprekend geworden dat private partijen eenvoudiger vermogen kunnen aantrekken dan publieke. Zie bijvoorbeeld *Het Financieel dagblad*, 14 januari 2009, 'Moody's overweegt lagere rating Essent'. De kredietbeoordelaar overweegt een verlaging van de kredietwaardigheid van Essent, onder meer omdat het bedrijf na de transactie met het Duitse RWE AG niet langer wordt beoordeeld als een overheidsgeleide onderneming.

23 Zie H. Koster, 'Innovatie in het ondernemingsrecht', *NJB* 2012/24, p. 1639.

24 Zie de MvA van de minister van Veiligheid en Justitie, *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, C, p. 9.

25 Zie H. Koster, 'Innovatie in het ondernemingsrecht', *NJB* 2012/24, p. 1639.

acht het echter niet wenselijk om de NV-rechtsvorm zoals Koster voorstelt alleen nog toe te staan voor beursgenoteerde ondernemingen.²⁶

Denkbaar zou zijn om, zoals beschreven in de Antilliaanse parlementaire geschiedenis bij de vaststelling van het rechtspersonenrecht in Boek 2 BW op de Antillen, met betrekking tot de wens wat betreft de kapitaalvennootschappen, de NV-rechtsvorm boven de BV-rechtsvorm te verkiezen voor bepaalde grote en maatschappelijk relevante ondernemingen met een publiek belang.²⁷ Voor de naamloze vennootschap geldt op de Antillen namelijk een strakker regime dan voor de besloten vennootschap voor wat betreft het jaarrekeningenrecht.²⁸ Ook bestaat op grond van artikel 2:139 BW (van de Antillen) de mogelijkheid om in de statuten op te nemen dat de raad van commissarissen onafhankelijk is. Dit houdt in dat de raad van commissarissen moet bestaan uit tenminste drie personen, die voor minimaal drie en maximaal zes jaar worden benoemd en niet door de algemene vergadering kunnen worden geschorst of ontslagen. In Nederland wijkt de regeling voor de naamloze vennootschap en besloten vennootschap weliswaar af van het Antilliaanse rechtspersonenrecht, maar kan deze regeling niettemin tot inspiratie dienen.²⁹ Qua onderverdeling kunnen de Antilliaanse gedachte en Koster's suggestie worden gecombineerd. De naamloze vennootschap zou dan voor de grotere, eventueel beursgenoteerde ondernemingen kunnen worden gereserveerd, terwijl de besloten vennootschap voor de overige ondernemingen gebruikt zou kunnen worden. Er valt niet direct een harde scheidslijn tussen deze categorieën te trekken, maar met een dergelijke onderverdeling zouden de rechtsvormen in ieder geval hun eigen functie vervullen.

26 Zie de redenering van Koster die zich afvraagt hoe de NV vorm zich kan onderscheiden van de BV vorm om haar bestaansrecht te bewijzen. Koster vraagt zich af of het niet beter ware om één vennootschapstype te houden bij het ontbreken van een duidelijke functie van de NV vorm. Koster stelt een onderverdeling voor waarbij de NV rechtsvorm wordt gereserveerd voor beursgenoteerde ondernemingen. Zie H. Koster, 'Innovatie in het ondernemingsrecht', *NJB* 2012/24, p. 1641.

27 Zie *Staten van de Nederlandse Antillen 2003/04*, nr. 3, p. 5/6, (MvT bij Landsverordening houdende vaststelling van de tekst van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek). Voor de Antilliaanse NV geldt bijvoorbeeld een strakker regime dan voor de BV wat betreft het jaarrekeningenrecht om aldus tegemoet te komen aan internationale opvattingen over transparantie en openbaarheid. Ook bestaat op grond van art. 2:139 BW (van de Antillen) de mogelijkheid om in de statuten op te nemen dat de raad van commissarissen 'onafhankelijk is in de zin van dat artikel'. Dit houdt in dat de raad van commissarissen moet bestaan uit tenminste drie personen, die voor minimaal drie en maximaal zes jaar worden benoemd en niet door de algemene vergadering kunnen worden geschorst of ontslagen.

28 Aldus wordt tegemoet gekomen aan internationale opvattingen over transparantie en openbaarheid.

29 Zie Koster die meent dat de NV naast de BV rechtsvorm zou moeten worden afgeschaft als er geen onderscheid tussen de rechtsvormen bestaat waardoor de twee rechtsvormen naast elkaar geen meerwaarde opleveren. Zie H. Koster, 'Innovatie in het ondernemingsrecht', *NJB* 2012/24, p. 1639.

De huidige besloten vennootschap kan overigens wel voor bepaalde grotere ondernemingen worden gebruikt, maar aansluitend bij de parlementaire geschiedenis inzake de vernieuwde besloten vennootschap, zouden dergelijke grote ondernemingen met name *joint ventures* en MKB-ondernemingen moeten zijn. Vanwege de geflexibiliseerde regeling kunnen deze de inrichting van de rechtsvorm aanpassen aan de specifieke kenmerken van hun onderneming.³⁰

Hoewel de huidige besloten vennootschap mijns inziens niet moet worden ingezet als rechtsvorm voor de overheidsonderneming, kan deze wellicht uitkomst bieden in bijvoorbeeld publiek-private samenwerkingsconstructies waarbij de overheid een *joint venture* aangaat met andere (private) partijen. De vernieuwde besloten vennootschap lijkt als rechtsvorm om samenwerking tussen publieke en private aandeelhouders die afspraken maken ten aanzien van het door de onderneming te behartigen publieke belang op het eerste gezicht geschikt. Daarbij valt te denken aan de met de Wet Flex-BV ingevoerde bijzondere mogelijkheden om een beperkte of bijzondere groep van aandeelhouders (hierna: BGA) bepaalde bevoegdheden toe te kennen die anders exclusief zijn toebedeeld aan de algemene vergadering waarin alle aandeelhouders zitting nemen.

Voor de overheidsonderneming lijkt het gebruik van de besloten vennootschap met een bijzondere vergadering weliswaar aantrekkelijk, maar moet deze juist hierdoor als ongeschikt worden beschouwd.³¹ De overheidsonderneming is een onderneming waarin de overheid een overwegende mate van zeggenschap wenst te hebben teneinde een specifiek publiek belang te borgen. In een vernieuwde besloten vennootschap is het mogelijk op grond van artikel 2:242 lid 1 en art. 2:252 lid 1 BW dat een BGA waarin bijvoorbeeld uitsluitend publieke aandeelhouders participeren, 'eigen' bestuurders en/of commissarissen benoemen. Hierdoor komt de bevoegdheid tot schorsing of ontslag van de door de BGA benoemde functionarissen bij de BGA en derhalve een zekere mate van instructiemacht ten aanzien van de door de BGA benoemde personen, te liggen. Op basis van artikel 2:239 lid 4 BW kan ook een juridische bevoegdheid aan een vennootschapsorgaan om concrete, bindende instructies aan het bestuur te geven, worden toegekend. Deze instructiemacht is bijzonder omdat voorheen slechts algemene instructies mochten worden gegeven.³² De ongeschiktheid is gelegen in een mogelijke strijd met de Europeesrechtelijke vrijverkeersregels zoals deze voor (deels) vennootschapsrechtelijke constructies in de zogenoemde gouden aandeeljurisprudentie van het HvJ EU is neergelegd.

30 Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 5 (MvT).

31 Voor andere voordelen zie H.E. Boschma en G.K. Kuijers-Tollenaar, 'De bevoegdheidsverdeling in de Flex-BV: AV of BGA?', *WPNR* 2013/6962, p. 104-105.

32 Zie genuanceerder H.E. Boschma en G.K. Kuijers-Tollenaar, 'De bevoegdheidsverdeling in de Flex-BV: AV of BGA?', *WPNR* 2013/6962, p. 101-108, onder noot 17.

Van belang lijkt volgens de gouden aandeeljurisprudentie dat wanneer de overheid gebruik maakt van een bijzondere regel die afwijkt van de reguliere vennootschapsrechtelijke basisregeling, deze als een potentieel beperkende overheidsmaatregel voor het vrije verkeer van vestiging of kapitaal wordt gezien waardoor toetsing aan de vrijverkeersregels plaatsvindt. Er bestaat niet veel ruimte om een dergelijke gebruikmaking van het vennootschapsrecht toe te staan. De beschikbare ruimte wordt besproken bij de gouden aandeeljurisprudentie in hoofdstuk 5.

Een bespreking van de naamloze vennootschap boven die van de besloten vennootschap, ligt vanwege bovengenoemde redenen derhalve meer voor de hand. In de volgende paragrafen wordt aan de hand van de doelstelling en de organisatie van de vennootschap nader ingegaan op relevante aspecten bij de vormgeving van een overheidsonderneming in de kapitaalvennootschapsvorm met de nadruk op de regeling voor de naamloze vennootschap. De (nieuwe) regeling voor de besloten vennootschap wordt slechts besproken, indien en voor zover deze in het bijzonder relevant is voor de vormgeving van de overheidsonderneming.

2.2 Doelstelling overheidsonderneming

Alvorens in te gaan op de wijze van inrichting van de kapitaalvennootschap, moet worden stilgestaan bij het doel dat de verschillende organen binnen de vennootschap dienen na te streven, in het bijzonder wanneer het een overheidsonderneming betreft.

Doel

Over de doelomschrijving en het nut van het verbod op doeloverschrijding is voor de rechtspersoon in het algemeen reeds in paragraaf 2.3 van hoofdstuk 2 gesproken. In deze paragraaf wordt de doelstelling meer in het bijzonder met betrekking tot de overheidsonderneming gedreven in de kapitaalvennootschap besproken. Meer in het algemeen kan met betrekking tot het doel van de kapitaalvennootschap worden gesteld dat deze typologisch gericht is op het behalen van winst.³³ Het doel van de vennootschap waar een overheids-

33 Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (2-II*) *De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 15. Het winstoogmerk blijkt niet expliciet uit de wet. Tot 1976 was de naamloze vennootschap op grond van art. 15 WvK (oud) een maatschap. Het winstoogmerk stond expliciet vermeld in art. 7a:1655 BW. Zie Pitlo/Raaijmakers, *Vennootschaps- en rechtspersonenrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, nr. 1.43. Norberg meent dat de onderneming zich kan toeleggen op het behalen van winst als enige doelstelling. Zie Johan Norberg, *In Defense of Global Capitalism*, Washington D.C.: Cato Institute 2003. Ik meen dat deze visie te eng is, zie hieronder in noot 25. Het winstoogmerk ontbreekt vaak in de doelomschrijving en dat is niet problematisch want: 'Winstbejag behoort essen-

onderneming in wordt gedreven, is mijns inziens uitermate belangrijk omdat hiermee tot uitdrukking kan worden gebracht dat sprake is van een op het publiek belang gerichte onderneming, waarbij de nadruk niet (alleen) ligt op de winstgevendheid van de onderneming.³⁴ Dit strookt met de gedachte in het rapport van de *Reflection Group on the Future of EU Company Law*, dat meer waarde moet worden toegekend aan het (lange termijn) doel van de vennootschappen.³⁵

Gelijk aan de regelingen van de overige in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen, erkent de wetgever het belang van de doelstelling van de kapitaalvennootschap door te bepalen dat de statuten – die worden opgenomen in de akte van oprichting – naast de naam en de zetel van de vennootschap, ook het doel moeten bevatten.³⁶ De formele statutaire omschrijving van het doel van de vennootschap bepaalt het werkkerrein van de vennootschap en wordt over het algemeen zeer ruim geformuleerd.³⁷ Het is ook zeker niet ongebruikelijk dat er meerdere doelstellingen worden opgenomen.³⁸ Opname van een publiek belang in de doelomschrijving, hoeft niet te betekenen dat uitsluitend

tieel tot het doel van elke vennootschap.' Zie E.J.J. Van der Heijden, *Handboek voor de naamloze vennootschap naar Nederlandsch recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1929, p. 69-70. Maar zo stelt Van der Heijden voorts: 'Vermelding daarvan zonder meer ware niet voldoende. Het doel moet nader worden bepaald door aanwijzing der werkzaamheid, waardoor winst zal worden nagestreefd.'

34 Overigens wordt deze op winstgevendheid gerichte doelstelling voor kapitaalvennootschappen in het Nederlandse rechtspersonenrecht nergens geëxpliciteerd. 'Zijn aanwezigheid ligt in het aangaan der n.v. opgesloten' stelt Van der Heijden. Zie E.J.J. Van der Heijden, *Handboek voor de naamloze vennootschap naar Nederlandsch recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1929, p. 69. Zie overigens voor een afwijkende regeling het Belgische Wetboek van Vennootschappen, waarover meer in hoofdstuk 7.

35 Zie *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law*, Brussel 5 april 2011, p. 36-37.

36 Zie art. 2:66 lid 1 BW. Toch is het opmerkelijk dat in de leden 2 en 3 van art. 2:66 BW wél een nadere invulling wordt gegeven aan respectievelijk de begrippen 'naam' en 'zetel', maar dat het doel van de vennootschap níét nader wordt ingevuld. Ook Van der Ploeg gaat wanneer hij spreekt over het goede doel niet in op de vraag wat het doel precies inhoudt. Zie T.J. van der Ploeg, *Recht rondom het goede doel. Juridische aspecten van de filantropie*, Utrecht: Uitgeverij de Graaff 2004, p. 9 e.v.

37 Om te voorkomen dat de omschrijving te beperkt blijkt, wordt deze meestal aangevuld met een algemene formule vergelijkbaar met de volgende: 'en al hetgeen daaraan dienstbaar kan zijn of daarmee in verband staat.'

38 Dit is niet onbegrijpelijk. Aandeelhouders willen hoge rendementen behalen. Maar werknemers willen een goede werkomgeving en een behoorlijke vergoeding voor geleverde prestaties bij een onderneming waarvan de continuïteit wordt gewaarborgd. Daarnaast zijn er buiten de onderneming gelegen te behartigen belangen, zoals zekerheid voor de leveranciers of het milieu. Dat een onderneming louter is gericht op het maken van winst ten behoeve van haar deelnemers is mijns inziens dan ook een te beperkte visie. Zie in gelijke zin T.J. van der Ploeg, *Recht rondom het goede doel. Juridische aspecten van de filantropie*, Utrecht: Uitgeverij de Graaff 2004, p. 9 en het Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, *Kantelingen. Investeren in de samenleving. Een verkenning naar de missie en de positie van de maatschappelijke onderneming*, 2005. Anders, zie K. Cools, M. van Praag, 'Meerdere doelstellingen is geen doelstelling', *ESB*, 24 augustus 2001.

het publieke belang moet worden gediend, zolang aanvullende activiteiten de borging van het publieke belang maar niet ondermijnen.³⁹

Over de praktische waarde van statutaire doelstellingen waarin wordt verwezen naar een algemeen, publiek of maatschappelijk belang bestaat geen consensus. In de doelstelling van sommige grote ondernemingen kan worden verwezen naar een door de vennootschap te dienen *maatschappelijk* belang om aldus de maatschappelijke functie van de onderneming tot uitdrukking te brengen.⁴⁰ Zie bijvoorbeeld de doelomschrijving van Koninklijke DSM NV (hierna: DSM) zoals die was neergelegd in artikel 3 van de destijds geldende statuten:

‘De vennootschap heeft ten doel werkzaam te zijn op het terrein van de industrie, in het bijzonder de chemische industrie, van de mijnbouw, van de handel en het transport, alles in de ruimste zin des woords. De vennootschap heeft mede tot doel het oprichten, verwerven en financieren van, het deelnemen in en het voeren van de directie over andere ondernemingen. De vennootschap zal binnen het raam van haar normale bedrijfsuitoefening streven naar een welvaartspolitiek op lange termijn en naar een maximaal nuttige werkgelegenheid, zulks:

- a. ter behartiging van de directe belangen van allen wier inkomen afhankelijk is van het bestaan en de bloei van de vennootschap;
- b. ter bevordering van de indirecte belangen van hen voor wier welzijn de maatschappelijke functie van de onderneming van betekenis is.⁴¹

Deze doelomschrijving stamt uit de periode dat DSM van staatsbedrijf naar private onderneming is omgevormd. De doelomschrijving was op deze wijze geformuleerd om de werknemers van DSM en de in de omgeving van DSM gevestigde leveranciers te verzekeren dat de vennootschap na privatisering niet om bedrijfseconomische redenen uit de provincie Limburg zou wegtrekken.⁴² In de huidige statuten is de verwijzing naar de maatschappelijke functie

39 Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 8. Wat betreft de strategie van staatsdeelnemingen geldt dat deze het publieke belang van de deelneming moet ondersteunen. Dit betekent niet dat de strategie van de deelneming uitsluitend beperkt is tot de directe realisatie van het met de deelneming gemoeide publieke belang. Aanvullende activiteiten zijn mogelijk zolang deze (de borging van) het publieke belang maar niet ondermijnen, noch de continuïteit van de onderneming bedreigen. Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 6-9.

40 Zie P. Sanders en W. Westbroek, *BV en NV: Het nieuwe ondernemingsrecht* (bewerkt door F.K. Buijn en P.M. Storm), Deventer: Kluwer 2005, p. 35.

41 Zie het citaat van Buijn en Storm uit de statuten van DSM zoals die golden in 1996. Zie P. Sanders en W. Westbroek, *BV en NV: Het nieuwe ondernemingsrecht* (bewerkt door F.K. Buijn en P.M. Storm), Deventer: Kluwer 2005, p. 35.

42 Zie de parlementaire geschiedenis over de oprichting van NV Nederlandsche Staatsmijnen, in het bijzonder de als bijlage bij *Handelingen II* 1965/66, 7195, nr. 10 opgenomen ontwerpstatuten (Ontwerp van wet Regelen betreffende de omzetting van de tak van Rijksdienst, omvattende de Staatsmijnen in Limburg, in een naamloze vennootschap).

van de vennootschap overigens in andere bewoordingen opgenomen.⁴³ Ook bij andere bedrijven kunnen dergelijke verwijzingen naar een maatschappelijk belang, waar de onderneming rekening mee dient te houden, worden gevonden.⁴⁴ Dergelijke verwijzingen houden verband met een beleid dat is gericht op zogenaamd 'maatschappelijk verantwoord ondernemen' en betreffen over het algemeen echter geen verwijzingen naar het publiek belang zoals een overheidsonderneming dat mijns inziens voor ogen dient te staan. Over toevoegingen met betrekking tot de maatschappelijke functie van de onderneming stellen Buijn en Storm:

'Deze toevoegingen hebben geen juridische waarde. Zij onderstrepen naar onze mening slechts het criterium van het vennootschappelijke belang waardoor de vennootschapsorganen zich bij hun handelen dienen te laten leiden (...). Het handelen van het bestuur in strijd met het doel der vennootschap – het (...) 'ultra vires' handelen – krijgt door deze toevoegingen geen extra dimensie.'⁴⁵

43 Zie de statuten per 16 december 2011, te raadplegen via de website van DSM: www.dsm.nl onder 'governance', waar in art. 3 van de Statuten, bij het streven van de vennootschap wordt verwezen naar 'drie grondbeginselen van economische prestaties, kwaliteit van de leefomgeving en sociale verantwoordelijkheid'.

44 Zo worden bijvoorbeeld volgens Castermans de laatste tien jaar reeds vaker verwijzingen naar de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens als maatschappelijke doelstelling gesignaleerd. Zie A.G. Castermans, *De burger in het burgerlijk recht, of De eigenschappen van perensap* (oratie Leiden 28 november 2008), Den Haag: Boom 2008. Een voorbeeld zijn de statuten van de gloeilampenfabrieken van NV Philips in Eindhoven. De in art. 2 van de statuten opgenomen doelstelling luidde in 1964: 'het fabriceren van en handel drijven in elektrische – daaronder begrepen elektronische – , mechanische en andere fabrikaten in de uitgebreidste zin des woords'. Terug te vinden in de rede van F.J. Philips, 'Doel en taak van de onderneming na 75 jaar' gehouden in de algemene vergadering van aandeelhouders op 28 april 1966 naar aanleiding van het 75-jarig bestaan van de onderneming. In 1966 werd hieraan toegevoegd dat de onderneming ter behartiging van de belangen van alle bij de vennootschap betrokkenen zal streven naar 'een welvaartspolitiek op lange termijn' en naar 'een maximaal nuttige werkgelegenheid'. F.J. Philips zegt hier tijdens de algemene aandeelhoudersvergadering van 28 april 1966 het volgende over: 'Bij dit vraagstuk van de evenwichtige belangenbehartiging van alle bij de vennootschap betrokkenen moet men niet alleen denken aan de werknemers en de aandeelhouders, maar ook aan onze ruime kring van afnemers, de leveranciers van grond- en hulpstoffen, de verschafters van vreemd vermogen en ook de overheid – zowel de plaatselijke als de nationale – die allen belang hebben bij een gezond voortbestaan van onze onderneming.' Zie de hierboven genoemde rede van F.J. Philips. In de statuten geldend op 23 mei 2008 van Koninklijke Philips Electronics NV vinden we slechts een zeer algemene verwijzing naar de doelstelling zoals die gold in 1966: '... een en ander mede ter bevordering van een verantwoorde continuïteit van het samenstel van ondernemingen (...) die worden uitgeoefend door de vennootschap'.

45 Zie P. Sanders en W. Westbroek, *BV en NV: Het nieuwe ondernemingsrecht* (bewerkt door F.K. Buijn en P.M. Storm), Deventer: Kluwer 2005, p. 35.

Ik meen in tegenstelling tot Buijn en Storm dat dergelijke toevoegingen wel degelijk juridische consequenties kunnen hebben.⁴⁶ Ik kom hier in deze paragraaf later op terug.

Bij de voormalige staatsbedrijven was het niet gebruikelijk om de behartiging van een publiek belang op te nemen in de doelstelling van het bedrijf. Ook na (volledige) privatisering komt in de statuten van voormalige staatsbedrijven in de meeste gevallen geen verwijzing naar de behartiging van een publiek belang voor.⁴⁷ Een dergelijke doelstelling werd strijdig geacht te zijn met de algemene winstdoelstelling van de volledig private kapitaalvennootschappen. Er werd gedacht dat de formulering van een op een publiek belang gerichte doelomschrijving te beperkt was en geen recht deed aan de onafhankelijke positie van de vennootschap.⁴⁸ Een voorbeeld van een zeer zakelijke, niet overwegend publieke, doelomschrijving was artikel 3 van de statuten van PTT Nederland NV zoals die golden ten tijde van de oprichting van de vennootschap.⁴⁹ De betrokkenheid van deze vennootschap bij het behartigen van een publiek belang kon wellicht worden ingelezen in de verwijzing naar de uitoefe-

46 Anders Castermans in zijn oratie. Hij meent dat door de incorporatie van mensenrechtennormen de rechtsontwikkeling van normen in het burgerlijk recht kunnen worden beïnvloed. Zie *supra* noot 44.

47 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 28 165, nr. 69, p. 14 (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2007) waar de minister van Financiën stelt dat moet worden onderzocht in hoeverre het publieke belang bijzondere aandacht moeten krijgen in de statuten. Voor bijvoorbeeld de COVRA is de missie vastgelegd in een beleidsplan en komt de verwijzing naar het publiek belang niet expliciet terug in de statutaire doelomschrijving. Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 23.

48 Zie D. Simons, 'De rechtsvormen van de overheidsonderneming', *WPNR* 1970/5067, p. 69.

49 Zie Machtigingswet PTT Nederland NV, *Kamerstukken II* 1987/88, 20 370, nr. 3, p. 17 (MvT). De Raad van State merkt hierover overigens in haar rapport het volgende op: 'Het verdient naar de mening van de Raad aanbeveling, te meer waar het hier om een bedrijf gaat met een monopoliepositie, uit te spreken dat naar (een niet meer dan) verantwoord rendement moet worden gestreefd.' Zie *Kamerstukken II* 1987/88, 20 370, B (nader rapport), p. 6. Illustratief is de in de statuten van TNT NV opgenomen formulering van het doel van de vennootschap die overeenkomt met de tekst zoals die was neergelegd in de statuten van het voormalige staatsbedrijf, waarin een directe verwijzing naar een publiek belang volledig ontbreekt. Zie art. 4 van de statuten van TNT NV per april 2005: 'De vennootschap heeft ten doel: a. het deelnemen in en het voeren van beheer over andere ondernemingen, onder meer ondernemingen die activiteiten uitoefenen op het gebied van het vervoer, de distributie en het bezorgen van brieven, berichten, pakketten en goederen, alsmede het opslaan, converteren en overbrengen van informatie, het beheren en beschikbaar stellen van informatie, het verrichten van logistieke diensten en het verrichten van geldhandelingen; b. het door haar dochtermaatschappijen doen uitoefenen van door de Nederlandse overheid aan de vennootschap verleende concessies, dan wel vergunningen, op het onder a bedoelde gebied; c. het beheer en de financiering van dochtermaatschappijen, groepsmaatschappijen, afhankelijke maatschappijen en deelnemingen, waaronder begrepen het instaan voor schulden van die maatschappijen en deelnemingen, en voorts al hetgeen met het vorenstaande verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn.'

ning van de door de overheid verleende concessies, maar een dergelijke indirecte verwijzing alleen biedt vanuit vennootschapsrechtelijk oogpunt mijns inziens niet voldoende houvast om tot een succesvol beroep op bijvoorbeeld doeloverschrijding of onbehoorlijke taakvervulling te kunnen komen in het geval het publieke belang niet naar tevredenheid is behartigd.⁵⁰

Doeloverschrijding en behoorlijke taakvervulling

Hierboven heb ik in paragraaf 2.3 van hoofdstuk 2 reeds genoemd dat mijns inziens een in de doelomschrijving van overheidsondernemingen opgenomen publiek belang, richtinggevend kan zijn voor het handelen van de onderneming. Het zou nuttig kunnen zijn om aldus een hiërarchie te kunnen onderscheiden in de verschillende belangen die spelen binnen een overheidsonderneming. De discussie over *shareholder*- en *stakeholder value* raakt hier zijdelings aan.⁵¹ Echter, ook de *stakeholder*-visie kent mijns inziens het publieke belang zonder opname hiervan in de doelomschrijving, nog niet de doorslaggevende rol die wenselijk is bij overheidsondernemingen toe.⁵² Het publieke belang moet mijns inziens namelijk prevaleren boven andere volgens het *stakeholder*-model relevante belangen. Het publieke belang moet daarbij als een lange termijn doel worden gezien. Deze visie past bij het gestelde in het rapport van de *Reflection Group on the Future of EU Company Law*:

‘It is therefore suggested to explore at the EU level a Directive or Recommendation which would offer all companies the possibility to amend their charters and/or Articles to make it easier for longer term objectives to prevail over short term-oriented pressure of certain shareholders’.⁵³

Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van doeloverschrijding, is het zoals eerder besproken van belang om vast te stellen wat het doel precies inhoudt. Naar mijn mening is het ten eerste noodzakelijk dat in de doelstelling van een overheidsonderneming expliciet aandacht wordt geschonken aan de taak die uit het oogpunt van publiek belang op haar rust. Zonder een dergelijke verwijzing zou een handeling van een overheidsonderneming ter behartiging van een publiek belang zelfs als strijdig met het winstdoel van de vennootschap kunnen worden gezien en wellicht leiden tot onredelijke benadeling

50 De intrekking van de concessie kan in bepaalde gevallen hooguit leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling.

51 Zie nader H.K. Schrama, ‘Aandeelhouders en het vennootschappelijk belang’, *V&O* 2012/6, p. 101-106. Zie M.L.S.W.E. de Lange en P. van der Veld, ‘Shareholders vs. Stakeholders; wie wint?’, *V&O* 2010/5, p. 92-96.

52 Wakkie meent dat de *stakeholders*visie in hoge mate illusionair is en noemt deze een mythe. Zie P.N. Wakkie, ‘De positie van commissarissen onder het nieuwe model van de structuurregeling’, *Ondernemingsrecht* 2002/3-4, p. 87.

53 Zie *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law*, Brussel 5 april 2011, p. 36-37.

van (minderheids)aandeelhouders. Een zo helder mogelijke afbakening van het publiek belang is daarbij essentieel.⁵⁴ Buijn en Storm stellen dat een handeling van het bestuur in een concreet geval niet snel in strijd kan worden geacht met een 'maatschappelijke' doelstelling.⁵⁵ Ik ben het met Buijn en Storm eens dat een beroep door een vennootschap, in casu de overheidsonderneming, in veel gevallen reeds illusoir is, doordat het publiek belang zich niet eenvoudig helder laat omschrijven. Het is evident dat naarmate deze bepalingen ruimer geformuleerd zijn, minder snel een beroep kan worden gedaan op strijd met deze bepalingen.⁵⁶ Daarbij is het aan de vennootschap om te bewijzen dat sprake is van een overschrijding van het doel.⁵⁷ Bovendien zal – wil een handeling vernietigbaar zijn omdat hierdoor het doel werd overschreden – de derde hiervan, al dan niet zonder eigen onderzoek, moeten hebben geweten. Hoewel lastig, is mijns inziens een beroep tot vernietiging van een rechtshandeling op grond van strijd met het in de statuten omgeschreven publiek doel desalniettemin niet geheel onmogelijk. Van de aldus geformuleerde doelstellingen kan namelijk wel een externe werking uitgaan en deze kunnen de ver-tegenwoordigingsbevoegdheid wel degelijk beperken.

Voor externe werking is herkenbaarheid van het publieke karakter van de onderneming echter wel een vereiste. Ik kom hierop terug in hoofdstuk 8.

Volgens de huidige bewoordingen van artikel 2:7 BW kan alleen de rechtspersoon een beroep op overschrijding van de doelstelling kan doen. Het is derhalve noodzakelijk dat de overheid op enigerlei wijze verbonden is aan de vennootschap, opdat zij bijvoorbeeld de benoeming van nieuwe bestuurders (die namens de vennootschap de rechtshandeling kunnen verrichten) kan

54 De verhouding tussen het publiek belang en het vennootschappelijk belang komt meer uitgebreid aan de orde bij de bespreking van de taakinvulling van de raad van commissarissen in paragraaf 3.2.3. nu spanningen tussen het publiek en vennootschappelijk belang met name spelen wanneer er belangencommissarissen – zoals overheidscommissarissen – aanwezig zijn binnen de vennootschap.

55 Zie P. Sanders en W. Westbroek, *BV en NV* (bewerkt door F.K. Buijn, P.M. Storm), Deventer: Kluwer 2005, p. 173. Hoewel Buijn en Storm spreken over het belang van verwijzingen naar maatschappelijke belangen, zou ik een parallel willen trekken naar publieke belangen.

56 In beginsel vallen slechts de in de statuten neergelegde beperkingen op de doelstelling onder art. 2:7 BW. Ik zou geen externe werking willen aannemen ten aanzien van door ondernemingen gepubliceerde richtlijnen die invulling geven aan het maatschappelijke verantwoord ondernemingsbeleid. De formele status van de doelstelling in vergelijking met de niet formele status van dergelijke richtlijnen rechtvaardigt echter een juridische binding van de vennootschap in haar handelen aan de doelstelling.

57 Een beroep op doeloverschrijding in de zin van art. 2:7 BW kan overigens alleen door de vennootschap worden gedaan. Zie paragraaf 2.3 van hoofdstuk 2, waar reeds werd geconstateerd dat een onduidelijke of vage formulering van de statuten voor rekening van de vennootschap dient te komen.

bewerkstelligen.⁵⁸ Mijns inziens laten de bewoordingen van de Eerste Richtlijn 68/151/EEG waardoor deze wettelijke bepaling zijn huidige vorm heeft gekregen, ruimte voor een algemene regel volgens welke niet alleen de vennootschap maar ook een ander – zoals de overheid – een beroep kan doen op doeloverschrijding.⁵⁹ Zie artikel 9 lid 1 van de Eerste Richtlijn:

‘Lidstaten kunnen evenwel bepalen dat de vennootschap niet wordt gebonden als deze handelingen de grenzen van het vennootschapsdoel overschrijden.’

In het aangehaalde artikel wordt niet bepaald wie een beroep op doeloverschrijding moet kunnen doen om ongebondenheid van de vennootschap te bewerkstelligen. Het zou de lidstaten derhalve vrijstaan een regeling met betrekking tot deze privaatrechtelijke bevoegdheid om een dergelijk beroep te doen zodanig in te richten dat ook de overheid hier op een beroep kan doen.

Over de vraag of lidstaten inderdaad de door mij voorgestelde ruimte bezitten, kan discussie bestaan omdat de bepaling niet expliciet toestaat dat ook overheden een beroep op doeloverschrijding moeten kunnen doen. Wat betreft eventuele frictie met de in de *Golden Share*-jurisprudentie geformuleerde criteria, die in hoofdstuk 5 nader worden besproken, wil ik het volgende opmerken. Volgens deze jurisprudentie kan overheidsbemoeienis op basis van specifieke bevoegdheden die een inbreuk vormen op de vrij verkeersverboden slechts worden gerechtvaardigd als deze overheidsbemoeienis in welke vorm dan ook als geschikt en evenredig kan worden beschouwd doordat deze op basis van objectieve, vooraf kenbare criteria wordt uitgeoefend en het een ingrijpingsbevoegdheid achteraf betreft. Indien artikel 2:7 BW zodanig zou worden aangepast, dat de overheid een bijzondere ingrijpingsbevoegdheid toekomt met betrekking tot een reeds verrichte rechtshandeling teneinde de

58 Een situatie waarin het algemeen belang als deel van de doelomschrijving een derde kan worden tegengeworpen kan zich voordoen wanneer de doelstelling expliciet is beperkt tot een nationaal belang. Besluiten om te investeren in de ontwikkeling van een buitenwijk van Zuid-Afrika vallen dan buiten de doelomschrijving. Zie het oordeel van de Algemene Rekenkamer over de vraag of De Nederlandsche Bank NV buiten haar doelstelling handelde door in 1998 aan de Nederlandse Stichting Nationaal Fonds Kunstbezit een bedrag van 82 miljoen gulden te schenken, waarmee deze stichting de aanschaf van een kunstwerk van Piet Mondriaan (Victory Boogie Woogie) kon financieren. Anders dan de minister van Financiën en de directeur van De Nederlandsche Bank NV, concludeerde de Algemene Rekenkamer dat de schenking niet binnen de doelstelling van de Nederlandsche Bank NV was te brengen en dat een Koninklijk Besluit op grond van de Bankwet vereist was als rechtmatige grondslag. Voor het rapport ‘Toestemming voor schenking door De Nederlandse Bank’ zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26 248, nr. 2. Zie tevens M.M. Mendel, ‘De Bankwet 1998 en het vennootschapsrecht van Boek 2 BW’, *WPNR* 1999/6347, p. 155-161, die de oplossing van het Koninklijk Besluit, zoals geopperd door de Algemene Rekenkamer, een elegante noemt.

59 Zie Eerste Richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen, *PbEG* 1968 L 65/8.

behartiging van publieke belangen te verzekeren, kan mijns inziens artikel 2:7 BW als objectief, vooraf kenbaar criterium voor het uitoefenen van deze bevoegdheid worden beschouwd. Aangezien deze bevoegdheid – gezien de bewoordingen ‘verrichte rechtshandeling’ – steeds achteraf wordt aangewend, namelijk wanneer de vermeende doeloverschrijding heeft plaatsgevonden, zou de door mij voorgestane aanpassing van artikel 2:7 BW ten behoeve van het functioneren van overheidsondernemingen, mijns inziens ook de toets aan Europees recht kunnen doorstaan. Aangezien het bewijs voor doeloverschrijding volgens artikel 9 van de Eerste Richtlijn door de vennootschap wordt geleverd, zal in de wettelijke bepaling die de overheid deze bijzondere positie toekent, ook de verplichting van de vennootschap kunnen worden opgenomen dat deze meewerkt aan verzoeken van de overheid tot het leveren van bewijs. Overigens zou een coöperatieve houding van bestuurders in de praktijk kunnen worden afgedwongen door te dreigen met ontslag.

Ook ter invulling van de interne verhoudingen kan de opname van het publieke belang in de statuten nuttig zijn. Het handelen van de bestuurders van de vennootschap kan worden getoetst aan de doelomschrijving inclusief de daarin opgenomen verwijzingen naar een publiek belang. De doelstelling is derhalve richtinggevend voor de taakvervulling door de bestuurders die op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk kunnen worden gesteld wegens ernstige tekortkomingen, *in casu* de overschrijding van de statutaire doelstelling.⁶⁰ Bovendien zullen aandeelhouders rekening moeten houden met het feit dat het rendement dat met hun aandelen is te behalen weliswaar een redelijke vergoeding voor het geïnvesteerde vermogen zal zijn, maar dat ook rekening moet worden gehouden met het in de doelstelling opgenomen publiek belang. Aldus zal opname van een verwijzing in de doelstelling naar het publiek belang, de invulling van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden.

Kortom, ik meen dat de doelstelling zowel extern, als intern juridische waarde toekomt, in die zin dat de vennootschap zich op doeloverschrijding van het publieke doel kan beroepen tegenover derden, dat bestuurders die in strijd handelen met het doel hiervoor aansprakelijk kunnen worden gesteld en dat ook de positie van de overige organen ten opzichte van de vennootschap door een dergelijke doelstelling zal worden beïnvloed. Dat ook de regering waarde hecht aan opname van een verwijzing naar een te behartigen publiek belang

⁶⁰ Slechts bij een ernstig verwijt kunnen bestuurders op grond van art. 2:9 BW door de rechtspersoon aansprakelijk worden gesteld. Zie HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, nr. 360. Dit verwijt kan worden aangenomen indien sprake is van een handeling die in strijd is met statutaire bepalingen indien die de rechtspersoon beogen te beschermen. Zie HR 29 november 2002, *NJ* 2003, nr. 455 (*Berghuizer papierfabriek*). In deze casus was een door de statuten vereiste goedkeuring van de raad van commissarissen niet verleend, hetgeen tot aansprakelijkheid leidde.

in de doelstelling blijkt uit de Nota Deelnemingenbeleid van 2007.⁶¹ Zie met betrekking tot het deelnemingenbeleid nader paragraaf 5.2.1.

Tegenstrijdig belang regeling

Op grond van artikel 2:7 BW is het bestuur gebonden aan de doelstelling van de rechtspersoon en kunnen rechtshandelingen in strijd hiermee worden vernietigd. Voor de inwerkingtreding van de Wet Bestuur en Toezicht kon de rechtsgeldigheid van de vertegenwoordiging van de vennootschap worden aangetast in geval van een tegenstrijdig belang van een bestuurder op grond van artikel 2:146 (oud) BW. In geval van een tegenstrijdig belang situatie vertegenwoordigden commissarissen of andere daartoe door de algemene vergadering aangewezen personen. De algemene vergadering was steeds bevoegd om een bijzonder vertegenwoordiger aan te wijzen die kon besluiten of een voorgenomen transactie al dan niet zou worden verricht. De tegenstrijdigbelangregeling is met de inwerkingtreding van de Wet Bestuur en Toezicht gewijzigd. De huidige tegenstrijdig belang regeling zoals is neergelegd in artikel 2:129 BW houdt in dat een bestuurder met een tegenstrijdig belang, niet aan de besluitvorming omtrent de voorgenomen rechtshandeling door het bestuur mag deelnemen. Als de desbetreffende bestuurder toch deelneemt aan de besluitvorming, is dat besluit vernietigbaar. Ik meen dat de tegenstrijdigbelang regeling in beginsel niet doorslaggevend is voor de inrichting van de overheidsonderneming.

2.3 Organisatie; organen van de overheidsonderneming

De lichamen die binnen de naamloze vennootschap als orgaan aangemerkt kunnen worden, worden in artikel 2:78a BW genoemd. Dit zijn de algemene vergadering van aandeelhouders, het bestuur, de raad van commissarissen, de vergadering van houders van aandelen van een bijzondere soort en de gemeenschappelijke vergadering van het bestuur en de raad van commissarissen.⁶² Buiten de in artikel 2:78a BW opgesomde lichamen, die voor de toepas-

61 In de nota wordt gesteld dat het noodzakelijk is: 'Bij alle deelnemingen [te] bezien of de statutaire doelomschrijving voldoende in lijn is met de door het vakdepartement gehanteerde publieke belangen die de achtergrond vormen voor de deelname van de Staat in de betreffende onderneming. De doelomschrijving dient niet alleen een feitelijke beschrijving te omvatten van de activiteiten die worden uitgeoefend, maar ook richtinggevend te zijn voor de publieke doelstellingen die de betreffende deelneming heeft en in eerste plaats door betrokken vakdepartementen via wet- en regelgeving worden afgedwongen.' Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 28 165, nr. 69, p. 14 (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2007). Zie ook Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 148, p. 10.

62 Het bestuur en de algemene vergadering van aandeelhouders zijn verplichte organen binnen de kapitaalvennootschap. Overigens moet onder het ongemitigeerde structuurregime ook een raad van commissarissen worden ingesteld. Om internationaal in de pas te lopen is in 2008 een wetsvoorstel ingediend ter invoering van de *one-tier board*. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3. Op grond van het nieuwe art. 2:129a BW is het monistisch bestuurs-

sing van de in dit artikel genoemde wetsartikelen als ‘orgaan’⁶³ worden aange-merkt, kunnen de aandeelhouderscommissie en de groepsvergadering⁶⁴ worden genoemd.

De wijze waarop die organen zich jegens elkaar en de vennootschap verhouden, is voor de naamloze vennootschap neergelegd in de vierde titel van Boek 2 BW en wordt nader ingevuld door de statuten en de reglementen, waarbij uitleg en aanvulling steeds geschiedt aan de hand van de redelijkheid en billijkheid.⁶⁵ Mijns inziens geldt, zoals in hoofdstuk 3 reeds is besproken, voor de overheidsonderneming dat de institutionele verhoudingen mede moeten worden bepaald aan de hand van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In principe bestaat er tussen de verschillende vennootschapsorganen geen hiërarchische verhouding.⁶⁶ De verhouding tussen het bestuur en de aandeelhoudersvergadering is echter interessant vanwege de *principal-agent* problematiek. Onder de *principal-agent* problematiek – een bestuurskundige term⁶⁷ – versta ik de problematiek van belangenbehartiging die speelt doordat de belangen van het bestuur van een onderneming als vertegenwoordigers van de belangen van de aandeelhouders, uiteen kunnen lopen met de belangen van aandeelhouders.⁶⁸ Het is de vraag welke van de twee organen

model mogelijk maakt. Over de vraag of de ondernemingsraad als orgaan gezien moet worden zie hoofdstuk 1.

63 Zie voor een behandeling van het begrip vennootschapsorgaan paragraaf 2.3 van hoofdstuk 2.

64 Zie respectievelijk art. 2:158 lid 11 BW en art. 2:96 en 2:99 lid 5 BW. Zie P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV* (bewerkt door J. Winter), Deventer: Kluwer 2009, p. 24-25.

65 Zie voor het voor de overheidsonderneming geldende normenkader nader hoofdstuk 3.

66 Zie HR 21 januari 1955, NJ 1959, nr. 43, m.n. Beekhuis (*Forum-Bank*).

67 ‘In een zogeheten ‘Principal-Agent’-relatie weet de opdrachtgever (de Principal) niet en de uitvoerder (de Agent) wel wat de uitvoerder doet.’ Zie A.R. Mackor, ‘Grenzen aan professionele autonomie’, *RM Themis* 2011/4, p. 143.

68 Zie over deze problematiek binnen vennootschapsrechtelijk kader nader J. Groot, ‘De pakketvergoeding beschenen met het licht van benefits of control en agency problemen’, *Ondernemingsrecht* 2003/14, p. 518. Zie met betrekking tot verschillende toepassingen van de *principal agent*-problematiek L.J. Hijmans van den Bergh, ‘Structuurregime: onteigening van de aandeelhouder?’ in: R. Bauer e.a. (red.), *Vergezichten, Over beleggen, pensioenen en toezicht, Uitgave ter gelegenheid van het afscheid van Jean Frijns als Directeur Vermogensbeheer van Stichting Pensioenfonds ABP*, Riskmatrix 2005, p. 145-150, R.M.S.M. Munsters, ‘Belangenconflicten tussen onderneming en aandeelhouder’, in: R. Bauer e.a. (red.), *Vergezichten, Over beleggen, pensioenen en toezicht, Uitgave ter gelegenheid van het afscheid van Jean Frijns als Directeur Vermogensbeheer van Stichting Pensioenfonds ABP*, Riskmatrix 2005, p. 169-173, M.G. Frijns en R.H. Maatman, ‘Governance en private equity’, *Ondernemingsrecht* 2007/17, p. 635-642, A.F. Verdam, ‘Diversiteit in institutionele beleggers: verschil in opstelling als aandeelhouder? Een verkenning’, *TvOB* 2005/6, p. 196-207, B.T.M. Steins Bisschop, ‘Rumoer in de polder. De blijvende actualiteit van het poldermodel’, *TvOB* 2006/6, p. 210-218, B.T.M. Steins Bisschop, ‘Beloningsystemen; de ongerechtvaardigde hypothese van parallelle belangen tussen aandeelhouders en bestuurders’, *TvOB* 2006/2, p. 50-59 en A. van der Krans en J.B.J. van der Kolk, ‘Van belangenpluralisme naar een dominanter wordend aandeelhoudersbelang en de inzetbaarheid van beschermingsconstructies’, *O&F* 2008/2, p. 23-40.

bepalend is voor de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de doelstelling.⁶⁹ De invulling van die verhouding tussen deze twee organen is sterk afhankelijk van plaats en tijd.⁷⁰

De voor dit onderzoek meest relevante organen binnen een overheidsonderneming zijn het bestuur, de raad van commissarissen en de algemene vergadering van aandeelhouders welke in de hierop volgende paragrafen achtereenvolgens aan de orde zullen komen.

3 HET BESTUUR VAN DE OVERHEIDSONDERNEMING

3.1 Taken en bevoegdheden

Algemeen

Het bestuur van de in de naamloze vennootschap gedreven overheidsonderneming heeft op grond van artikel 2:129 BW de taak om de vennootschap te besturen. Besturen is het vaststellen van het beleid voor de vennootschap aan de hand van de relevante omstandigheden en het dragen van zorg voor een correcte uitvoering van dat beleid.⁷¹ Over het algemeen kan worden aangenomen

69 Zie voor deze problematiek bij beursvennootschappen die worden geconfronteerd met een onvriendelijk overnamebod, Nieuwe Weme en Van Solinge, 'Beschermingsmaatregelen tegen vijandige biedingen: beperkingen en nieuwe mogelijkheden', *Ondernemingsrecht* 2006/6, p. 211-220: 'Wie bepaalt of een vijandig overnamebod slaagt: het bestuur van de doelvennootschap of haar aandeelhouders?'

70 Met de laatste wijziging van de structuurregeling is de positie van de aandeelhoudersvergadering in belangrijke mate versterkt. In Pitlo/Raaijmakers wordt deze als volgt geformuleerd: 'De slinger van de historie blijft in beweging. (...) Stonden aandeelhouders lange tijd 'achter in de rij' en moesten zij genoegen nemen met een 'redelijk dividend', thans wordt gestreefd naar maximering van 'shareholders value' en zijn publieke NV's ook zelf niet zelden het onderwerp van een overname of fusie transactie. Tempora mutantur et nos [mutamur] in illis.' Zie Pitlo/Raaijmakers, *Vennootschaps- en rechtspersonenrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, nr. 5.98.

71 Het is in ieder geval meer dan 'uitvoeren' en 'dagelijks bestuur'. Zie P. van Schilfgaarde, bewerkt door J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009, p. 150. Zie in gelijke zin Dijk/Van der Ploeg, *Van vereniging, stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2002, p. 145. Zij stellen dat onder besturen alles begrepen dient te worden dat nodig is om de rechtspersoon gezien de doelstelling en activiteiten, in het maatschappelijk verkeer te doen functioneren. Vgl. Hof Amsterdam (OK) 17 januari 2007, *JOR* 2007, nr. 42 (*Stork NV*). Hierin werd overwogen dat het bestuur naast het dagelijks beleid ook verantwoordelijk is voor de strategie van de onderneming. Zie r.o. 3.14: 'Het is, in beginsel, niet aan de Ondernemingskamer te beslissen welke strategie een vennootschap met betrekking tot haar ondernemingsbeleid dient te volgen of welke visie in geval van verschil van inzicht daaromtrent de juiste is. Discussies daaromtrent dienen te worden gevoerd in het kader van het Nederlandse vennootschapsrecht en heersende opvattingen omtrent corporate governance, die er kort gezegd op neer komen dat het bepalen van de strategie in beginsel een aangelegenheid is van het bestuur (...)'. Hoewel het bepalen van de strategie van de onderneming in beginsel een aangelegenheid van het bestuur is, kan de algemene vergadering van aandeelhouders op grond van art. 2:239 lid 4 BW aanwijzingen aan de bestuurders

men dat het bestuur van de vennootschap zich moet richten op het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming.⁷² Bij de bepaling van de inhoud van de bestuurstaak speelt de (statutaire) doelstelling van de vennootschap zoals hierboven besproken derhalve een belangrijke rol. Het vennootschapsbelang en daarmee samenhangend de doelomschrijving dienen richtinggevend te zijn voor het handelen van het bestuur. Daarnaast wordt de ruimte die het bestuur heeft om te handelen blijkens artikel 2:129 BW nader omljnd door de statuten.⁷³ Op deze wijze kan het bestuur, dat weliswaar steeds een zekere autonome taak ten opzichte van de andere vennootschapsorganen moet houden, toch in sterke mate worden beperkt in zijn bestuursvrijheid.⁷⁴ Zo kan in de statuten worden bepaald dat de bevoegdheid om bepaalde bestuurshandelingen te verrichten aan anderen dan de bestuurders wordt toebedeeld.⁷⁵ Ook is het mogelijk dat bepaalde bestuurshandelingen de toe-

geven die de algemene lijn van het beleid nader invullen. En bovendien heeft zij door middel van de uitoefening van ontslagrechten de feitelijke macht in handen. Zie HR 21 december 2001, *JOR* 2002, nr. 38 (*Sobi/Hurks*) en r.o. 3.14 van Hof Amsterdam (OK) 17 januari 2007, *JOR* 2007, nr. 42 (*Stork NV*): '(...) dat indien een raad van commissarissen is ingesteld deze daarop toezicht houdt en dat de algemene vergadering van aandeelhouders haar opvattingen tot uitdrukking kan brengen door uitoefening van de haar in wet en statuten toegekende rechten, waaronder sinds 1 oktober 2004 in geval van een structuurvennootschap het recht het vertrouwen in de raad van commissarissen op te zeggen.'

- 72 Vergelijk de voor de raad van commissarissen expliciet neergelegde regel in art. 2:140 lid 2 BW. Hoewel er geen wettelijke bepaling was die de bestuurders van een nv of bv de verplichting oplegde zich bij hun taakuitoefening op dit vennootschapsrechtelijke belang te richten, werd algemeen aangenomen dat deze verplichting ook voor hen gold. Zie J.W. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009, p. 28. Op grond van het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht, is tegenwoordig in art. 2:129 lid 5 BW de taak van de bestuurders van een bv expliciet als zodanig omschreven. Zie de wet van 6 juni 2011, *Stb.* 2011, 275. De wet Bestuur en toezicht is tegelijkertijd met het reparatievoorstel Bestuur en toezicht in werking getreden per 1 januari 2013. Zie *Kamerstukken I* 2011/12, 32 873, A (VvW). Zie J.B. Huizink, 'Privaatrecht Actueel. Het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming: te ver doorgeschoten?', *WPNR* 2013/6982, p. 535, over het bevoogdend karakter van de nieuwe wetgeving met betrekking tot de taak van de bestuurders, die zich moeten richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Huizink betwijfelt of dit model zich één op één leent voor besloten vennootschappen met betrokken aandeelhouders. Ik denk dat dit a priori geldt voor (naamloze) vennootschappen waar de overheid (enig) aandeelhouders is.
- 73 Het bestuur heeft een eigen taak en een autonome positie ten opzichte van de aandeelhoudersvergadering. De aandeelhouders zijn weliswaar de verschaffers van het eigen vermogen van de vennootschap en hebben in vergadering de bevoegdheid om – behoudens beperkingen bij de structuurvennootschap – het bestuur te benoemen en te ontslaan, maar het bestuur zal zich voornamelijk moeten laten leiden door het doel van de vennootschap, daarbij gebonden aan de in de wet en statuten aan hem toegekende taken en bevoegdheden.
- 74 Overigens kunnen de bevoegdheden van het bestuur ook statutair worden uitgebreid, met dien verstande dat een dergelijke uitbreiding geen bevoegdheden kan betreffen die de wet bij uitsluiting aan een ander orgaan toekent. Zie P. Sanders en W. Westbroek, *BV en NV: Het nieuwe ondernemingsrecht* (bewerkt door F.K. Buijn en P.M. Storm), Deventer: Kluwer 2005, p. 162.
- 75 Zie art. 2:129 lid 1 BW.

stemming of goedkeuring van een ander orgaan van de vennootschap behoeven.⁷⁶ De bestuursautonomie kan verder worden gerelativeerd doordat de statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een orgaan van de vennootschap. Het kunnen in beginsel slechts aanwijzingen betreffen over de *algemene* lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aangegeven terreinen.⁷⁷ Binnen concernverbanden wordt aangenomen dat er ook een *concrete* instructiebevoegdheid bestaat, vergelijkbaar met de onder de nieuwe BV-wetgeving mogelijk gemaakte concrete aanwijzingsbevoegdheid.⁷⁸ Er kan aldus een verplichting voor het bestuur bestaan om een specifieke aanwijzing van een orgaan van de vennootschap op te volgen, tenzij dergelijke aanwijzingen in strijd met het belang van de vennootschap zouden zijn.⁷⁹

De in artikel 2:129 BW neergelegde mogelijkheden tot beperking van de bestuursbevoegdheid kunnen alleen aan een ander *orgaan van de vennootschap* worden toegekend.⁸⁰ De overheid kan derhalve in beginsel slechts als (onder-

76 Zie bijvoorbeeld art. 2:107a BW op grond waarvan de vergadering van aandeelhouders goedkeuring moet verlenen aan bestuursbesluiten omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap. Zie HR 13 juli 2007, *JOR* 2007, 178 (*ABN Amro*), waarin de Hoge Raad overweegt dat het artikel op grond van de parlementaire geschiedenis omwille van de rechtszekerheid beperkt moet worden uitgelegd onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 18-19.

77 Op grond van de wet Bestuur en Toezicht is deze bevoegdheid uitgebreid. Zie het nieuwe art. 2:129 lid 4 BW. De wet Bestuur en toezicht is tegelijkertijd met het reparatievoorstel Bestuur en toezicht in werking getreden per 1 januari 2013. Zie *Kamerstukken I* 2011/12, 32 873, A (VvW).

78 Zie over instructiebevoegdheid nader M. Olaerts, 'De beperkte bestuurder', *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* 2012/2, p. 45-51 en M. Olaerts, 'Perikelen in Concernverhoudingen', *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* 2011/1, p. 6-13. Over het verschil tussen instructiemacht en instructiebevoegdheid zie A.P.M. van der Westerlaken, 'Instructiemacht in de praktijk', *V&O* 2002/12, p. 209-213. Voor een pleidooi om onderscheid te blijven maken tussen aanwijzingsbevoegdheid en instructiemacht ondanks de nieuwe BV-regeling zie P.J. van der Korst, 'Aanwijzingsbevoegdheid en instructiemacht in concernverhoudingen', *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk* 2010/7, p. 270-275.

79 Zie voor de verdere relativisering van de bestuurszelfstandigheid bij concernverhoudingen HR 21 december 2001, *JOR* 2002, nr. 38 (*Sobi/Hurks*). Zie voorts Lennarts 2007, *T&C Ondernemingsrecht*, art. 2:129 BW aant. 6 en S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2003.

80 Zie art. 2:129 lid 3 BW. Overigens zijn hier wel uitzonderingen op te vinden. Zie bijvoorbeeld art. 27 WOR op grond waarvan de ondernemingsraad bij bepaalde besluiten een recht van instemming heeft. Zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26 277, nr. 3, p. 11 (MvT). Zie tevens art. 19 lid 4 van de statuten van De Nederlandsche Bank NV (hierna: DNB NV) zoals vastgesteld op 22 mei 2012 op grond waarvan de directie pas na toestemming van de minister van Financiën reserves kan vormen. Deze afwijkingen van de regeling in Boek 2 BW kunnen op grond van art. 2:25 BW alleen bij wet worden gelegitimeerd. De Bankwet 1998 biedt hiervoor mijns inziens voldoende basis. Zie anders M.M. Mendel, 'De Bankwet 1998 en het vennootschapsrecht van Boek 2 BW', *WPNR* 1999/6347, p. 155-161.

deel van een) orgaan van de vennootschap het bestuur op deze wijze beïnvloeden. Over het algemeen is de overheid terughoudend met directe beïnvloeding op (de benoeming van) het bestuur. Voorkomen moet worden dat de overheid de rol van de ondernemer overneemt. Wanneer de overheid taken gaat verrichten die tot de bevoegdheid van het bestuur behoren, valt de ratio achter de verzelfstandiging weg. Daarbij zal een aandeelhouder die veelvuldig gebruik maakt van zijn concrete instructiebevoegdheid, het risico lopen om in het kader van aansprakelijkheidsstelling als (feitelijk) bestuurder gezien te worden, hetgeen ook voor publieke aandeelhouders kan opgaan.⁸¹

Wanneer de overheid geen deel uitmaakt van een *orgaan* van de vennootschap, biedt het algemene vennootschapsrechtelijke kader aldus geen mogelijkheden om invloed uit te oefenen op bepaalde door het bestuur te nemen besluiten. Desalniettemin is eventuele gewenste overheidsinvloed binnen het algemene vennootschapsrechtelijke kader op het bestuur denkbaar in de vorm van benoemings- en ontslagrechten in handen van de overheid.

Monistisch model

Op grond van artikel 2:129a BW van de per 1 januari 2013 inwerking getreden Wet Bestuur en Toezicht is het mogelijk om voor de organisatiestructuur van de vennootschap te kiezen voor het zogenaamde *one tier* model.⁸² Dit houdt in dat er geen afzonderlijk toezichthoudend orgaan bestaat naast het bestuursorgaan, maar dat de toezichthouders zitting hebben in het bestuursorgaan zelf. Aldus zijn er twee soorten bestuurders, enerzijds de uitvoerend bestuurders (*executive board members*) en anderzijds de niet-uitvoerend bestuurders (*non-executive board members*). Dit bestuursmodel is in de wet opgenomen om met name de internationaal opererende naamloze vennootschappen die qua bestuursstructuur wensen aan te sluiten bij hetgeen in het Anglo-Amerikaans model gebruikelijk is, tegemoet te komen. De uitvoerend bestuurders dragen zorg voor de dagelijkse gang van zaken die per vennootschap anders kan worden ingevuld omdat een wettelijke omschrijving ontbreekt.⁸³ Voor de overheidsonderneming lijkt aansluiting bij dit model minder voor de hand te liggen. Hoewel de niet-uitvoerende bestuurders (die door de overheid zouden kunnen worden benoemd) zo wellicht eenvoudig en direct informatie verkrijgen over het (dagelijkse) beleid, is mijns inziens onder meer door een dergelijke sterkere betrokkenheid van de niet-uitvoerend bestuurders bij de bestuurstaak gezien de afstand die de overheid juist wenst te bewaren ten

81 Zie J.B. Huizink, 'Het vennootschapsrecht en de werkelijkheid', *WPNR* 2009/6803, p. 531-533.

82 Zie wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, *Stb.* 2011, nr. 275 en *Stb.* 2012, 455. De wet Bestuur en toezicht is tegelijkertijd met het reparatievoorstel Bestuur en toezicht in werking getreden per 1 januari 2013. Zie *Kamerstukken I* 2011/12, 32 873, A (VvW).

83 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 15.

opzichte van de dagelijkse gang van zaken minder geschikt. Zie over de niet-uitvoerend bestuurders en hun verantwoordelijkheden nader paragraaf 4.1.3.

3.2 Benoeming en ontslag bestuurders overheidsondernemingen

Een mogelijkheid om op een zekere afstand te komen van het bestuur, zonder de volledige mogelijkheid tot beïnvloeding te verliezen, kan worden gevonden in een benoemings- of ontslagrecht in handen van de overheid. De hoofdregel met betrekking tot de benoeming van bestuurders van een (niet-structuur) vennootschap volgt uit artikel 2:133 BW en luidt dat bestuurders worden benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders.⁸⁴ Zolang de overheid een meerderheidsaandeel bezit, kan zij haar keuze bepalend laten zijn.

Maar ook met een minderheidsaandeel en zelfs zonder een aandeel is beïnvloeding van de keuze voor de te benoemen bestuurders mogelijk. De statuten kunnen bijvoorbeeld de kring van benoembare personen beperken door zogenaamde kwaliteitseisen te stellen aan de benoembare personen.⁸⁵ Deze eisen kunnen overigens altijd terzijde worden gesteld door een besluit van de vergadering van aandeelhouders.⁸⁶ Naast de mogelijkheid om in de statuten kwaliteitseisen te formuleren, kan worden bepaald dat de bestuurders door de algemene vergadering van aandeelhouders moeten worden benoemd uit een voordracht.⁸⁷ Niet alleen een orgaan van de vennootschap, maar ook een derde – derhalve ook de overheid – kan het recht hebben om bestuurders (bindend) voor te dragen. Overigens geldt ook hier dat het bindende karakter aan het benoemingsbesluit te allen tijde door een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders kan worden ontnomen.⁸⁸ Rechtstreekse

84 Degene die reeds bestuurder is bij twee grote rechtspersonen kan daarnaast niet benoemd worden tot bestuurder van een grote (waarbij wordt aangesloten bij art. 2:397 lid 1 BW) stichting op grond van het nieuwe art. 2:297a lid 1 BW. Een dergelijke benoeming zou leiden tot nietigheid van de laatste benoeming. Zie Asser/Rensen, 2012 (2-III*) *Overige Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 337. De Wet Bestuur en Toezicht moet de kwaliteit van bestuur (en toezicht) waarborgen. Zie *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 16-18. Gezien het grote aantal amendementen, leek de gewenste invoering per 1 januari 2013 niet realistisch.

85 Denk hierbij aan de verplichte aanwezigheid van een ambtenaar in het bestuur.

86 Het moet een besluit betreffen van de vergadering waar meer dan de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigd is en dat genomen is met twee derden van de uitgebrachte stemmen. Zie art. 2:132 BW. Kwaliteitseisen mogen er overigens niet toe leiden dat het onmogelijk, althans bezwaarlijk wordt, om bestuurders te benoemen. Zie HR 19 maart 1976, NJ 1978, 52, m.n. Wachter.

87 Er moeten ten minste twee personen worden voorgedragen. Zie art. 2:133 lid 1 BW.

88 Ook dan is een besluit vereist dat is genomen met twee derden van de uitgebrachte stemmen, die meer dan de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen. Zie art. 2:132 lid 2 BW.

benoeming van bestuurders door anderen dan de aandeelhouders is bij een kapitaalvennootschap waar het structuurregime niet op van toepassing is, in beginsel niet mogelijk.⁸⁹ Afwijking van deze bepaling is slechts mogelijk wanneer hierin bij wet is voorzien.⁹⁰ Illustratief hiervoor is de benoeming van de bestuurders van de Nederlandsche Bank NV door de minister van Financiën bij Koninklijk Besluit.⁹¹

Bij de meeste overheidsdeelnemingen is het (verlichte) structuurregime van toepassing. Op grond van het structuurregime ligt het recht om bestuurders te benoemen in beginsel bij de raad van commissarissen.⁹²

Met betrekking tot het ontslag bepaalt artikel 2:134 BW dat iedere bestuurder te allen tijde kan worden geschorst of ontslagen door degene die bevoegd is tot benoeming. Let wel, wanneer de overheid slechts een voordrachtsrecht heeft, ligt de bevoegdheid tot schorsing en ontslag van de bestuurders derhalve in beginsel bij de algemene vergadering van aandeelhouders. Wederom lijkt zitting in de algemene aandeelhoudersvergadering bepalend voor de mogelijkheden tot het uitoefenen van invloed door de overheid via de algemeen bestaande vennootschapsrechtelijke instrumenten. Overigens moet de mogelijkheid tot benoeming wel gebruikt worden om een effectief sturingsinstrument te kunnen zijn. Onderzoek van de Algemene Rekenkamer laat zien dat de rechten die de overheid op grond van stichtingsstatuten heeft om bestuurders in overheidsstichtingen te benoemen, niet worden gebruikt.⁹³

3.3 Bezoldiging bestuurders overheidsondernemingen

Hieronder wordt eerst de reguliere wijze van vaststelling van bestuurdersbeloningen in kapitaalvennootschappen besproken, waarbij ook aandacht wordt besteed aan de regels met betrekking tot de gewenste transparantie over bezoldigingen. Vervolgens zal de bijzondere regeling voor staatsdeelnemingen zoals dat in aanvullend beleid is geformuleerd, worden behandeld.

89 Dit is anders bij de vereniging. Op grond van art. 2:37 lid 2 BW kan de benoeming van bestuurders bij een vereniging door andere personen dan de leden geschieden. De benoeming van bestuurders bij de vereniging kan derhalve rechtstreeks door de overheid geschieden. Wel geldt in verband met het zelfstandige karakter van de vereniging de beperking dat het slechts minder dan de helft van de bestuurders mag betreffen. De benoeming van een bestuurder door de overheid bij een vereniging of stichting vindt meestal plaats in subsidieverlenend verband.

90 Zie art. 2:25 BW.

91 Zie art. 12 lid 2 Bankwet in samenhang met art. 6 lid 7 van de statuten van DNB (statuten zoals vastgesteld op 22 mei 2012) op grond waarvan expliciet wordt afgeweken van de in Boek 2 BW neergelegde regeling.

92 Zie art. 2:162 BW en nader par. 5.3 van dit hoofdstuk.

93 Zie Algemene Rekenkamer, 'Zicht op overheidsstichtingen 2011', *Kamerstukken II* 2010/11, 31 887, nr. 4, p. 25.

Transparantie

De vaststelling van de wijze waarop de beloning van bestuurders tot stand komt, is met name interessant vanwege de ophef die beloningen aan bestuurders – binnen zowel de private als de publieke sector – steeds veroorzaken. De daardoor ontstane (schijnbare) politieke onmacht leidde tot een discussie om uitwassen te matigen.⁹⁴ Lange tijd heeft in de discussie met betrekking tot de controle op inkomens de nadruk gelegen op transparantie.⁹⁵ Het uitgangspunt daarbij was dat de markt door de transparantie van beloningsstructuren optimaal zou kunnen werken.⁹⁶ Dit zou een matigend effect op de hoogte van de beloningen tot gevolg hebben.⁹⁷

Voor jaarrekeningplichtige rechtspersonen is op grond van artikel 2:383 BW opgave van het bedrag van de bezoldiging van de gezamenlijke bestuurders en commissarissen verplicht. Voor de naamloze vennootschappen die voldoen aan de omschrijving in artikel 2:383b BW geldt het strengere regime van artikel 2:383c tot en met 2:383e BW. Op grond hiervan moet het bedrag van de bezoldigingen voor de gezamenlijke bestuurders en gezamenlijke commissarissen

94 Enkele voorbeelden uit de media: *NRC Handelsblad* 21 april 2004, 'Salaris topman NUON stijgt 36 pct' en *NRC Handelsblad* 26 april 2005, 'In belang van de "nationale discussie". Topman Ludo van Halderen levert bonus in'. Er is onvrede ontstaan met betrekking tot de bonussen die zijn verstrekt aan de bestuurders en managers van in financiële nood verkerende financiële instellingen, welke door nationale overheden voor faillissement zijn behoed. Zie *NRC Handelsblad* 23 maart 2009, 'Bos wil hard ingrijpen in bonuscultuur', maar ook in het buitenland is de publieke verontwaardiging groot, zie *Het financiële dagblad* 19 maart 2009, 'Congres koelt bonuswoede op AIG-topman Liddy' en in Frankrijk *Le Monde* 22 maart 2009, 'Les dirigeants de la Société Générale renoncent à leurs stock-options'.

95 In de parlementaire geschiedenis wordt voortdurend het woord transparantie gebezigd. De Raad van State merkt mijns inziens terecht op dat het niet duidelijk is of hiermee iets anders wordt bedoeld dan openbaarheid, zie *Kamerstukken II* 2004/05, 30 189, nr. 5, p. 2. Het woord 'transparantie' ziet mijns inziens impliciet ook op de openbaarheid van inkomens.

96 Zie bijvoorbeeld C. de Groot, 'Een beloningscode voor de financiële sector', *O&F* 2010 (18)3, p. 5-31, over het sterk in beweging zijnde beloningsbeleid in de financiële sector. Hij pleit voor een (model)beloningscode waarin wordt geformuleerd wat goede *corporate governance* is op het gebied van beloningsbeleid van financiële marktpartijen.

97 De Commissie *Corporate Governance* ziet in transparantie een middel om meer evenwicht tussen de organen binnen beursgenoteerde ondernemingen te creëren. Ten aanzien van de beloningen is in hoofdstuk II.2 van de code Tabaksblat opgenomen dat het verslag van de raad van commissarissen in ieder geval de hoofdlijnen van het remuneratierapport bevat. De code houdt wat betreft de openbaarmaking een enigszins verdergaande regeling in. Het remuneratierapport van de raad van commissarissen wordt op grond van art. II.2.13 in ieder geval op de website van de vennootschap geplaatst. Ook wordt een nadere invulling gegeven aan de wettelijke bepaling. Zie art. II.2.14: 'De vennootschap vermeldt in de toelichting op de jaarrekening in aanvulling op de krachtens art. 2:383d BW op te nemen informatie, de waarde van de aan het bestuur en het personeel toegekende opties en geeft daarbij aan hoe deze waarde is bepaald.'

worden gepubliceerd.⁹⁸ Daarnaast zijn op grond van de artikelen 31d en 31e WOR, in aanvulling op de in artikel 2:383b BW genoemde naamloze vennootschappen, ook de ondernemingen waar in de regel ten minste 100 personen werkzaam zijn, expliciet verplicht inzage te geven aan de ondernemingsraad over de bezoldiging van topkader, bestuurders en toezichthouders.⁹⁹

Bovendien zijn rechtspersonen waarbij de inkomsten voor ten minste 50% uit publieke middelen zijn gefinancierd, op grond van de Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens (Wopt) verplicht tot openbaarmaking van de beloningen van de bestuurders.¹⁰⁰

Ik spreek in dit onderzoek geen oordeel uit over de gewenste hoogte van beloningen, maar zal hieronder aangeven wie volgens de algemene regeling binnen de in de naamloze vennootschap gedreven overheidsonderneming verantwoordelijk is voor de vaststelling en uitvoering van het beloningsbeleid en in hoeverre het specifieke beleid voor overheidsdeelnemingen hiervan afwijkt.¹⁰¹

De wettelijke regeling

Binnen de naamloze (niet-structuur) vennootschap hebben de aandeelhouders in beginsel het laatste woord met betrekking tot de beloning van bestuurders.¹⁰² De aandeelhoudersvergadering stelt op grond van artikel 2:135 lid 1 BW dwingendrechtelijk het beleid met betrekking tot de bezoldiging van het

98 Zie Wet openbaarmaking bezoldiging en aandelenbezit van bestuurders en commissarissen van beursgenoteerde ondernemingen, *Stb.* 2002, nr. 225 en voorts de Wet tot wijziging structuurregeling, *Stb.* 2004, nr. 405 welke resulteerde in art. 2:383b BW dat de regeling van de artikelen 2:383c tot en met 383e BW in afwijking van art. 2:383 BW van toepassing verklaart op alle naamloze vennootschappen, met uitzondering van die naamloze vennootschappen waarvan de statuten uitsluitend aandelen op naam kennen, een blokkeringsregeling bevatten en niet toelaten dat met medewerking van de vennootschap certificaten aan toonder worden uitgegeven.

99 Zie de in 2006 ingevoerde Wet Harrewijn, *Stb.* 27 mei 2006, nr. 286. De wet werd oorspronkelijk aangeduid met de Wet op de ondernemingsraden in verband met het verschaffen van informatie over de hoogte van inkomens van topkader, bestuurders en toezichthouders van ondernemingen aan de ondernemingsraad. De wet is later vernoemd naar de ten tijde van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel van de overleden initiatiefnemer Harrewijn.

100 Zie art. 3 lid 2 Wopt. Voor rechtspersonen met een bij of krachtens de wet geregelde taak ligt het percentage op grond van het tweede lid van dit artikel zelfs op 33% van de inkomsten. Zie Wet van 9 februari 2006, *Stb.* 2006, nr. 95. Er ligt een wetsvoorstel 'Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector' om de Wopt te vervangen. Zie *Kamerstukken I* 2011/12 32 600, F (MvA).

101 Zie uitgebreid over de wettelijke regeling ten aanzien van bezoldiging van naamloze vennootschappen, C. de Groot, 'Bezoldiging van bestuurders van naamloze vennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2005/14, p. 464-470.

102 Op grond van artikel 2:245 BW geldt dit uitgangspunt ook voor de besloten vennootschap.

bestuur vast.¹⁰³ Met inachtneming van dit beleid stelt zij vervolgens de bezoldiging van de bestuurders vast. De vaststelling van de bezoldiging kan in de statuten ook aan een ander orgaan worden opgedragen.¹⁰⁴ In de praktijk is de raad van commissarissen veelal het orgaan dat wordt aangewezen de bezoldiging binnen het vastgestelde beleid, vast te stellen.¹⁰⁵ Betreft het regelingen in de vorm van aandelen of rechten tot het nemen van aandelen, dan legt het aangewezen orgaan deze ter goedkeuring voor aan de aandeelhoudersvergadering. In combinatie met de code Tabaksblat levert het beschreven juridische kader een samenhangende regeling op, die de salariëring van bestuurders van private naamloze vennootschappen geheel aan de discretie van de aandeelhouders overlaat, mits de jaarrekening voldoende inzicht in de beloningsstructuur biedt.¹⁰⁶

Over het algemeen is derhalve tot op zekere hoogte sturing met betrekking tot bezoldiging van bestuurders op grond van Boek 2 BW mogelijk,¹⁰⁷ zolang de Staat (meerderheids)aandeelhouder is in een dergelijke vennootschap.¹⁰⁸

103 Vaststelling van het beleid vindt plaats na raadpleging van de ondernemingsraad. De ondergrens van de inhoud van dit beleid is voor de naamloze vennootschap nader uitgewerkt, welke uitwerking is te vinden in artikel 2:383c BW. Het beleid houdt in ieder geval in de opgave van het aan iedere bestuurder en commissaris uitgekeerde bedrag, uitgesplitst in a. periodiek betaalde beloningen, b. beloningen betaalbaar op termijn, c. uitkeringen bij beëindiging van het dienstverband en d. winstdelingen en bonusbetalingen.

104 Zie artikel 2:135 lid 4 BW.

105 Met inachtneming van de in art. 2:135 lid 5 BW bedoelde goedkeuring van de algemene vergadering.

106 Vergelijk de conclusie van C. de Groot, 'Bezoldiging van bestuurders van naamloze vennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2005/14, p. 470.

107 Bovendien wordt gezocht naar een manier om via de beloningsstructuur de niet alleen op rendement gebaseerde doelstellingen te behalen. Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 28 165, nr. 69, p. 15 (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2007): 'Waar mogelijk in aanvulling op het bestaande beloningsbeleid voor staatsdeelnemingen financiële prikkels voor het management inbouwen; niet alleen op financieel gebied, maar ook op het gebied van meer publieke doelstellingen. Het beloningsbeleid kan op die manier als instrument worden gebruikt om te benadrukken welke belangen (financiële en andere publieke belangen) de Staat nastreeft en het bestuur een prikkel te geven om de verschillende belangen van de Staat op evenwichtige wijze in ogenschouw te nemen. Voor de toekenning van variabele beloningselementen (bonussen) zullen dus ook andere dan alleen financiële doelstellingen dienen te worden opgenomen binnen het beloningsbeleid. Daarbij blijft van belang dat de doelstellingen zodanig scherp worden opgesteld dat het management niet al extra wordt beloond als alleen een «zesje» wordt gerealiseerd. Daarnaast acht het kabinet het van belang dat in de beloningsstructuur bij staatsdeelnemingen terughoudendheid wordt betracht. Voor een onderneming die duidelijk opereert op het gebied van meer publieke dienstverlening, is het niet passend dat de beloningsstructuur voor 100% is gerelateerd aan een volledig commerciële omgeving.'

108 De praktijk lijkt weerbarstiger. Ondanks een overheidsaandeel worden hoge bonussen uitgekeerd. Met betrekking tot de bonussen uitgekeerd in de financiële sector geeft de minister van Financiën zelfs aan dat hij – mochten de genomen maatregelen niet voldoende blijken – wil onderzoeken of er welke wettelijke (en/of fiscale) ingrepen mogelijk zijn om de matiging van beloningen bij de gesteunde instellingen alsnog af te dwingen. Zie de door

De Staat kan in zijn hoedanigheid als meerderheidsaandeelhouder derhalve een sterke invloed uitoefenen op het beloningsbeleid binnen zijn deelnemingen. In de praktijk bleek echter dat ondanks de hierboven genoemde transparantie-verplichtingen niet automatisch matiging plaatsvond.¹⁰⁹ De inkomensdruk-kende werking van transparantie stelde teleur en de regering heeft daarom een nader inkomensnormerende wet opgesteld voor zogenaamde ‘semioverheidsorganisaties met inkomen uit publieke middelen’.¹¹⁰ Deze wet is echter niet per definitie van toepassing op overheidsondernemingen. De gedachte is dat de overheid, indien niet wordt voldaan aan de hieronder te bespreken criteria uit het rapport van de commissie Dijkstal, via het aandeelhouderschap het beloningsbeleid afdoende kan sturen.¹¹¹ Om een dergelijke sturing te bewerkstelligen is het deelnemingenbeleid aangevuld met concreet beleid inzake beloningsbeleid voor staatsdeelnemingen. De door mij in hoofdstuk 1 uitgewerkte criteria om een overheidsonderneming te definiëren en de door de minister gehanteerde omschrijving van staatsdeelnemingen¹¹² kunnen echter verschillen.¹¹³ Het staatsdeelnemingenbeleid kan ruimer zijn omdat ook staatsdeelnemingen die niet als overheidsonderneming kunnen worden aangemerkt, hieronder kunnen vallen. Voor de uitwerking van het beloningsbeleid voor overheidsondernemingen, zal ik aansluiten bij de terminologie in het voor staatsdeelnemingen geformuleerde beloningsbeleid.

Beloning bij de overheidsonderneming

Ten aanzien van staatsdeelnemingen heeft de overheid haar aandeelhoudersrol actiever ingevuld en wendt zij haar aandeelhouderspositie aan om bij te sturen voor wat betreft de vaststelling van bezoldigingen in deze staatsdeelnemingen. Zo stelt de minister van Financiën dat:

hem aan de Tweede Kamer verstuurd brief van 23 maart 2009, te raadplegen via <http://www.minfin.nl/dsresource?objectid=63180&type=org>.

109 In navolging van de code Tabaksblat zijn er ook voor verschillende publieke sectoren gedragscodes opgesteld, waarin tevens aandacht wordt besteed aan de beloningsstructuur. Er werd veel verwacht van deze zogenoemde *public governance*. Zie bijvoorbeeld de *Zorgbrede governancecode*, uitgegeven door de Brancheorganisaties Zorg, 19 december 2005, te raadplegen via www.ggzbeleid.nl.

110 Zie Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector *Kamerstukken II* 2011/12, 32 600, nr. 2 (VvW).

111 Zie *Kamerstukken I* 2011/12, 32 600, F, p. 11, waar door de minister het voorbeeld geeft van de energienetwerkbedrijven die wel, en de energiebedrijven die zich bezighouden met commerciële energieactiviteiten, die niet onder de wet vallen.

112 De Algemene Rekenkamer verstaat onder een staatsdeelneming: ‘het belang van de staat in het aandelenkapitaal van een kapitaalvennootschap (BV of NV)’. Zie Algemene Rekenkamer, *Rapport Garanties, leningen en deelnemingen van het Rijk*, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 086, nrs. 1-2, p. 17.

113 Bijvoorbeeld in die zin dat een minderheidsaandeel van de staat in een onderneming waarin de staat verder geen beleidsbepalende invloed kan uitoefenen volgens mijn kwalificatiecriteria geen overheidsonderneming is, echter wel een staatsdeelneming.

‘(...) de grond voor het aandeelhouderschap van de Staat (...) het publieke belang [blijft] dat met de onderneming is gemoeid. Dit vindt zijn weerslag in de wijze waarop de Staat als aandeelhouder acteert. Zo ook ten aanzien van het beloningsbeleid, dat voldoende gematigd moet zijn. De uitdaging bij het formuleren van een goed beloningsbeleid voor staatsdeelnemingen is het verenigen van zowel de publieke als de private context.’¹¹⁴

Wat betreft het bezoldigingsbeleid streeft de minister van Financiën ernaar zoveel mogelijk bij elke deelneming in de positie te zijn om zelfstandig voorstellen te kunnen formuleren.¹¹⁵ Als aandeelhouder gaat de overheid de dialoog met de desbetreffende ondernemingen aan bij het vaststellen van het concrete vaststellingsbeleid voor de beloningen. Dit heeft geleid tot enige matiging van beloningen.¹¹⁶

De minister van Financiën maakt onderscheid tussen de verschillende staatsdeelnemingen om het beleid aan te kunnen passen aan de mate waarin het (semi)publieke karakter naar voren komt:

‘Om als aandeelhouder actief en effectief met de ondernemingen in gesprek te kunnen gaan over hun beloningsbeleid is een coherent, degelijk en logisch opgebouwd beoordelingskader nodig (...). Zoals in mijn brief van 24 oktober al uiteen werd gezet, begint het beoordelingskader dan ook met een categorisering van de deelnemingen, op basis van de door de commissie-Dijkstal aangedragen en door het kabinet overgenomen criteria: 1. de mate van publieke financiering; 2. de mate van commerciële concurrentie; 3. de mate van publiek belang; 4. de status van rechtspersoon met een wettelijke taak.’¹¹⁷

Met behulp van deze criteria worden de staatsdeelnemingen onderverdeeld in drie categorieën, te weten: – publiek; – publiek/markt; – markt/publiek.¹¹⁸

114 Zie de brief van minister van Financiën van 9 oktober 2009, *Kamerstukken II* 2009/10, 28 165, nr. 101, p. 4. Zie ook bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 146, p. 17-18.

115 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 6.

116 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 101, *Kamerstukken II* 2009/10, 28 165, nr. 111 en nr. 115 en het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 9-10.

117 Zie de brief van minister van Financiën van 9 oktober 2009, *Kamerstukken II* 2009/10, 28 165, nr. 101, p. 4-5. Zie het rapport *Niveau en ontwikkeling van de lonen van topfunctionarissen in de (semi-)publieke sector en bij woningcorporaties 2003-2004*, ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Directie Arbeidszaken Openbare Sector, september 2005.

118 Zie de brief van minister van Financiën van 9 oktober 2009, *Kamerstukken II* 2009/10, 28 165, nr. 101, p. 5. De huidige onderverdeling verschilt van het eerder gehanteerde systeem. De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid maakte in 2004 een onderscheid tussen de publiek gefinancierde sector en de private sector. In de private sector maakt hij een onderscheid tussen ondernemingen waarbij de overheid geen aandeelhouder is en ondernemingen waarbij de overheid volledig of gedeeltelijk aandeelhouder is. Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 30 111, nr. 1, p. 1 en 2. Onder de publiek gefinancierde sector vielen organisaties en ondernemingen in de publieke en privaatrechtelijke sector waarvan de inkomsten voor

Voor iedere categorie wordt een specifiek beloningsbeleid gehanteerd. Voor de categorie ‘publiek’ geldt bijvoorbeeld dat het beloningsbeleid bij *iedere* staatsdeelneming in deze categorie wordt gemaximeerd op het normsalaris in de publieke en semipublieke sector (130% van het huidige ministersalaris). In de tweede categorie ‘publiek/markt’ wordt het beloningsbeleid voor minstens 50% vergeleken met de genormeerde beloningen in de (semi)publieke sector. Voor het overige wordt vergeleken met beloningen van relevante ondernemingen in de private sector. De precieze weging verschilt per staatsdeelneming. Bij de ondernemingen in de laatste categorie ‘markt/publiek’, weegt de ingestelde (semi)publieke referentiegroep voor ten minste 25% mee in het vast te stellen beloningsbeleid. Voor het overige wordt vergeleken met beloningen van relevante ondernemingen in de private sector. De precieze weging verschilt weer per staatsdeelneming.¹¹⁹

Deze criteria worden gebruikt om het beloningbeleid dat past bij het karakter van de staatsdeelneming, vast te kunnen stellen. Maar met deze categorisering is het ook mogelijk om de plaats van overheidsdeelnemingen op de lijn van publiek- naar privaatrecht nader te bepalen. Zoals in hoofdstuk 3 is beargumenteerd, moeten mijns inziens bepaalde publiekrechtelijke normen op overheidsondernemingen van (overeenkomstige) toepassing worden geacht te zijn vanwege het (semi)publieke karakter door overheidsverbondenheid. Het is derhalve mijns inziens niet de vraag of bepaalde publiekrechtelijke normen voor overheidsondernemingen moeten gelden. Voor de concrete toepassing van deze normen in het privaatrechtelijk kader kunnen deze criteria ter onderscheiding van de bovengenoemde drie categorieën echter zeer bruikbaar zijn. Deze kunnen immers gebruikt worden om onderscheid te maken tussen de verschillende overheidsondernemingen en de mate waarop deze meer of minder publiek zijn. Dit kan vervolgens behulpzaam zijn bij de beantwoording van de vraag hoe zwaar de toepasselijke publiekrechtelijke normen, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, moeten wegen in de belangenafweging tussen het publiek belang en andere bij de overheidsonderneming betrokken belangen.

Bonusbeleid

In het bezoldigingsbeleid neemt het beleid met betrekking tot bonussen een bijzondere plaats in.¹²⁰ Onder bonussen worden de variabele beloningen van

ten minste 50% uit publieke middelen (over gemiddeld twee jaar) komen, met een minimum van €100.000,-.

119 Zie de brief van minister van Financiën van 9 oktober 2009, *Kamerstukken II* 2009/10, 28 165, nr. 101, p. 5-6.

120 Vergelijk de in Zweden voor staatsbedrijven ingestelde regeling. Zie *NRC Handelsblad* 24 maart 2009, ‘Zweden verbiedt bonussen bij staatsbedrijven’.

bestuurders van staatsdeelnemingen verstaan. De Code Banken¹²¹ gebaseerd op het rapport 'Herstel van vertrouwen' vormt de grondslag voor aanvullende regulering om de bekritiseerde bonusgerichtheid van bestuurders te temperen.¹²² Deze is, gelijk de Corporate Governance Code, wettelijk verankerd via artikel 2:391 lid 5 BW.¹²³

In de Code Banken is een plafond opgenomen voor de hoogte van bonussen. Dit plafond is relatief ten opzichte van de reguliere beloningen. Voor de ontslagvergoeding geldt op grond van 6.3.2 Code Banken dat deze maximaal één jaarsalaris mag bedragen. Dit is vergelijkbaar met Principe II.2 Bezoldiging van de Corporate Governance Code op grond waarvan de ontslagvergoeding maximaal één jaarsalaris mag bedragen.¹²⁴ De Corporate Governance Code is in beginsel slechts van toepassing op beursgenoteerde vennootschappen, maar de minister van Financiën legt zich erop toe dat deze ook bij andere staatsdeelnemingen op de agenda staat.¹²⁵

Vanwege de publieke verantwoording over exorbitant hoge bonussen bij financiële instellingen die met overheidsmiddelen worden gesteund, geldt op grond van artikel 1:112 van de Wet op het Financieel Toezicht inmiddels een bonusverbod.¹²⁶ Dit bonusverbod houdt in dat bestuurders van instellingen die staatssteun ontvangen, geen variabele beloning krijgen gedurende de

121 Zie Code Banken zoals op 9 september 2009 opgesteld door de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) in reactie op het op 7 april 2009 gepubliceerde rapport 'Naar herstel van vertrouwen' van de Adviescommissie Toekomst Banken, te raadplegen via <http://www.nvb.nl/index.php?p=291464>.

122 Zie het rapport van de Adviescommissie Toekomst Banken voor de Nederlandse Vereniging van Banken 'Naar herstel van vertrouwen', april 2009, te raadplegen via <http://www.nvb.nl/home-nederlands/nieuws/nieuwsberichten/adviescommissie-toekomst-banken-presenteert-rapport.html>.

123 Bij AmvB van 1 juni 2010 is de Code Banken aangewezen als gedragscode bedoeld in dit artikel.

124 Zie De Nederlandse corporate governance code zoals opgesteld door de Commissie corporate governance op 9 december 2003, te raadplegen via <http://www.Rijksoverheid.nl/onderwerpen/corporate-governance/documenten-en-publicaties/richtlijnen/2003/12/09/code-tabaksblat.html>.

125 Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 12. In 6.3.2 Code Banken is echter ook vastgesteld dat indien het plafond van één jaarsalaris kennelijk onredelijk is, de ontslagvergoeding maximaal tweemaal het jaarsalaris mag zijn.

126 Zie nader Hoofdstuk 1.8 van de Wet op het Financieel toezicht zoals gewijzigd per 1 juli 2012 door de Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Wet financiële markten BES in verband met het invoeren van een aansprakelijkheidsbeperking voor de toezichthouders op de financiële markten en het opnemen van regels met betrekking tot de beloning van dagelijks beleidsbepalers van financiële ondernemingen die staatssteun genieten (Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM en bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen), *Stb.* 2012, nr. 265.

periode van steun.¹²⁷ Voor de staatsdeelnemingen in ABN-AMRO/Fortis en ASR Nederland geldt echter een afwijkend beloningsbeleid dan voor andere staatsdeelnemingen omdat deze geen blijvend publiek karakter zouden hebben.¹²⁸

4 RAAD VAN COMMISSARISSSEN BIJ OVERHEIDSONDERNEMINGEN

Binnen een overheidsonderneming wordt door de overheid enerzijds afstand tot de dagelijkse uitvoering van een publieke taak beoogd, terwijl anderzijds de wens bestaat om invloed uit te oefenen ter verzekering van het publieke belang. Hierbij past de visie dat het (dagelijkse) bestuur in beginsel een grote mate van onafhankelijkheid bij het besturen heeft. De hierboven besproken sturingsmogelijkheden ten aanzien van het bestuur van een vennootschap, betreffen dan ook beïnvloedingsmogelijkheden van de overheid, zonder dat deze deel uitmaakt van de organisatiestructuur van de vennootschap. Bij de visie van controle op afstand past beïnvloeding op de benoeming van commissarissen wellicht beter dan beïnvloeding op de (directe) benoeming van bestuurders.¹²⁹ Hoewel de raad van commissarissen een sterke positie binnen de vennootschap inneemt – zeker binnen de structuurvennootschap – staat de commissaris immers op grotere afstand van de vorming van het beleid van de onderneming dan de bestuurder.¹³⁰ Voor wat betreft de overheidsonderneming ligt binnen het vennootschapsrechtelijke kader de benoeming van commissarissen daarom meer voor de hand. In plaats van gebruikmaking van het recht van benoeming of voordracht van bestuurders, kan de overheid derhalve overwegen om commissarissen aan te wijzen om aldus (op een meer indirecte wijze) invloed binnen de overheidsonderneming te krijgen.

De instelling van een raad van commissarissen bij de naamloze vennootschap is niet verplicht.¹³¹ Slechts wanneer sprake is van een structuurvennootschap

127 De regeling geldt zowel voor toekomstige gevallen als voor instellingen die op dit moment al staatssteun krijgen, maar er geldt wel een overgangsregeling voor financiële instellingen die op dit moment gesteund worden. Zie B.M. Boekraad, 'Het bonusverbod voor bestuurders van staatsgesteunde financiële ondernemingen', *V&O* 2011/12, p. 225-229.

128 Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 31 789, nr. 36 (Brief).

129 Het gebruik van publiek aandeelhouderschap is immers ingegeven door de wens de operationele uitvoering van het publieke belang op afstand te plaatsen. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 2.

130 Op grond van het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht wordt de (feitelijke via de statutaire inrichting reeds bestaande) mogelijkheid om een *one-tier* board in te stellen, in de wet neergelegd (ontwerp art. 2:129a BW). Gezien de wens van de overheid op enige afstand van het bestuur te staan, is mijns inziens de instelling van een *one-tier* board bij een overheidsonderneming niet wenselijk. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 2. Zie de wet van 6 juni 2011, *Stb.* 2011, 275.

131 Zie art. 2:140 lid 1 BW.

moet dwingendrechtelijk een raad van commissarissen zijn ingesteld.¹³² De minister van Justitie kan een onder de structuurregeling vallende vennootschap (deels) een ontheffing voor de toepasselijkheid van het structuurregime verlenen.¹³³ Bij de bespreking van de commissaris bij overheidsondernemingen ga ik in beginsel uit van de regeling bij de gewone vennootschap. Slechts voor zover relevant worden afwijkingen ten aanzien van de commissarissen onder het structuurregime behandeld.

In de volgende paragraaf wordt nader ingegaan op de taak en de wijze van benoeming van de raad van commissarissen. In paragraaf 4.2 wordt de overheidscommissaris – dat wil zeggen de commissaris die zijn benoeming te danken heeft aan overheidsinvloed – besproken. Op deze (indirect) door de overheid benoemde commissarissen zijn de in deze paragraaf te bespreken bepalingen van Boek 2 BW in beginsel onverkort van toepassing. Desalniettemin zijn (wettelijke en statutaire) afwijkingen in bijvoorbeeld taakuitvoering en wijze van benoeming denkbaar. Hoe deze afwijkingen zich verhouden tot het algemene vennootschapsrechtelijke kader, wordt mede aan de hand van de rond de – inmiddels afgeschafte – commissaris van overheidswege gevoerde discussie nader geïllustreerd in paragraaf 4.2.1. In paragraaf 4.2.2 staat de taak van deze commissaris en in paragraaf 4.2.3 de wijze waarop het vennootschapsbelang zich daarbij tot het algemeen belang verhoudt centraal.

4.1 De raad van commissarissen nader beschouwd

4.1.1 Taak en bevoegdheden van de raad van commissarissen

Op grond van artikel 2:140 lid 2 BW heeft de raad van commissarissen de taak om toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.¹³⁴

132 Zie art. 2:158 lid 1 BW. Wanneer is gekozen voor de instelling van een monistisch stelsel, is instelling van de RvC niet toegestaan. Vergelijk op grond van art. 2:140 lid 1 BW en *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 19.

133 Zie art. 2:156 BW. Het overgrote deel van de overheidsondernemingen valt onder het verlichte structuurregime. Zie nader paragraaf 5.3.

134 In vennootschappen met een monistisch stelsel vervult de groep van ‘non-executives’ zoveel mogelijk de taak van een raad van commissarissen, maar de aard van hun toezichtfunctie is anders. Zij zijn te beschouwen als een (speciale) vorm van intern bestuurlijk toezicht. Wanneer behoefte bestaat aan een externe toezichthouder zal de instelling van een met de raad van commissarissen vergelijkbaar orgaan mijns inziens echter toegestaan moeten zijn. Overigens heeft de raad van commissarissen op grond van de statuten een mate van invloed die verder reikt dan het toezicht alleen. Een voorbeeld daarvan is dat de statuten kunnen bepalen dat de president-commissaris de algemene vergadering van aandeelhouders voorziet.

Daarbij staat het de raad van commissarissen vrij het bestuur met raad ter zijde te staan.¹³⁵

Artikel 2:140 lid 2 BW eist dat de commissarissen¹³⁶ zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de vennootschap.¹³⁷ Individuele commissarissen vertegenwoordigen derhalve géén deel- of groepsbelangen: ze handelen zonder last of ruggespraak. Voor een individuele commissaris binnen de overheidsonderneming met als specifieke taakopvatting de behartiging van het publiek belang is derhalve binnen het huidige vennootschapsrechtelijk kader in beginsel geen plaats.¹³⁸ Wel is het mijns inziens mogelijk dat een individuele commissaris (al dan niet door de overheid benoemd) oog heeft voor de behartiging van meerdere deelbelangen, waaronder het publieke belang, zolang het vennootschapsbelang maar voorop staat. Het afwegen van verschillende belangen binnen vennootschapsrechtelijk kader, behoort immers door de eisen van redelijkheid en billijkheid tot de taak van de commissaris. Een commissaris kan derhalve oog hebben voor een specifiek deelbelang als het publiek belang, zolang de concrete belangenafweging en besluitvorming maar in het belang van de vennootschap geschieden.

Naast de algemene taakomschrijving in artikel 2:140 BW zijn in verschillende wettelijke bepalingen afzonderlijke taken voor de raad van commissarissen neergelegd. Denk bijvoorbeeld aan de bevoegdheid om bestuurders te schorsen.¹³⁹ Naast de wettelijke en statutaire bepalingen zijn – aangezien de minister heeft aangegeven voor staatsdeelnemingen zoveel mogelijk bij de Corporate Governance Code aan te willen sluiten – de commissarissen van een overheids-

135 Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (2-II*) *De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 484.

136 Art. 2:140 lid 2 BW richt zich uitdrukkelijk tot de *commissarissen* en niet tot de *raad* van commissarissen.

137 Zie HR 1 april 1949, NJ 1949, nr. 465 (*Doetinchemse IJzergieterij*).

138 Van der Burg meent echter dat de commissaris aangesteld door een overheidslichaam vanwege een achtergestelde lening niet gelijkgesteld kan worden met de andere commissarissen; hier is volgens hem sprake van een belangen- of bankcommissaris. Zie V.A.M. van der Burg, 'De van overheidswege benoemde commissaris', *WPNR* 1985/5371, p. 757. Ook Maeijer acht een zekere ruggespraak geoorloofd, mits dit niet ten koste gaat van de vertrouwelijkheid en zelfstandigheid binnen de raad. Hij maakt een onderscheid tussen last en ruggespraak. Een commissaris dient wel geheel zonder last te functioneren. Zie J.M.M. Maeijer, *Privatisering. Nadere verkenning van een al te makkelijk ingeslagen weg*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 15. Zie in gelijke zin W.C.L. van Grinten in zijn advies, bijgevoegd als bijlage bij *Kamerstukken II* (Nota) 1990/91, 22 064, nr. 2. Zie nader par. 4.2 van dit hoofdstuk.

139 Zie art. 2:146 BW. Voort is te denken aan de vereiste ondertekening van de jaarrekening op grond van art. 2:101 lid 2 BW, de informatieplicht jegens de aandeelhoudersvergadering van art. 2:107 lid 2 BW en het recht om bestuurders te schorsen van art. 2:147 lid 1 BW.

onderneming gedreven in een naamloze vennootschap in beginsel gebonden aan deze Code.¹⁴⁰

Bijzondere taken voor de raad van commissarissen binnen de structuurvennootschap
Zoals hierboven reeds opgemerkt, is de instelling van een raad van commissarissen bij de structuurvennootschap verplicht. Deze raad van commissarissen heeft bovendien verdergaande bevoegdheden dan die bij een niet-structuurvennootschap.¹⁴¹ Niet alleen benoemt de raad van commissarissen de bestuurders, maar ook zijn de in artikel 2:164 BW opgesomde bestuursbesluiten dwingendrechtelijk aan haar goedkeuring onderworpen.¹⁴² Het betreft voor de vennootschap wezenlijke besluiten waaronder het voorstel tot wijziging van de statuten en het voorstel tot ontbinding van de vennootschap.¹⁴³ Zie over de structuurvennootschap nader paragraaf 5.3.

4.1.2 Benoeming en ontslag commissarissen door de overheid

Bij de niet-structuurvennootschap worden de commissarissen op grond van artikel 2:142 BW benoemd door de aandeelhoudersvergadering.¹⁴⁴ Slechts

140 Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 12. In de Corporate Governance Code staan voorschriften met betrekking tot de taak en werkwijze, onafhankelijkheid, deskundigheid en samenstelling, rol van de voorzitter van de raad van commissarissen en de secretaris van de vennootschap, de kerncommissies van de raad van commissarissen (auditcommissie, remuneratiecommissie, selectie- en benoemingscommissie), tegenstrijdige belangen, bezoldiging en de one-tier bestuursstructuur.

141 De bevoegdheden van de raad van commissarissen bij een 'gewone' vennootschap kunnen ook niet worden uitgebreid tot die van de raad van commissarissen bij een structuurvennootschap. Zelfs de Ondernemingskamer van het hof van Amsterdam kan niet een commissaris bij een 'gewone vennootschap' benoemen met de bevoegdheden van de commissaris bij een structuurcommissaris. Aldus HR 1 maart 2002, *RodW* 2002, nr. 54. Zie G.C. de Heer, 'Benoeming van een 'structuurcommissaris' bij een niet-structuurvennootschap valt buiten art. 2:356BW', *V&O* 2002/5, p. 88. De basis hiervoor is te vinden in de artikelen 2:162 en 2:164 BW.

142 Overigens heeft het ontbreken van de goedkeuring van de raad van commissarissen op de hier genoemde besluiten geen invloed op de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur. Zie art. 2:164 lid 2 BW.

143 Overigens worden deze bevoegdheden in de statuten van veel (overheids)ondernemingen sterk uitgebreid. Zie voor een uitgebreide aanvulling op de wettelijk goed te keuren besluiten art. 14 van de statuten van NV Luchthaven Schiphol, te raadplegen via www.schipholgroup.com.

144 Voor zover deze niet reeds bij de akte van oprichting zijn aangewezen. Op grond van de Corporate Governance Code III.3.5 is het wenselijk dat maximaal driemaal voor een periode van vier jaar wordt verlengd. Voor de BV geldt dat ingevolge het wetsvoorstel Flex-BV art. 2:252 BW aldus is gewijzigd dat bij statuten kan worden bepaald dat commissarissen (evenals bestuurders, zie art. 2:242 BW) worden benoemd door een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 95-96.

natuurlijke personen kunnen worden benoemd tot commissaris.¹⁴⁵ Wil de overheid haar invloed op de benoeming van een commissaris van een vennootschap doen gelden, dan kan dit in beginsel dus alleen wanneer zij een stem in de aandeelhoudersvergadering van de desbetreffende vennootschap heeft. De overheid in de hoedanigheid van meerderheidsaandeelhouder kan op grond van laatst genoemd artikel in beginsel één of meerdere commissarissen van haar keuze benoemen.¹⁴⁶ Het is zelfs mogelijk om deze commissarissen meer dan één stem binnen de raad van commissarissen toe te kennen.¹⁴⁷ De overheid heeft in deze overigens dezelfde positie als andere meerderheidsaandeelhouders zouden hebben. Er geldt voor de overheid geen ander regime: ook zij zal bij de benoeming steeds gebonden zijn aan de redelijkheid en billijkheid.

Problemen ten aanzien van een wenselijke benoeming ontstaan wanneer de overheid geen meerderheidsbelang bezit. Zij heeft dan niet de mogelijkheid om op vennootschapsrechtelijke gronden een doorslaggevende factor bij de benoeming van één of meerdere commissarissen te zijn. Op het beginsel dat de aandeelhoudersvergadering de raad van commissarissen benoemt, zijn echter uitzonderingen te maken, waardoor de overheid – ondanks het gemis van de meerderheidsstem in de aandeelhoudersvergadering – alsnog invloed kan uitoefenen op de benoeming. Een eerste mogelijkheid wordt geboden door artikel 2:143 BW. Op grond van dit artikel kunnen de statuten bepalen dat *anderen* dan de aandeelhoudersvergadering een aantal commissarissen – de zogenaamde ‘vrije’ commissarissen – benoemen.¹⁴⁸ Uitdrukkelijk spreek ik over een *aantal* commissarissen nu in de wet een limiet wordt gesteld. Tot ten hoogste een derde deel van het gehele aantal commissarissen kan worden benoemd door anderen dan de aandeelhoudersvergadering.¹⁴⁹ Indien de

145 Zie art. 2:140 lid 1 BW.

146 Deze commissarissen zou ik willen aanduiden als overheidscommissarissen, niet zijnde commissarissen van overheidswege, maar commissarissen benoemd door de overheid als aandeelhouder. Dit in tegenstelling tot de definitie die wordt gegeven aan de commissaris van overheidswege in de Nota ‘Commissarissen van overheidswege’ van 28 maart 1991. Zie *Kamerstukken II* 1990/91, 22 064, nr. 2, p. 4, volgens welke de commissaris, benoemd door de overheid in hoedanigheid van aandeelhouder, hier ook onder valt. Mijns inziens is de term ‘commissaris van overheidswege’ een *sui generis* van de meer omvattende term ‘overheidscommissaris’. Overigens is deze lijn niet altijd even helder te trekken, zeker niet in het geval er overeenkomsten worden gesloten tussen de overheid en de vennootschap. Zie bijvoorbeeld de benoeming van commissarissen bij ING NV door de minister van Financiën in 2009. Een ambtenaar benoemd op initiatief van de vennootschap is geen overheidscommissaris.

147 Zie art. 2:140 lid 4 BW. Bij mijn weten heeft de overheid geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid.

148 Ook de door de aandeelhoudersvergadering benoemde commissaris is vanwege de autonome taakopvatting van de raad van commissarissen niet gebonden aan de wil van de aandeelhouders; ‘vrije’ dient hier derhalve niet begrepen te worden vanuit de verouderde opvatting dat een dergelijke commissaris het aandeelhoudersbelang exclusief dient.

149 Zie art. 2:143 BW.

statuten een overheidsorgaan als benoemende instantie aanwijzen, is formeel sprake van een *statutair* benoemde commissaris.¹⁵⁰ In de praktijk noemt men deze commissarissen wel overheidscommissaris of commissaris van overheidswege.¹⁵¹ De overheid heeft in deze echter geen sterkere positie in vergelijking met derden en maakt slechts gebruik van het tot haar beschikking staand privaatrechtelijke instrumentarium, zonder haar invloed via publiekrechtelijke regelingen te doen gelden.

Beïnvloeding van de samenstelling van de raad van commissarissen kan voorts worden bereikt door opname van benoembaarheidseisen of kwaliteitseisen in de statuten.¹⁵² Bovendien kunnen commissarissen evenals bestuurders bindend worden voorgedragen door anderen dan de aandeelhoudersvergadering.¹⁵³ Ten slotte kan het besluit tot benoeming of voordracht op grond van de statuten aan de goedkeuring van een overheidsorgaan onderhevig zijn. Om strijd met artikel 2:143 BW te voorkomen, kan deze toestemming mijns inziens slechts voor ten hoogste een derde van de commissarissen worden vereist.¹⁵⁴

Contractuele benoeming van twee commissarissen bij ING NV

Naast de (statutaire) benoemingsrechten als aandeelhouder, de aanwezigheid van bepaalde kwaliteitseisen voor de commissarissen en de mogelijkheid van een bindende voordracht, kan het recht op benoeming van commissarissen worden vastgelegd in een 'contract' met de aandeelhouders van de vennootschap.¹⁵⁵ Aan een dergelijke overeenkomst kunnen verschillende overwegingen ten grondslag liggen. Zo kan aldus worden voorkomen dat in de bij het handelsregister neergelegde statuten aanwijzingen zijn te vinden van een

150 Louter op grond van de aanwijzing van het overheidsorgaan in de statuten als derde komt dit benoemingsrecht haar toe.

151 De laatste term was tot 2004 gereserveerd voor de inmiddels afgeschafte commissaris van overheidswege die op grond van art. 2:258 lid 12 BW (oud) door de overheid werd benoemd binnen een structuurvennootschap. Een wezenlijk verschil met de nog bestaande mogelijkheid tot benoeming van een commissaris door anderen dan de aandeelhoudersvergadering, is dat deze mogelijkheid niet exclusief is voorbehouden aan de overheid. De commissaris van overheidswege moet overigens niet met de regeringscommissaris worden vergeleken: de laatste is een door de regering gemachtigde commissaris met een (tijdelijke) bijzondere taak.

152 De hoedanigheid van ambtenaar zou als eis kunnen worden opgenomen. Zie art. 2:142 lid 2 BW.

153 Zie art. 2:142 BW waarin de bepaling van de mogelijke bindende voordracht van bestuurders, te weten art. 2:133 lid 1 BW, van overeenkomstige toepassing wordt verklaard op de regeling van de commissarissen. Zowel de kwaliteitseisen als de bindende voordracht zijn echter niet absoluut bindend; de aandeelhoudersvergadering kan met twee derde van de stemmen en daarbij minimaal de helft van het kapitaal vertegenwoordigend, de benoembaarheidseisen respectievelijk de voordracht steeds opzij zetten.

154 Zie voor een afwijkende regeling bij de structuurvennootschap hieronder par. 5.3 van dit hoofdstuk.

155 Althans in een overeenkomst met het orgaan dat met de benoeming is belast.

dergelijk recht.¹⁵⁶ Op deze (indirecte) wijze kunnen commissarissen worden benoemd zonder dat de benoemende partij aandelen bezit of in de statuten als zodanig wordt aangewezen. Deze situatie heeft zich recentelijk voorgedaan bij de steunverlening van de Nederlandse Staat aan ING NV. Samenhangend met een kapitaalinjectie van enkele miljarden euro's heeft de minister van Financiën het recht gekregen om commissarissen voor te dragen¹⁵⁷ en aldus inzicht in en invloed op de financiële situatie van de vennootschap te behouden.¹⁵⁸ Deze overeenkomst bevat tevens bijzonderheden ten aanzien van bijvoorbeeld de bevoegdheden van deze door de overheid aangewezen commissarissen, zoals een goedkeuringsrecht. Overigens is het mijns inziens betwistbaar of een dergelijke benoeming, welke door het bestuur in feite wordt afgedwongen bij de aandeelhouders, niet strijdig is met algemene beginselen uit het vennootschapsrecht. Ik kom hier in paragraaf 4.2.2 op terug.

Op grond van artikel 2:144 lid 2 BW is degene met de bevoegdheid tot benoeming van de commissarissen bevoegd deze te schorsen of ontslaan. Heeft de overheid als 'derde' op grond van de *statuten* het recht om een of meerdere commissarissen te benoemen, dan heeft zij tevens het recht deze te schorsen of te ontslaan. Let wel, de aandeelhoudersvergadering heeft deze bevoegdheden met betrekking tot deze commissarissen dan niet (meer).¹⁵⁹ Bij benoemingen die zijn afgedwongen door de overheid in een *overeenkomst* met de aandeelhouders, kan de overheid de commissarissen niet schorsen of ontslaan.

Benoeming en ontslag commissarissen structuurvennootschap

De regeling voor benoeming en ontslag van commissarissen wijkt bij de structuurvennootschap op belangrijke punten af van de hierboven besproken regeling. De benoeming ligt op grond van artikel 2:158 lid 4 BW weliswaar ook in handen van de aandeelhoudersvergadering, maar de raad van commissarissen heeft het recht om de nieuwe leden voor te dragen. Aan deze voordracht is slechts te ontkomen door een afwijzing hiervan door een algemene

156 Overwegingen waarbij de kenbaarheid van een dergelijk benoemingsrecht onwenselijk is, kunnen bijvoorbeeld ook zijn gelegen in de wens geen kennis te geven van toegekende achtergestelde leningen. Zie V.A.M. van der Burg, 'De van overheidswege benoemde commissaris', *WPNR* 1976/5371, p. 756. Volgens Van der Burg kan een benoemingsrecht voor de overheid als criterium dienen voor het toewijzen van een achtergestelde lening.

157 In de media werd gesproken over door de overheid te benoemen commissarissen, maar formeel worden ook deze commissarissen door de aandeelhoudersvergadering benoemd. Bartman is kritisch over deze zogenaamde 'supercommissarissen', zie S.M. Bartman, 'Taalverrijking', *Novum* 2008/11, p. 36.

158 Zie P.J. Dortmond, 'De overheidscommissaris terug van weggeweest?', *Ondernemingsrecht* 2008/175, p. 594 en G.T.M.J. Raaijmakers en J.J. Prinsen, 'De overheidscommissaris revisited', *O&F* 2009/2, p. 29-38.

159 Indien de overheid weigert om commissarissen te ontslaan in weerwil van de wens van de aandeelhoudersvergadering, kan dit mijns inziens overigens in bepaalde gevallen – bijvoorbeeld wanneer het voorduren van het commissarisschap redelijkerwijs niet geveerd kan worden – wel in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn.

vergadering die bijeen is met ten minste een derde van de stemgerechtigde aandeelhouders.¹⁶⁰ De algemene vergadering van aandeelhouders kan bovendien personen aanbevelen die de raad van commissarissen moet voordragen als commissaris.¹⁶¹

Opgemerkt moet worden dat de ondernemingsraad van een structuur-NV ingevolge artikel 2:158 lid 5 BW het recht heeft om over een voorstel tot benoeming (en schorsing en ontslag) van een commissaris (en van een bestuurder) een standpunt bekend te maken aan de algemene vergadering en dat standpunt daar toe te lichten. Ex artikel 2:158 lid 6 BW heeft de ondernemingsraad voor een derde van het aantal leden van de raad van commissarissen bovendien een versterkt aanbevelingsrecht.¹⁶² Op grond van de laatste zin van artikel 2:158 lid 4 BW kunnen de statuten de kring van benoembare personen niet beperken en zijn kwaliteitseisen derhalve niet toegestaan. Artikel 2:158 lid 12 BW maakt afwijking van de wettelijke benoemingsprocedure echter mogelijk.¹⁶³ Hierdoor worden aldus zelfs méér mogelijkheden voor de benoeming door derden geboden dan bij de niet-structuurvennootschap.¹⁶⁴ Er wordt namelijk *geen* limiet gesteld aan het aantal commissarissen dat op afwijkende wijze kan worden benoemd zoals in artikel 2:143 BW wel het geval is.¹⁶⁵ Aldus kunnen de statuten van een structuurvennootschap bepalen dat *alle* com-

160 Art. 2:158 lid 9 BW luidt: 'De algemene vergadering kan bij volstreekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen, vertegenwoordigend ten minste een derde van het kapitaal, de voordracht afwijzen.'

161 Zie art. 2:158 lid 5 BW. Vergelijk het reeds genoemde versterkte aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad.

162 De aanbevolen persoon zal slechts niet worden benoemd als de raad van commissarissen bezwaar heeft op de grond van de verwachting dat deze ongeschikt zal zijn voor de vervulling van de taak. De aldus benoemde commissaris wordt in het spraakgebruik ook wel aangeduid als 'werknemerscommissaris' of 'OR-commissaris'. Dit betekent echter niet dat deze commissaris een vertegenwoordiger is van de belangen van de werknemers en de ondernemingsraad. Iedere commissaris is immers verplicht zijn taak uit te oefenen met het oog op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (art. 2:140/250 lid 2 BW). Behartiging van deelbelangen binnen de raad van commissarissen wordt als ongepast beschouwd. Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (2-II*) *De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 563.

163 Zie P. van Schilfgaarde, bewerkt door J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009, p. 425.

164 Overigens is de overheid terughoudend met het vastleggen van benoemingsrechten welke voorzien in een recht meer dan een derde van het totale aantal commissarissen te benoemen. Zie bijvoorbeeld Wet beursgang KPN van 16 maart 1994, *Stb.* 1994, nr. 159, die voorzag in het recht voor de staat om maximaal een derde van het totale aantal commissarissen te benoemen (die overigens uit het bedrijfsleven dienden te worden gerekruteerd).

165 De overheid is dan wel gebonden aan de voor de structuurvennootschap verplicht op te stellen profielschets van art. 2:158 lid 3 BW op grond waarvan de bij de omvang en samenstelling van de raad van commissarissen rekening gehouden dient te worden met de aard van de onderneming, haar activiteiten en de gewenste deskundigheid en achtergrond van de commissarissen. Overigens is mijns inziens op grond van art. 2:25 BW bij wet van deze regel af te wijken.

missarissen door de overheid worden benoemd.¹⁶⁶ Om hiervoor in paragraaf 3.2 van dit hoofdstuk genoemde vergelijkbare redenen ten aanzien van het bestuur, is de overheid terughoudend met het eisen van overwegende invloed binnen de raad van commissarissen.

Een individuele commissaris kan op grond van artikel 2:161 lid 2 BW worden ontslagen door de Ondernemingskamer op verzoek van de vennootschap (vertegenwoordigd door raad van commissarissen of een daartoe aangewezen vertegenwoordiger van de algemene vergadering) of de ondernemingsraad. In de structuurregeling heeft de aandeelhoudersvergadering een versterkte positie ten opzichte van de voorgaande regeling, nu zij op grond van artikel 2:161a BW de mogelijkheid heeft het vertrouwen in de gehele raad van commissarissen op te zeggen zonder te hoeven procederen voor de Ondernemingskamer. Op grond van artikel 2:161a lid 3 BW heeft een dergelijke opzegging van het vertrouwen het onmiddellijk ontslag van de leden van de raad van commissarissen tot gevolg.

4.1.3 Niet-uitvoerend bestuurders in een monistisch model

Zoals hierboven aangegeven zou op grond van artikel 2:129a BW het monistisch systeem kunnen worden ingevoerd bij de overheidsonderneming met enerzijds uitvoerend bestuurders (*executive board members*) en anderzijds niet-uitvoerend bestuurders (*non-executive board members*). De uitvoerend bestuurders vertegenwoordigen de onderneming terwijl het toezicht op die uitvoerend bestuurders bij de niet-uitvoerend bestuurders ligt. Besluiten van het bestuur worden in beginsel wel door alle bestuurders tezamen als college genomen. De niet-uitvoerend bestuurders zijn wat dat betreft volwaardig lid van het bestuursorgaan en delen dus in de collectieve verantwoordelijkheid. Dat houdt in dat in beginsel geen verschillende maatstaf geldt voor de individuele aansprakelijkheid van uitvoerende- en niet-uitvoerende bestuurders.¹⁶⁷ Door de overheid in een overheidsonderneming met het *one tier board* model benoemde niet-uitvoerende bestuurders lopen in tegenstelling tot commissarissen in een vennootschap met het *two tier model*, het risico van collectieve aansprakelijkheid voor bestuurshandelingen. De bij de vergrote aansprakelijkheid behorende hogere beloning ook van de eventueel door de overheid benoemde niet-uitvoe-

¹⁶⁶ Ook met betrekking tot goedkeuringsregelingen ten aanzien van benoemingen geldt bij structuurvennootschappen niet de grens van maximaal een derde van de commissarissen die niet zonder goedkeuring benoemd kunnen worden. Zie bijvoorbeeld art. 24.6 van de statuten van TenneT BV, waarin is vastgelegd dat (overigens slechts 'het voornemen tot') de benoeming van de commissarissen de instemming behoeft van de minister van Economische Zaken.

¹⁶⁷ Wel zou de rechter bij de beoordeling van de individuele aansprakelijkheid rekening kunnen houden met de verschillende taken zoals die voor de verschillende soorten bestuurders gelden. Zie Rb. Utrecht 15 februari 2012, *JOR* 2012/243, *LJN* BV3753, r.o. 4.52-4.53. Er is hoger beroep ingesteld.

rende bestuurders, passen vanwege de maatschappelijke discussie over de hoogte van topinkomens denk ik in beginsel minder goed bij een overheids-onderneming. Maar met name vanwege de collectieve aansprakelijkheid en de in beginsel directere betrokkenheid van niet-uitvoerend bestuurders bij de dagelijkse gang zaken heeft mijns inziens een monistisch systeem niet de voorkeur voor de organisatiestructuur van een overheidsonderneming.

4.2 Positie van de overheidscommissaris; Commissaris van overheidswege terug van weggeweest

De hierboven besproken (overheids)commissaris neemt mijns inziens – zeker wanneer hij binnen het algemene kader van Boek 2 BW is benoemd – in beginsel geen andere positie ten opzichte van de overige commissarissen in. Toch valt niet te ontkennen dat de door de overheid benoemde commissaris een bijzondere functie en daarmee een bijzondere taak heeft. De hieruit voortvloeiende problematiek is van vergelijkbare aard met de problematiek zoals die bestond voor de commissaris van overheidswege in de zin van artikel 2:158 lid 12 BW (oud) zoals dat luidde tot de wijziging van de structuurregeling in 2004. Na een korte uiteenzetting van de historie van de invoering van de commissaris van overheidswege in paragraaf 4.2.1, wordt in de paragrafen 4.2.2 en 4.2.3 nader in gegaan op de taak van de commissarissen en de wijze waarop zij daar in het spanningsveld van het vennootschappelijk en het publiek belang invulling aan moesten geven.

4.2.1 Historie van de commissaris van overheidswege

De eerste keer dat de commissaris van overheidswege met zoveel woorden in de parlementaire geschiedenis wordt genoemd is in 1969 tijdens de behandeling van de invoering van artikel 52h Wetboek van Koophandel (WvK). De eerste zin van lid 11 van het artikel luidde als volgt: ‘De akte van oprichting kan bepalen dat een of meer commissarissen van overheidswege worden benoemd’. Het artikel vormde daarmee een uitzondering op de regel dat de vergadering van aandeelhouders de commissarissen benoemt. Aanvankelijk wilde de wetgever in het ontwerp voor de Structuurwet het systeem van het huidige artikel 2:143 BW¹⁶⁸ in dezelfde bewoordingen overnemen.¹⁶⁹ Dat wil zeggen dat het systeem waarbij anderen dan de aandeelhoudersvergadering (een deel van de commissarissen) kunnen benoemen, ook onder de structuur-

¹⁶⁸ Destijds neergelegd in art. 50c WvK.

¹⁶⁹ Art. 52h lid 3 WvK van het oorspronkelijke ontwerp luidde: ‘Bij de akte van oprichting kan worden bepaald dat een of meer commissarissen, doch ten hoogste een derde van het gehele aantal, van overheidswege zullen worden benoemd’. Zie J.M.M. Maeijer, *Naamloze en Besloten Vennootschap, Wetsgeschiedenis III*, Alphen aan de Rijn 1969, IX f-61.

wet van toepassing zou worden.¹⁷⁰ Desalniettemin werd gekozen om de commissaris van overheidswege in artikel 2:158 lid 12 BW (oud)¹⁷¹ expliciet een plaats te geven.¹⁷² De gedachte was dat de overheid in de regel vanuit de factor publiek belang sterk betrokken is bij de in naamloze vennootschap gedreven (overheids)onderneming en dat zij normaliter niet de positie heeft van een ‘gewoon’ aandeelhouder, die meer waarde hecht aan factoren als winst en rendement.¹⁷³ Wellicht werd gedacht dat door de mogelijkheid om commissarissen te benoemen, op meerdere wijzen invloed op het beleid van het bestuur kon worden uitgeoefend. In artikel 2:158 lid 12 (oud) BW werd de term *van overheidswege* niet nader ingevuld. Ook de parlementaire geschiedenis biedt hier geen aanknopingspunten. Volgens het Handboek voor de Naamloze en Besloten Vennootschap wijst de aanduiding *van overheidswege* op een openbaar lichaam dat met overheidsgezag is bekleed, zoals de staat, een provincie of een gemeente of op een in kwaliteit aangeduide persoon of instantie waarbij te denken valt aan een burgemeester of provinciale staten.¹⁷⁴ Doordat het recht van benoeming van een commissaris door de overheid, zoals verwoord in artikel 2:158 lid 12 BW (oud), niet nader werd ingevuld en er ten aanzien van de te benoemen persoon geen nadere kwaliteitseisen werden gesteld, moest men aannemen dat de overheid niet alleen ambtenaren, maar tevens niet-ambtenaren kon benoemen als leden van de raad van commissarissen. De ongeschreven regel was dat de overheid – indien zij een commissaris wilde

170 Van der Burg spreekt van ‘overplanten’. Zie V.A.M. van der Burg, ‘De van overheidswege benoemde commissaris’, *WPNR* 1985/5371, p. 758. Als gevolg van vragen kwam in het gewijzigde ontwerp art. 52h lid 12 K tot stand.

171 Destijds art. 52h lid 12 WvK. Frappant is dat de eerste structuurvennootschap waar de structuurwet op van toepassing is verklaard, de Heidemaatschappij, art. 52h lid 12 K had uitgesloten in de statuten. Zie W.J. Slagter, ‘De eerste Structuur-N.V. in Nederland’, *TVVS* 1972/3, p. 109 e.v.

172 Van der Burg zegt over het ontstaan van de commissaris van overheidswege: ‘Wie zich afvraagt hoe de van overheidswege benoemde commissaris in de Structuurwet van 1971 is gekomen stuit op een solo-actie van de secretarissen-generaal van de departementen van Economische Zaken, Financiën en Verkeer en Waterstaat.’ Zie V.A.M. van der Burg, ‘Het functioneren van de van overheidswege benoemde commissaris (artt. 158 lid 12 en 268 lid 12 boek 2 BW)’, *TVVS* 1989/2, p. 40.

173 Zie H.J.M.N. Honée, *De overheidscommissaris en de norminstructies van het vennootschappelijk belang* in: ‘Goed & trouw’, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 105 e.v.

174 Zie E.J.J. van der Heijden en W.C.L. van der Grinten, ‘Handboek voor de Naamloze en Besloten Vennootschap’ (1976), nr. 291. Honée komt met betrekking tot de inhoud van de woorden van overheidswege tot eenzelfde resultaat door te stellen dat een lichaam, instantie of persoon als zodanig én rechtstreeks met overheidsgezag moet zijn bekleed. Zie H.J.M.N. Honée, *De overheidscommissaris en de norminstructies van het vennootschappelijk belang* in: ‘Goed & trouw’, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 106. Mijns inziens ligt het overigens meer voor de hand aan (een lid van) gedeputeerde staten te denken en niet aan (een lid van) provinciale staten.

benoemen – een buitenstaander op de commissarisposten diende te benoemen om vermenging van belangen te voorkomen bij de uitvoering van hun taak.¹⁷⁵

Hoewel dit niet uit de wet blijkt, is uit de parlementaire geschiedenis¹⁷⁶ op te maken dat de uitzondering in artikel 2:158 lid 12 BW (oud) op het structuurregime alleen kon gelden wanneer het publiek belang op bijzondere wijze bij de vennootschap was betrokken. Ook volgens de Nota 'Commissarissen van overheidswege' leek er alleen plaats te zijn voor de uitzondering van artikel 2:158 lid 12 BW (oud) bij vennootschappen die activiteiten ontplooiden met een publiek karakter.¹⁷⁷ De vraag bleef bestaan welke vennootschappen dusdanig met het publiek belang waren verbonden dat deze in de statuten een benoemingsrecht ten behoeve van de overheid moesten bevatten.¹⁷⁸ Het antwoord op deze vraag hing sterk samen met de vraag hoe de van overheidswege benoemde commissaris zijn taak diende in te vullen. In beginsel had echter ook de van overheidswege benoemde commissaris zich te houden aan de in artikel 2:140 lid 2 BW neergelegde taakomschrijving. Ik kom hierop in de volgende paragraaf terug.

Over de commissaris van overheidswege is, nadat hij in 2004 bij de wijziging van de structuurregeling een stille dood is gestorven, weinig meer gezegd.¹⁷⁹ De afschaffing van de rechtsfiguur was met name ingegeven door de wens dat de overheid als aandeelhouder eenzelfde positie zou innemen als andere aandeelhouders.¹⁸⁰ Nu de werking van de vrije markt echter niet steeds optimaal blijkt te functioneren en een onverkorte toepassing van het vennootschapsrecht zonder overheidsinvloed niet leidt tot een adequate behartiging van het publiek belang, wordt een door de overheid benoemde commissaris gezien als mogelijke oplossing voor het gevoelde tekort aan controle. De door de overheid benoemde commissaris die als 'vrije'¹⁸¹ commissaris op grond van artikel 2:143 BW wordt benoemd is ondanks gelijkenissen qua functie echter

175 Zie echter *Kamerstukken II* 1990/91 (Nota), 22 064, nr. 2, p. 11 e.v. Hierin staat dat 'onvoldoende verzekerd is dat het aandachtsgebied overheidsbeleid voldoende afgedekt wordt'. Zie ook *Kamerstukken II* 2000/01 (Brief van de minister), 22 064, nr. 5, p. 5.

176 Zie de Memorie van Toelichting en de Memorie van Antwoord van art. 52h WvK, J.M.M. Maeijer en H.J.M.N. Honée, *Naamloze en besloten vennootschap wetsgeschiedenis*, IXf-art. 52h lid 2 respectievelijk IXf-61.

177 Zie *Kamerstukken II* 1990/91 (Nota), 22 064, nr. 2, p. 9.

178 Zie H.J.M.N. Honée, *De overheidscommissaris en de norminstructies van het vennootschappelijk belang*, in de Bundel 'Goed & Trouw', Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 106. Het ontbreken van scherpe criteria om te toetsen of het openbaar belang in bijzondere mate bij de activiteiten van een vennootschap is betrokken, kan dit verklaren.

179 Zie de Wet van 9 juli 2004 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met aanpassing van de structuurregeling, *Stb.* 2004, 405.

180 Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 3 (MvT), p. 37.

181 Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (2-II*) *De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 507.

niet dezelfde als de in deze paragraaf besproken commissaris van overheidswege. Hieronder wordt de taak van de commissaris die door anderen dan de aandeelhoudersvergadering benoemd kan worden vergeleken met die van de commissaris van overheidswege.

4.2.2 Taak van de overheidscommissaris

Voor wat betreft de taak van de overheidscommissaris kan een parallel worden getrokken met de vroegere figuur van de commissaris van overheidswege waarbij een soortgelijke problematiek speelde.¹⁸² Vanwege de bijzondere rol van bepaalde ondernemingen worden – ondanks de afschaffing van de commissaris van overheidswege – nog steeds commissarissen door de overheid benoemd bij bepaalde vennootschappen.¹⁸³ Hoewel de Commissie Corporate Governance geen voorstander is van commissarissen met een deelbelang,¹⁸⁴ kunnen we niet ontkennen dat er commissarissen bestaan die vanuit een bijzonder belang worden benoemd.¹⁸⁵ Denk daarbij aan het in artikel 2:158 lid 6 BW wettelijk verankerde versterkte aanbevelingsrecht voor de hierboven genoemde werknemerscommissaris.¹⁸⁶ Er lijkt derhalve ruimte te zijn voor een commissaris met een bijzondere positie. Wel zou mijns inziens in naam van vergroting van de transparantie, een vergelijkbare meldingsplicht moeten gelden voor dergelijke commissarissen zoals die voor bepaalde commissarissen

182 Overigens is de gedachte van een overheidscommissaris of de commissaris van overheidswege niet nieuw. Reeds in 1970 is bij amendement een voorstel gedaan tot invoering van de commissaris *algemeen belang*, die bij vennootschappen met een geplaatst kapitaal van tenminste 1 miljard gulden door de minister van Economische Zaken zou worden benoemd. Dit voorstel heeft het niet gehaald. Minister Polak van Justitie wees het van de hand: een louter op een kapitaalsvoet benoemde commissaris leidt tot vermenging van sferen die gescheiden moeten blijven, zo stelde hij. Zie *Kamerstukken II* 1970/71, 10 751, nr. 23, amendement door Nederhorst en Van den Bergh.

183 Zie bijvoorbeeld bij DNB art. 11 lid 3 statuten DNB zoals vastgesteld op 22 mei 2012. Over het algemeen worden goedkeuringsrechten opgenomen. Er worden vaak commissarissen benoemd met een politieke achtergrond. Denk aan de commissariaten van Wim Kok en Paul Rosenmöller. Zie kritisch over de ‘gebruiksmogelijkheden’ van (oud-) politici als commissaris J. van der Knoop, *Tussen toeschouwen en meesturen. De rol van commissarissen in en tussen grote vennootschappen*, (diss. Groningen), Groningen: Thesis 1991, p. 127.

184 Zie de aanbevelingen in het rapport Corporate Governance onder 2, p. 7: ‘Commissarissen dienen zich niet te committeren aan een bij de onderneming betrokken deelbelang’.

185 In een advies van 25 maart 2004, inzake de structuurwijziging van de nationale goede doelen loterij, acht het College toezicht op de kansspelen: ‘het onbevredigend dat er geen bemoeienis van overheidswege meer is met de benoeming van de commissarissen. Een belangrijk toezichtinstrument gaat hiermee verloren. Gelet op de bijzondere verhouding tussen overheid en loterijwezen, is het College van oordeel dat de bestaande situatie ware te bestendigen en er bemoeienis van overheidswege blijft met de benoeming van de voorzitter en de leden van de raad van commissarissen van de Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V.’, zie www.toezichtkansspelen.nl/adviezen/04adv225.pdf.

186 Zie par. 4.1.2 van hoofdstuk 4.

geldt op basis van Best practice bepalingen III.2.1 en II 2.2 van de Corporate Governance Code.¹⁸⁷

Dat betekent echter niet dat deze individuele commissarissen in afwijking van de overige, regulier benoemde commissarissen een specifiek belang mogen dienen bij het vervullen van hun taak.¹⁸⁸ In de Nota 'Commissarissen van overheidswege' werd erkend dat de commissaris vrij en onafhankelijk moest kunnen oordelen.¹⁸⁹ De nota voorzag ook een rol voor de commissaris in de communicatie tussen departement en vennootschap. De minister mocht hem weliswaar van advies voorzien, maar geen instructies geven met betrekking tot het te voeren overleg in de raad van commissarissen. 'Voor de staat is de aanwezigheid van een commissaris van overheidswege van groot belang', zo stelt de nota, 'want deze commissarissen genieten immers het vertrouwen van de staat, die derhalve mag aannemen dat de zienswijze van de staat en de relevante belangen in de besluitvorming worden meegewogen. Anderzijds heeft het bedrijf via de overheidscommissaris een <pied à terre> op het departement.'¹⁹⁰

Ik denk dat ook tegenwoordig een overheidscommissaris binnen een overheidsonderneming – al dan niet benoemd binnen het bestaande vennootschapsrechtelijke kader – in zijn hoedanigheid een rol kan vervullen op het gebied van de communicatie en informatievoorziening.¹⁹¹ De toegevoegde

187 Transparantie over iedere deelneming wordt gewenst geacht. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 11-12.

188 Raaijmakers en Prinsen stellen dat met betrekking tot de onafhankelijke belangenbehartiging dit vereiste 'wellicht zelfs *a fortiori*, voor commissarissen die vanwege de Staat worden benoemd onder het regime van de artikelen 2:142 lid 1 en 133 BW (met andere woorden: op contractueel bedongen voordracht van de Staat, via de statutair verankerde voordracht door de raad van commissarissen)' geldt. Dit wordt (indirect) bevestigd door de Monitoring Commissie Corporate Governance, die overwoog dat de Code (dus inclusief principe III.1) toepasselijk is bij de financiële instellingen waarvan de Nederlandse overheid kapitaalverschaffer is geworden en waar commissarissen met specifieke rechten zijn benoemd. Zie nader G.T.M.J. Raaijmakers en J.J. Prinsen, 'De overheidscommissaris revisited', *O&F* 2009/2, p. 33.

189 Zie uitgebreid over de commissaris van overheidswege de Nota 'Commissarissen van overheidswege', *Kamerstukken II* 1990/91, 22 064, nr. 1-2.

190 In de Nota 'Commissarissen van overheidswege' werd nog zeer negatief over de niet-ambtenaren op commissarisposten van overheidswege geoordeeld. De toegevoegde waarde van de benoeming door de overheid van een niet-ambtenaar op een commissarispositie zou miniem zijn. Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 785, nr. 1-2, p. 146. In een interview met een commissaris wordt opgemerkt: 'De mensen die van buiten het bedrijfsleven komen zijn vaak minder effectief, tot zelfs volstrekt geen bijdrage leverend.' Zie J. van der Knoop, *Tussen toeschouwen en meesturen. De rol van commissarissen in en tussen grote vennootschappen* (diss. Groningen), Groningen: Thesis 1991, p. 105.

191 In de parlementaire geschiedenis werd reeds gesproken over een mogelijke signaleringsfunctie van de commissaris. Zie *Kamerstukken II* 1990/91, 22 064, nr. 2, p. 13 (Nota). Zie nader G.T.M.J. Raaijmakers en J.J. Prinsen, 'De overheidscommissaris revisited', *O&F* 2009/2, p. 34-35. Overigens moet men zich mijns inziens realiseren dat de commissaris hierin niet

waarde ligt in het feit dat de van overheidswege benoemde commissaris op de hoogte is van voor de minister relevante informatie.¹⁹² Hij kan de minister daardoor via een eerste lijn optimaal informeren.¹⁹³ De Nota 'Commissarissen van overheidswege' zag ook een rol weggelegd voor de commissaris bij de oplossing van conflicten tussen de vennootschap en de overheid; hij zou aldus als intermediair kunnen optreden.¹⁹⁴ Zolang de overheidscommissaris daarbij transparant handelt, is hij inderdaad wellicht de meest aangewezen persoon.

Problematisch is de positie van de commissaris wanneer hem een rol wordt toebedeeld als degene die het overheidsbeleid in het beleid van de onderneming moet doorvoeren.¹⁹⁵ De door de minister beoogde functie van de commissarissen benoemd door de overheid bij ING lijkt verder te gaan dan die van een signaleringsfunctie. Niet alleen het signaleren, maar zelfs het uitoefenen van overheidsinvloed staat voorop, gezien de stelling van de minister dat hij aldus fundamentele invloed meent te hebben op belangrijke beslissingen.¹⁹⁶

Mijns inziens kan de door de overheid benoemde commissaris relevante informatie over het te behartigen publieke belang in de debatvoering van de raad van commissarissen inbrengen. Ook kan voor de overheid relevante informatie via deze commissaris aan de overheid worden doorgegeven.¹⁹⁷ Zelfs goedkeuring van bepaalde bestuursbesluiten door bepaalde specifiek

verder kan gaan dan het verstrekken van die informatie die in principe ook op andere wijze vergaard zou kunnen worden.

192 Zie J. van der Knoop, *Tussen toeschouwen en meesturen. De rol van commissarissen in en tussen grote vennootschappen* (diss. Groningen), Groningen: Thesis 1991, p. 115: 'De ambtenaren achten hun functie(s) als commissaris zowel voor de vennootschap als voor de overheid van nut. Voor het bedrijf zullen de contacten met de overheid soepeler kunnen verlopen door de kennis en relaties van de ambtenaar. Omgekeerd zal de overheid als aandeelhouder goed geïnformeerd blijven.'

193 Vergelijk J. van der Knoop, *Tussen toeschouwen en meesturen. De rol van commissarissen in en tussen grote vennootschappen* (diss. Groningen), Groningen: Thesis 1991, p. 115.

194 Zie *Kamerstukken II* (Nota) 1990/91, 22 064, nr. 2, p. 32.

195 Interessant is dat tijdens de parlementaire behandeling bij de totstandkoming van art. 2:158 lid 12 (oud) BW werd gevraagd hoe het precies met de ministeriële verantwoordelijkheid gesteld is. Is een minister verantwoordelijk te stellen voor een commissaris die door hem benoemd wordt terwijl hij na de benoeming verder geen taakomschrijving kan geven voor de invulling daarvan? Dit laatste zou namelijk strijdig zijn met de gedachte dat het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming moet prevaleren. Zie nader R.K. Visser, *In dienst van het algemeen belang. Ministeriële verantwoordelijkheid en parlementair vertrouwen* (diss. Leiden), Amsterdam: Boom 2008.

196 Zie met betrekking tot de commissarissen bij ING die op grond van het contractuele recht van de Staat worden genomineerd voor benoeming door de aandeelhoudersvergadering *Kamerstukken II* 2008/09, 31 371, nr. 23, p. 4.

197 Overigens is het wel de vraag hoe de commissaris aan de informatie komt. Zie hierover nader Y.L.A.M. Delfos-Roy, *Informatieverstrekking en informatievergaring in het kader van de toezichthoudende en raadgevende taak van de Raad van Commissarissen*, Deventer: Kluwer 1997, p. 49 e.v.

daartoe aangewezen commissarissen is mijns inziens mogelijk, zolang de verantwoordelijkheid voor bestuurshandelen en het toezicht daarop door de raad van commissarissen steeds gescheiden blijven. Een duidelijke afbakening van bestuurlijke en controlerende taken impliceert dat de overheid niet zowel beleidsmaker als toezichthouder, vertegenwoordigd in dezelfde persoon, zal zijn.

De commissaris is ondanks de wederkerige¹⁹⁸ signaleringsfunctie steeds primair op grond van de statuten aan het vennootschapsbelang gebonden. In beginsel leveren de bevoegdheden bedongen ten behoeve van de twee 'door' de overheid benoemde commissarissen in de hierboven genoemde overeenkomst met ING, mijns inziens geen problemen op. De twee commissarissen die de overheid bij ING heeft aangedragen, hebben een goedkeuringsrecht ten aanzien van fundamentele beslissingen, zoals bijvoorbeeld voorgenomen fusies of overnames ter waarde van meer dan 25 procent van het eigen vermogen van ING en een goedkeuringsrecht met betrekking tot voorstellen aan aandeelhouders inzake beloningsregelingen. Op deze wijze beoogt de overheid te waarborgen dat zij invloed kan hebben op fundamentele beslissingen die een impact zouden kunnen hebben op haar investering.¹⁹⁹ Deze geconstrueerde sturingsmogelijkheid is echter zoals besproken niet onbekritiseerd. Het is immers de vraag in hoeverre de door de overheid bedongen overheidsinspraak via een commissaris te rijmen valt met het vennootschapsrecht. Kan een door de overheid benoemde commissaris een specifiek deelbelang behartigen terwijl alle commissarissen – zoals besproken in de voorgaande paragraaf – de taak hebben om te handelen in het vennootschapsbelang? Over deze constructie kan een vergelijkbare discussie worden gevoerd als die over de afschafte rechtsfiguur van de commissaris van overheidswege.

Maar zelfs wanneer zou worden aangenomen dat het door de overheid bedongen vetorecht wel afdwingbaar is, dan zal in de praktijk op grond van de overeenkomst toch nakoming afgedwongen kunnen worden, met ontbinding van de overeenkomst als ultiem gevolg.²⁰⁰ Wat betreft de uitwerking stuit de praktijk op ook onvermoede problemen, zoals de vraag welke informatie in concreto al dan niet door de overheidscommissarissen zou mogen worden gedeeld met de overheid. Het is de vraag of het delen van koersgevoelige

198 Het wederkerige karakter van deze signaleringsfunctie zit in het feit dat de commissaris niet alleen voor de vennootschap belangrijke zaken kan signaleren, maar ook bepaalde voor de overheid belangwekkende zaken kan constateren.

199 Bovendien treden deze Commissarissen toe tot de Audit Committee, de Remuneration and Nomination Committee en de Corporate Governance Committee van de Raad van Commissarissen. Zie de brief van de toenmalige minister van Financiën Bos aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 371, nr. 23, p. 4-5. Voor de staatssteun in Aegon geldt een vergelijkbare regeling, zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 371, nr. 32.

200 Bartman meent dat het vetorecht niet afdwingbaar is. Zie S.M. Bartman, 'Het benoemings- en vetorecht van de Nederlandse Staat in de raad van commissarissen van ING: een vennootschapsrechtelijk dubieuze constructie', *WPNR* 2009/6809, p. 688-693.

informatie in de zin van de Wft door de door de overheid benoemde commissaris aan de minister gezien het in de Wft bepaalde, kan worden toegelaten.²⁰¹ Mijns inziens kan ook koersgevoelige informatie door de door de overheid benoemde commissaris met de minister worden gedeeld, zoals dergelijke informatie ook kan worden gedeeld met bepaalde leden van de ondernemingsraad.²⁰²

4.2.3 *Verhouding vennootschapsbelang en publiek belang*

Algemeen

Hoewel de overheidscommissaris is gebonden aan het in artikel 2:140 lid 2 BW neergelegde vennootschapsbelang en hij derhalve primair is gehouden dit belang te behartigen, speelt onmiskenbaar mee dat hij door de overheid is aangesteld om een – in de ogen van de overheid – hoger belang, te weten het publieke belang, te dienen.

Wanneer de vennootschap een voornamelijk publieke rol speelt, is het niet ondenkbaar dat het publiek belang en het door de vennootschap na te streven belang met elkaar in overeenstemming zijn. Het vennootschapsbelang valt in het ideale geval volledig samen met het publiek belang, bijvoorbeeld wanneer er sprake is van een vennootschap die een openbare taak uitvoert en dit tevens in haar statuten als doelstelling heeft opgenomen. In de praktijk wordt – zoals in paragraaf 2.2 van dit hoofdstuk geconstateerd – echter zelden in de doelomschrijving verwezen naar de taak van publiek belang. En zelfs al is een verwijzing naar het publiek belang in de statuten opgenomen, dan is niet ondenkbaar dat het publiek belang in sommige gevallen niet parallel loopt met het belang van de vennootschap. Dit wordt enerzijds veroorzaakt doordat – zoals besproken in hoofdstuk 2 – het publiek belang zich moeilijk laat afbakenen. Anderzijds geeft ook de invulling van het begrip ‘vennootschappelijk belang’ problemen, hetgeen de afbakening en daarmee de afweging tussen die belangen niet eenvoudiger maakt.

Vennootschappelijk belang

Het vennootschapsbelang wordt als een kernbeginsel van het vennootschapsrecht gezien.²⁰³ Om de verhouding van het algemeen belang ten opzichte van het belang der vennootschap helder te maken, moet worden onderzocht wat het vennootschappelijk belang is. Mendel heeft daartoe in zijn oratie drie

201 Zie nader G.T.M.J. Raaijmakers en J.J. Prinsen, ‘De overheidscommissaris revisited’, *O&F* 2009/2, p. 34-35.

202 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 877, nr. 3, p. 10.

203 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 25 732, nr. 16, p. 2.

opvattingen uiteengezet.²⁰⁴ Hij onderscheidt de 'resultante'- of participanten-opvatting, de 'aandeelhoudersbelang'-opvatting en de 'holistische opvatting'. De resultante opvatting ziet het vennootschappelijk belang als de resultante van de afweging van belangen van hen die betrokken zijn bij de vennootschappelijke werkzaamheden.²⁰⁵ Deze opvatting biedt ruimte voor een op de omstandigheden van het geval toegespitst vennootschapsbelang dat al naar gelang de betrokken belangen kan variëren. Een belangenafweging tussen het publiek belang en andere belangen is mogelijk waarbij – afhankelijk hoe sterk het publiek belang is geïnstitutionaliseerd in de vennootschapsstructuur – eerder voorrang kan worden gegeven aan dit belang. Keerzijde van deze benadering is volgens Mendel dat deze – door de telkens wisselende belangen van interne en externe personen – geen concreet richtsnoer voor bestuurders en commissarissen biedt.²⁰⁶ Ik ben echter van mening dat een heldere omschrijving van de doelstelling veel van deze problemen bij de overheidsonderneming kan ondervangen. Aan een afweging van belangen ontkomt men, ook zonder opneming van het publiek belang in de doelstelling, niet.

De aandeelhoudersbelang-opvatting strookt volgens Mendel, mijns inziens terecht, niet met de heersende leer.²⁰⁷ De Hoge Raad heeft in 1949 al overwogen dat het belang van de vennootschap prevaleert boven 'belangen van welken aandeelhouder ook'.²⁰⁸ In de 'holistische opvatting' ten slotte, heeft de vennootschap een eigen belang.²⁰⁹ Hoewel dit mijns inziens juist is, moet

204 Zie M.M. Mendel, *Het vennootschappelijk belang mede in concernverband beschouwd* (oratie Leiden 1989), Deventer: Kluwer 1989, in het bijzonder p. 3 e.v.

205 Zo ook P. van Schilfgaarde, *Van de NV en de BV* (bewerkt door J. Winter) Deventer: Kluwer 2009, p. 28. Van Schilfgaarde meent mijns inziens terecht dat het vennootschapsbelang een dynamisch begrip is. Zie P. Van Schilfgaarde, 'De opbouw van het vennootschapsrecht', *WPNR* 2009/6822, p. 961-968.

206 Zie M.M. Mendel, *Het vennootschappelijk belang mede in concernverband beschouwd* (oratie Leiden 1989), Deventer: Kluwer 1989, p. 4. Bovendien, zo stelt Mendel: 'Wordt – ter afweging – het belang van [de] grootaandeelhouder (...) geplaatst tegenover het vennootschappelijk belang, waarin dit belang al was meegewogen, dan krijgt men de allerwonderlijkste situatie die doet denken aan het geval dat iemand de uitnodiging krijgt aan het ene einde van een wip plaats te nemen met aan de andere kant een groep mensen onder wie hijzelf.'

207 Anders, in de geest van Löwensteyn, zie Pitlo/Raaijmakers, *Vennootschaps- en rechtspersonenrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, nr. 5.98.

208 Zie HR 1 april 1949, *NJ* 1949, nr. 465 (*Doetinchemse IJzergieterij*). Desalniettemin kan een toename van de invloed van de aandeelhouders in de afgelopen periode niet worden ontkend. Zie paragraaf 5.

209 Zie in de vergelijkbare zin over de holistische opvatting ook Maeijer die in zijn inaugurele rede stelt dat onder het vennootschapsbelang kan worden verstaan: 'het belang dat de vennootschap heeft bij haar eigen gezonde bestaan, uitgroei en voortbestaan met het oog op het door haar te bereiken doel'. Zie J.M.M. Maeijer, *Het belangenconflict in de naamloze vennootschap*, Deventer: Kluwer 1964. Volgens Mendel en Oostwouder heeft de Hoge Raad conform de holistische opvatting met de arresten HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 434 (*ABN AMRO*) en HR 9 juli 2010, *NJ* 2010, 544 (*ASMI*), het eigen belang van de vennootschap-rechtspersoon als richtpunt voorop gesteld. Zie M.M. Mendel en W.J. Oostwouder, 'Het vennootschappelijk

niet worden voorbijgegaan aan het feit dat dit eigen belang desalniettemin in sterke mate wordt ingevuld door interne, maar ook externe belangen.²¹⁰ Bij de overheidsonderneming zou het 'eigen' vennootschappelijk belang in sterke mate gekleurd moeten worden door het publiek belang waarmee de onderneming is belast.²¹¹ Afweging van deelbelangen binnen het vennootschappelijk belang is geenszins onmogelijk noch ongebruikelijk. Een dergelijke belangenafweging geschiedt bijvoorbeeld bij de afweging tussen de belangen van meerderheids- en minderheidsaandeelhouders en bij het afwegen van de belangen van verschillende vennootschapsorganen, zoals de algemene vergadering van aandeelhouders – waarin overheden een prominente rol kunnen spelen – versus het bestuur.²¹² Het is derhalve mogelijk om keuzes te maken tussen deelbelangen en een bepaald belang te laten prevaleren binnen het kader van het vennootschapsbelang. Zo kunnen vanuit het oogpunt van continuïteit van de onderneming, langetermijnbelangen voorrang hebben boven kortetermijnbelangen. En voor een vennootschap kan in concernverhoudingen gelden dat het groepsbelang voor het individuele belang van de desbetreffende vennootschap gaat.²¹³ Voor overheidsondernemingen geldt mijns inziens

ke belang na recente uitspraken van de Hoge Raad. Een onvoldoende opgemerkte, ingrijpende ontwikkeling', *NJB* 2013/1776, 29, p. 1965-1972.

- 210 Denk bijvoorbeeld aan de sterke nuancerings van het belang van vennootschap wanneer deze deel uitmaakt van een concern. In bepaalde gevallen zal het concernbelang prevaleren. Zie HR 21 december 2001, *JOR* 2002, nr. 38. Zie J.B. Huizink, 'Privaatrecht Actueel. Het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming: te ver doorgeschoten?', *WPNR* 2013/6982, p. 535-537, die het opmerkelijk acht dat dwingendrechtelijk wordt voorgeschreven dat bestuurders en commissarissen zich op het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming moeten richten, terwijl in een groot aantal gevallen de praktijk anders leert.
- 211 De vroegere rechtsfiguur van de commissaris van overheidswege illustreert mijns inziens dat het publiek belang onderdeel kan zijn van het vennootschappelijk belang. Zie bijvoorbeeld de verwijzing van Van der Burg naar een vervallen passage in het ontwerp van de structuurregeling: 'Commissarissen vervullen, *binnen het raam van het algemeen belang*, hun taak ten behoeve van de vennootschap en van de met haar verbonden ondernemingen'. Zie V.A.M. van der Burg, 'De van overheidswege benoemde commissaris', *WPNR* 1985/5371, p. 760.
- 212 De rekenkamer van de gemeente Rotterdam geeft in een rapport enkele voorbeelden waarin de tegenstelling tussen algemeen belang en bedrijfsbelang op gemeentelijk niveau aan de orde is geweest. De rekenkamer concludeert dat het de doeltreffendheid en transparantie van het bestuur ten goede komt, indien de afweging van bedrijfsbelang enerzijds en de publieke aandeelhoudersbelangen anderzijds niet binnen het college van Burgemeester en Wethouders, maar in het overleg tussen Burgemeester en Wethouders en het bedrijf plaatsvindt. Zie het rapport van de rekenkamer van Rotterdam 'Besturen in veelvoud', te raadplegen via de website www.rekenkamer.rotterdam.nl/doc/besturen_in_veelvoud.
- 213 In concernverhoudingen kan de noodzaak tot centraal beleid ook tot het vennootschapsbelang worden gerekend. Zie M. Löwenberg, 'Bestuursautonomie en instructiebevoegdheid binnen het concern', *V&O* 2005/12, p. 214. Bij ondergeschikte groepsmaatschappijen zou het vennootschapsbelang met name worden bepaald door het groepsbelang. Zie J.B. Huizink, 'Zorgplichten in het concern', *O&F* 2010/4, p. 17. Hoewel het vennootschapsbelang van de ondergeschikte groepsmaatschappijen hierdoor niet op onevenredige wijze mag worden

dat het publiek belang bijzonder zwaarwegend zou moeten gelden, gelijk het groepsbelang in concernverband. Wel geldt zoals beschreven in hoofdstuk 3 dat de redelijkheid en billijkheid een eventuele belangenafweging steeds reguleert.²¹⁴ Dat de belangenafweging tussen de verschillende belangen niet eenvoudig kan blijken te zijn, wordt mooi geïllustreerd door de zaak waarin de Nederlandse Spoorwegen NV – door treinen via een dochtermaatschappij in Ierland aan te schaffen – een belastingvoordeel behaalt ten koste van de Nederlandse staatskas.²¹⁵

Functioneren overheidscommissaris: publiek belang en vennootschappelijk belang

Is de commissaris toezichthouder van de vennootschap of van de overheid? Op dit punt lijken intern en extern toezicht met elkaar te worden vermengd. Privaatrechtelijk en publiekrechtelijk toezicht worden in één functie, namelijk die van de commissaris, verenigd. Het is de vraag of de vermenging hiervan als wenselijk moet worden gezien. Op dit punt werd mijns inziens van de commissaris van overheidswege in de Nota de commissaris van overheidswege wellicht teveel verwacht. De commissaris van overheidswege werd niet alleen geacht onafhankelijk te zijn en het belang van de vennootschap zo goed mogelijk te dienen, hij was *tevens* verantwoording aan de minister verschuldigd en moest instructies aannemen.

Indien hetzelfde voor de overheidscommissaris die via het privaatrechtelijke instrumentarium is benoemd zou gelden, zou een onwerkbare situatie ontstaan doordat de commissaris genoodzaakt is vanuit verschillende hoedanigheden te functioneren. Juridisch gezien dient de raad van commissarissen in een geval van strijd tussen het algemeen belang en het vennootschapsbelang, het laatste te laten prevaleren en hetzelfde geldt voor de individuele commissarissen,

geschaad. Zie Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2003, *NJ* 2003,182 (*Corus*), r.o. 3.8 en M.S. Koppert-van Beek en W.J. Koppert, 'De omgang met RvC en OR bij afstoting van bedrijfsactiviteiten', *O&F* 2004/63, p. 4. Anders, zie Ledeboer die meent dat het concernbelang, dat bestaat als een vennootschap deel uitmaakt van een groep, van invloed zal zijn op het belang van de vennootschap, maar meent dat het groepsbelang één van de deelbelangen van de vennootschap is, die samen het belang van de vennootschap constitueren, maar dat deze niet kan prevaleren boven de andere deelbelangen. Zie Ph.A. Ledeboer, 'Tegenstrijdig belang; terug naar de kern!', *O&F* 2008/2, p. 79.

214 Er kan worden gesproken van belangenpluralisme waarin de belangenafweging naar redelijkheid en billijkheid plaatsvindt. Zie J.M. de Jongh, 'Redelijkheid en billijkheid en het evenredigheidsbeginsel, in het bijzonder in de verhouding van aandeelhouders tot het bestuur', *Ondernemingsrecht* 2011/124, p. 608-618.

215 Zie *NRC- Handelsblad*, 'NS ontwijkt belasting via Ierland', 1 september 2012 en *NRC- Handelsblad*, 'CDA, PvdA, GroenLinks: er moet einde komen aan belastingtruc NS', 1 september 2012. De overigens reeds bij het ministerie van Verkeer en Waterstaat bekende constructie is mijns inziens niet per definitie strijdig met het door de desbetreffende overheidsonderneming te dienen publieke belang. De verontwaardiging bij verschillende lijsttrekkers van politieke partijen is waarschijnlijk voornamelijk ingegeven vanwege de ophanden zijnde aanstaande verkiezingen.

ongeacht aan wie deze hun benoeming te danken hebben.²¹⁶ Het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming staat immers steeds voorop. In de discussie wordt naast het onderscheid algemeen belang versus vennootschapsbelang herhaaldelijk gewezen op de mogelijke verstrengeling van belangen van de commissaris van overheidswege. Belangenverstrengeling is echter niet alleen een probleem dat zich specifiek bij de overheidscommissaris kan voordoen. Scholten meent dat de overheidscommissaris zich bij een tegenstrijdig belang dient te onthouden van stemming en zelfs van beraadslaging.²¹⁷ Met Van der Burg ben ik van mening dat dit niet wenselijk is: ook de overheidscommissaris heeft de wettelijke plicht het vennootschappelijk belang zo goed mogelijk te dienen,²¹⁸ en bij tegenstrijdige belangen een weloverwogen afweging te maken.

4.3 Tussenconclusie

De overheidscommissaris kan een nuttige functie vervullen. Indien de overheidscommissaris louter wordt gezien als een figuur die vanwege zijn positie de overheid kan informeren over het te volgen beleid, dan is dit mijns inziens een waardevolle toevoeging nu de overheid, ongeacht of zij in het bezit is van een meerderheidsaandeel, toch een luisterend oor binnen de vennootschap heeft. Duidelijk is echter wel dat de overheid niet de mogelijkheid heeft om via een commissaris het algemeen belang te laten prevaleren in het beleid van de onderneming. De overheidscommissaris dient immers steeds het meerdere belangen omvattende vennootschapsbelang te behartigen.

5 DE OVERHEID ALS AANDEELHOUDER

Algemeen: publiek aandeelhouderschap als alternatief voor wet- en regelgeving

Volgens de bewoordingen van het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen dienen publieke belangen eerst en vooral dienen worden geborgd in wet- en regelgeving mede omdat deze via democratische weg tot stand komen en door de overheid – binnen staatsrechtelijke en internationale randvoorwaarden – grotendeels zelf worden ingevuld. Het is derhalve niet vanzelfsprekend dat

216 In beginsel is ook de overheid indien zij gebruik maakt van vennootschapsrechtelijke instrumenten gebonden aan de vennootschapsrechtelijke normen. Daarbij houdt de commissaris van overheidswege mede rekening met het overheidsbelang. Vergelijk Zie P. van Schilfgaarde, *Van de NV en de BV* (bewerkt door J. Winter) Deventer: Kluwer 2009, p. 2001, nr. 141.

217 Zie Y. Scholten, 'De commissaris', *Bundel Recht zo die gaat*, Zwolle 1976, p. 134.

218 Zie V.A.M. van der Burg, 'Nogmaals: de van overheidswege benoemde commissaris', *WPNR* 1985/5758, p. 693. Verburg spreekt over de commissaris van overheidswege. Zijn redenering is analoog toe te passen voor de overheidscommissaris.

de overheid gebruik maakt van het privaatrecht. Een publieke taak kan echter – buiten wet- regelgeving in strikte zin – ook door *regulering*, waaronder overheidseigendom van ondernemingen, worden behartigd.²¹⁹ Er moet derhalve een bijzondere reden (een rechtvaardiging) bestaan voor het gebruik van het privaatrecht door de overheid voor de behartiging van publieke belangen. Het publieke aandeelhouderschap wordt in het jaarverslag een aanvullend instrument genoemd en er wordt vanuit gegaan dat er sommige omstandigheden zijn die er voor pleiten om de eigendom van enkele ondernemingen die publieke taken uitvoeren in overheidshanden te houden. Als sturingsinstrument voor de overheid – op afstand van bepaalde ondernemingen met publiek belang – wordt het aandeelhouderschap dus wel gezien als instrument met toegevoegde waarde, of zoals in het Jaarverslag wordt gezegd als ‘extra slot op de deur’.²²⁰ Dit geldt volgens het Jaarverslag bijvoorbeeld voor bedrijven met een monopoliepositie, onder andere op het gebied van infrastructuur. Doordat de investeringskosten hoog zijn, ligt het niet voor de hand dat er concurrenten op de markt komen. Voorbeelden hiervan zijn de Nederlandse Spoorwegen, Schiphol en Tennet.²²¹

De rechtvaardiging van het gebruik van publiek aandeelhouderschap wordt echter niet nader toegelicht. Een tegenstrijdigheid in het Jaarverslag is bovendien dat het aandeelhouderschap als minder geschikt wordt bevonden om initiërend op te treden omdat bestuurders en commissarissen de dagelijkse leiding over het bedrijf voeren.²²² In het Jaarverslag wordt aangegeven dat het aandeelhouderschap minder geschikt is om proactief mee te sturen op publieke belangen. Het feit dat de dagelijkse leiding niet bij de overheid ligt kan mijns inziens echter ook anders worden geïnterpreteerd en op een wijze die juist de waarde van het publieke aandeelhouderschap als sturingsinstrument benadrukt. De activiteiten van een overheidsonderneming geschieden in een privaatrechtelijke rechtspersoon *juist* omdat de overheid niet de dagelijkse leiding over deze activiteiten wenst te hebben. Het zijn economische activiteiten die door een private partij kunnen worden uitgevoerd, zij het dat de overheid overwegende invloed wenst te behouden vanwege betrokken publieke belangen waarvoor zij de politieke eindverantwoordelijkheid draagt. Juist omdat de activiteiten plaatsvinden op afstand van de overheid, ontstaat de noodzaak om overwegende invloed te kunnen uitoefenen teneinde het publieke belang te kunnen borgen.

219 De vraag of *in concreto* gebruik mag worden gemaakt van het privaatrecht om een publiek belang te behartigen, wordt besproken in paragraaf 3.2 van hoofdstuk 2.

220 Zie p. 7 van Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 (herziene versie), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 145.

221 Zie p. 7 van Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 (herziene versie), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 145.

222 Zie p. 7 van Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 (herziene versie), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 145.

Aandeelhouders ontlenen rechten aan de aandelen die zij houden. De functie van een aandeel is tweeledig. In de eerste plaats vertegenwoordigt het aandeel een deel van de waarde van de onderneming die in de vennootschap wordt gedreven: het aandeel is een vermogensrecht.²²³ Hiermee samenhangend biedt het aandeel in de tweede plaats de mogelijkheid om zeggenschap binnen een onderneming uit te oefenen. In deze mogelijkheid ligt voor de overheid het belang van aandeelhouderschap: door aandelen aan te houden kan de overheid – als aandeelhouder – invloed uitoefenen binnen de desbetreffende onderneming.²²⁴ Overheidsaandeelhouderschap kan, zo lezen we in het rapport ‘Publieke belangen en aandeelhouderschap’:

‘aantrekkelijk (...) zijn wanneer de overheid geen behoefte heeft aan ambtelijke controle maar toch op hoofdlijnen overzicht wil houden op de ontwikkelingen binnen een vennootschap met behoud van ruimte voor het management om zelfstandig te opereren en met daarbij de zekerheid dat de interne bedrijfsvoering wordt geborgd door de good corporate governance vereisten en de rechtszekerheidsbeginselen van Boek 2 BW. (...) Een ambtelijke organisatie leent zich namelijk minder voor activiteiten die een bedrijfsmatig karakter hebben’.²²⁵

De vraag in hoeverre de overheid binnen bepaalde vennootschappen moet interveniëren – in het bijzonder als aandeelhouder – is een politieke en de beantwoording ervan is, zoals reeds is aangegeven in hoofdstuk 2, onderhevig aan plaats en tijd.²²⁶ Volledig in lijn met de slingerbeweging zoals beschreven door Pitlo/Raaijmakers,²²⁷ treedt de Nederlandse overheid de laatste jaren als aandeelhouder steeds actiever op binnen het vennootschapsrechtelijke kader.

223 Zie P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV* (bewerkt door J. Winter), Deventer: Kluwer 2006, p. 102.

224 Zie T. Stevens, ‘De overheid als aandeelhouder’, in: P.J. van der Korst, R. Abma en G.T.M.J. Raaijmakers, *Handboek onderneming en aandeelhouder*, Deventer: Kluwer 2012, p. 443 e.v.

225 Zie het rapport ‘Publieke belangen en aandeelhouderschap’ aangeboden aan de Tweede Kamer bij de brief van 24 augustus 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165, nr. 46, p. 17-18.

226 De vraag of overheidsaandeelhouderschap wenselijk is en de vraag in hoeverre de behartiging van het algemeen belang aan de markt kan worden overgelaten zijn communicerende vaten. Het antwoord op deze vragen wordt bepaald door de tijdsgeest en maatschappelijke ontwikkelingen. Of zoals Boot het formuleert: ‘De wenselijkheid van publiek aandeelhouderschap moet (...) gezien worden als onderdeel van het afbakeningsvraagstuk tussen overheid en markt. Welke activiteiten kunnen aan de markt worden overgelaten en welke activiteiten vragen om overheidsbemoeienis?’ Zie A.W.A. Boot, *Overheid als aandeelhouder: een economisch perspectief*, 22 mei 2006, p. 3, raadpleegbaar via de website: <http://www.accf.nl/uploads/EZ-Boot-Overheid%20als%20aandeelhouder-%2022mei2006-FINAAL.pdf>. Een andere wijze om de verhouding tussen een te behartigen publiek belang en publiek aandeelhouderschap te omschrijven is dat een publiek belang als volgt valt te omschrijven. Een publiek belang bestaat als er een groot belang voor de maatschappij is en noodzaak tot overheidsinterventie bestaat. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 1-2.

227 Zie Pitlo/Raaijmakers, *Vennootschaps- en rechtspersonenrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, nr. 5.98.

Interventiewet

Met de invoering van de Interventiewet is de mogelijkheid voor de minister van Financiën gecreëerd om omwille van de stabiliteit van het financiële stelsel onmiddellijke voorzieningen te treffen.²²⁸ Bijzonder van de mogelijkheid tot het treffen van voorzieningen is, dat deze zo nodig in afwijking van wettelijke voorschriften of statutaire bepalingen kunnen plaatsvinden. Aldus kan de minister van Financiën ingrijpen in de interne bevoegdheden van de financiële onderneming. Indien nodig kan de minister ook overgaan tot onteigening van vermogensbestanddelen of aandelen in een financiële onderneming wanneer hij van mening is dat deze onderneming de financiële stabiliteit ernstig en onmiddellijk in gevaar brengt.²²⁹

De Interventiewet is een vorm van bijzondere sectorale regelgeving die in beginsel met name *ex post* mogelijkheden aan toezichthouder en overheid biedt om in te grijpen. Ook de minister van Financiën erkent dat de Interventiewet niet in preventieve maatregelen of mogelijk voortijdig ingrijpen voorziet.²³⁰ Hij stelt:

‘De Interventiewet, die op dit punt minder verfijnd is, kent kort gezegd de mogelijkheid obligatiehouders, net als andere houders van effecten, als groep in een keer te onteigenen.’²³¹

Ingrijpen middels de Interventiewet door onteigening en nationalisatie is een *ultimum remedium* en geschiedt in wat ook wel wordt gezien als de laatste fase

228 Op grond van de Interventiewet is ook een nieuwe bevoegdheid voor DNB ingevoerd. Op grond van art. 3:159c Wft kan zij een overdrachtsplan voorbereiden ingeval een specifieke bank of verzekeraar tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling met betrekking tot het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit vertoont.

229 Zie de artikelen 6:1 en 6:2 Wft. Zie de Wet van 24 mei 2012 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Faillissementswet, alsmede enige andere wetten in verband met de introductie van aanvullende bevoegdheden tot interventie bij financiële ondernemingen in problemen (Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen ook wel Interventiewet genoemd), die in juni 2012 in werking is getreden, zie *Stb.* 2012, nr. 241. Zie over de invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht, in het bijzonder over de vraag of verkoop van bedrijfsonderdelen door DNB op grond van de interventiewet in strijd is met art. 13 EVRM, Schild. Zie A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 2012, p. 210 e.v.

230 Zie de als bijlage van *Kamerstukken I* 2012/13, 33 059, E bijgesloten brief, p. 2. Het door de Europese Commissie in juni 2012 gepresenteerde voorstel voor een herstel- en afwikkelrichtlijn voor banken (Bank Recovery and Resolution Directive, RRD (COM(2012) 280)) biedt weliswaar meer mogelijkheden, maar ziet mijns inziens nog steeds op banken die reeds in problemen zijn gekomen.

231 Zie de als bijlage van *Kamerstukken I* 2012/13, 33 059, E bijgesloten brief, p. 2-3.

voor het aanvragen van het faillissement. Zo geschiedde ook bij de nationalisatie van SNS Reaal.²³²

Nadere bespreking van de Interventiewet kan uitblijven omdat deze in beginsel ziet op interventies met een tijdelijk karakter terwijl in dit onderzoek in beginsel de nadruk op permanente deelnemingen van de overheid ligt.²³³ Gezien het gevoelde tekort om het publieke belang optimaal te behartigen, bestaat bij de overheid de behoefte te interveniëren als aandeelhouder in verschillende vennootschappen.

Het is de vraag of het vennootschappelijk kader waarbinnen de overheid als aandeelhouder kan functioneren voldoende is toegerust om de gewenste invloed binnen een overheidsonderneming uit te kunnen oefenen.²³⁴ In paragraaf 5.1 komt de positie van de aandeelhoudersvergadering en de aandeelhouders in het algemeen aan de orde. In paragraaf 5.2 komt in het bijzonder de positie van de overheid als aandeelhouder aan de orde. Achtereenvolgens wordt ingegaan op het gevoerde deelnemingenbeleid van de Rijksoverheid zoals dat in verschillende nota's is vastgelegd waarbij nader wordt ingegaan op de in paragraaf 5 van hoofdstuk 1 genoemde ontwikkelingen en de sturingsmogelijkheden met een minderheids- of meerderheidsbelang – al dan niet 100% – in het aandelenkapitaal. In paragraaf 5.3 wordt ten slotte de structuurregeling besproken.

Overigens is het mogelijk dat aandelen in eenzelfde onderneming gelijktijdig door zowel de Staat als door decentrale overheden worden gehouden. De belangen van de Rijksoverheid en een decentrale overheid hoeven niet per se samen te vallen. Paragraaf 5.2.3 handelt over de problemen die het kan opleveren wanneer een decentrale overheid als medeaandeelhouder een besluit in de algemene vergadering kan frustreren. In de komende paragrafen ga ik bij het begrip overheid echter uit van een met één stem sprekende overheid, waarmee ik vooral doel op de Rijksoverheid.

232 Zie de brief van de minister aan de Tweede Kamer over de nationalisatie van SNS REAAL (*Kamerstukken II* 2012/13, 33 532, nr. 1). Voor de toespraak van minister Dijsselbloem over de nationalisatie van SNS Reaal zie <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/toespraken/2013/02/01/minister-dijsselbloem-nationaliseert-sns-reaal.html>. Zie nader over de nationalisatie van SNS Reaal J.A.M.A. Sluysmans en M.J.W. Timmer, 'De Interventiewet en de SNS-onteygening', *MvV* 2013/7-8, p. 214-218 en H. Koster, 'De praktische gang van zaken rondom SNS', *Ondernemingsrecht* 2013/35.

233 Aansluitend bij de huidige visie van de overheid om bepaalde deelnemingen op een lange termijn met een zakelijke grondslag en gericht op borging van publieke belangen, te beheren. Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 146, p. 18.

234 Het vennootschapsrechtelijk beperkt de overheid in die zin dat eenzijdig optreden binnen dit kader slechts mogelijk is, voor zover daarin is voorzien. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 2. Wel kan het publieke aandeelhouderschap een aanvulling op publiekrechtelijke bevoegdheden zijn. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 2.

5.1 Aandeelhouderschap en de positie van aandeelhouders in het algemeen

De wet kent de aandeelhoudersvergadering belangrijke bevoegdheden toe.²³⁵ De meest fundamentele en voor de overheidsonderneming relevante bevoegdheden liggen mijns inziens op het vlak van de reeds besproken benoemingen en ontslagmogelijkheden van bestuurders en commissarissen²³⁶ en de mogelijkheid om door wijziging van de statuten de doelstelling van de vennootschap aan te passen.²³⁷ Andere voor de overheidsonderneming wezenlijke bevoegdheden die de aandeelhoudersvergadering toekomen zijn de vaststelling van de jaarrekening²³⁸ en het bepalen van de winstbestemming. De aandeelhoudersvergadering heeft bovendien het recht inlichtingen te krijgen van het bestuur en de raad van commissarissen²³⁹ en aandeelhouders die een bepaald percentage van het geplaatst kapitaal vertegenwoordigen kunnen zelfs een enquête verzoeken.²⁴⁰ Daarnaast is de aandeelhoudersvergadering het bevoegde orgaan om de besluiten tot omzetting, ontbinding of fusie te nemen.²⁴¹ Voor zover relevant voor de overheidsonderneming worden deze bevoegdheden (en die van de minderheidsaandeelhouders) in paragraaf 5.2.2 uitgewerkt.

Ten slotte is in artikel 2:107 BW de basis te vinden voor een potentieel sterke algemene vergadering van aandeelhouders. Op grond van dit artikel krijgt zij namelijk de ‘restbevoegdheden’ – dat wil zeggen alle bevoegdheden die niet aan het bestuur of aan anderen zijn toegekend – toegewezen. Deze restbevoegdheden mogen overigens niet zo ruim geformuleerd worden dat er geen zelfstandige taak voor het bestuur overblijft.²⁴² Met de invoering van

235 Zie P.M.L. Frentrop, *Corporate governance 1602-2002. Ondernemingen en hun aandeelhouders sinds de VOC* (diss. 2002 Tilburg), Amsterdam: Prometheus 2002, p. 91, die constateert dat de kritiek van aandeelhouders in de 17de eeuw in belangrijke mate overeenkomt met de onderwerpen die ook tegenwoordig de discussie over *corporate governance* bepalen, te weten behoefte aan heldere informatie, het recht managers te benoemen en de mogelijkheid om de remuneratie van bestuurders aan te passen.

236 Zie de twee voorafgaande paragrafen 3 en 4 van dit hoofdstuk waarin de benoeming van bestuurders en commissarissen is besproken op grond van respectievelijk art. 2:132 BW en art. 2:142 BW.

237 Zie art. 2:121 BW. Zie over de verhouding van het vennootschappelijk belang, het algemeen belang en andere belangen reeds paragraaf 4.2.3 van dit hoofdstuk.

238 Zie art. 2:101 BW.

239 Zie art. 2:107 lid 2 BW.

240 Zie nader paragraaf 5.2.2 van dit hoofdstuk.

241 Zie respectievelijk art. 2:18 BW, art. 2:19 BW en 2:330 BW. Ook het besluit tot splitsing wordt genomen door de aandeelhoudersvergadering. Zie art. 2:334ee BW.

242 Hoewel reeds sinds het wijzen van het Forumbank-arrest, HR 21 januari 1955, NJ 1959, 43, m.nt. Beekhuis (*Forum-Bank*), wordt aangenomen dat de algemene vergadering van aandeelhouders formeel beschouwd *niet* de hoogste macht binnen de vennootschap is, kan niet ontkend worden dat de algemene vergadering van aandeelhouders een zeer belangrijk orgaan binnen de vennootschap is. Zeker wanneer sprake is van concernverhoudingen zal de autonomie van het bestuur (van de dochteronderneming) ten opzichte van de aandeelhoudersvergadering in sterke mate gerelativeerd moeten worden. Zie reeds paragraaf

artikel 2:107a BW is de positie van de aandeelhoudersvergadering verder versterkt. Zo heeft de aandeelhoudersvergadering een goedkeuringsrecht met betrekking tot besluiten die de identiteit of het karakter van de vennootschap veranderen²⁴³ en een uitgebreider agenderingsrecht.²⁴⁴

Aandeelhoudersvergadering en statutaire rechten van derden

Interessant in dit kader is de vraag in hoeverre de aandeelhoudersvergadering kan worden beperkt in haar bevoegdheid besluiten te nemen door bepaalde besluiten in de statuten aan de goedkeuring van derden te onderwerpen.²⁴⁵ Derden waaraan in dit geval gedacht kan worden zijn geldschieters, economisch gerechtigden tot aandelen, leden van niet-organen, en in het bijzonder voor de overheidsonderneming, vertegenwoordigers van de overheid. De vraag die beantwoord dient te worden, is of het mogelijk geacht moet worden om op grond van een *a contrario* redenering, via artikel 2:101 lid 4 BW de invloed op de aandeelhoudersvergadering te vergroten. Artikel 2:101 lid 4 BW luidt:

‘Besluiten waarbij de jaarrekening wordt vastgesteld, worden in de statuten niet onderworpen aan de goedkeuring van een orgaan van de vennootschap of van derden’.

2.3 en HR 21 december 2001, JOR 2002, nr. 38 (*Sobi/Hurks*). In het bijzonder met betrekking tot de positie van het bestuur ten opzichte van de aandeelhouders bij een vijandige overname stellen Nieuwe Weme en Van Solinge: ‘Het vennootschappelijk belang lijkt (...) een steeds kleinere rol te spelen, althans lijkt het aandeelhoudersbelang in de belangenafweging van het vennootschappelijk belang een grotere rol te spelen.’ Zij noemen als oorzaken van deze ontwikkeling onder meer de RNA-beschikking van de Hoge Raad (Zie HR 18 april 2003, NJ 2003, nr. 286, m.nt. Ma (*RNA*)), de Code Tabaksblat, de totstandkoming van de EG-Richtlijn betreffende het openbaar overnamebod (Richtlijn nr. 2004/25/EG, PbEU 2004, L142/12) en de toename van de aandeelhoudersparticipatie. Zie Nieuwe Weme en Van Solinge, ‘Beschermingsmaatregelen tegen vijandige biedingen: beperkingen en nieuwe mogelijkheden’, *Ondernemingsrecht* 2006/6, p. 211-220.

243 Zie art. 2:107a BW en art. 2:114a BW welke in verband met de aanpassing van de structuurregeling zijn ingevoegd, *Stb.* 2004, nr. 370. In de Memorie van Toelichting wordt gesteld: ‘De aandeelhouder behoort te worden geraadpleegd als het (...) besluit zo ingrijpend is dat gezegd kan worden dat het de aard van het aandeelhouderschap wijzigt: hij gaat als het ware kapitaal verschaffen aan een wezenlijk andere vennootschap’. Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 19. Om de geconstateerde tot onzekerheid leidende beleidsruimte te verkleinen, worden in art. 2:107a lid 1 BW drie besluiten omschreven waarvoor in ieder geval goedkeuring van de aandeelhoudersvergadering is vereist. Dat er desalniettemin onzekerheid kan bestaan, kan worden geïllustreerd aan de hand van de uitspraak van de ondernemingskamer van het Hof van Amsterdam, Hof Amsterdam (OK) 3 mei 2007, JOR 2007, nr. 143, vernietigd in het arrest HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 (*ABN Amro*). De ruime uitleg door de ondernemingskamer van art. 2:107a BW werd door de Hoge Raad niet mogelijk geacht, zie r.o. 4.7 en 4.8.

244 In dit verband kan ook de mogelijke stemvolmacht voor certificaathouders van art. 2:118a BW worden genoemd.

245 Zie nader G.C. van Eck en J. Mos, ‘De algemene vergadering aan (statutaire) banden?’, *V&O* 2004/12, p. 206.

A contrario geredeneerd zijn alle andere besluiten van de aandeelhoudersvergadering op grond van deze bepaling wèl aan de goedkeuring van een ander orgaan of een derde te onderwerpen. Uit de parlementaire geschiedenis bij de Wet herziening preventief toezicht blijkt dat deze redenering gevolgd zou kunnen worden.²⁴⁶ De minister van Justitie bevestigt in antwoord op een vraag hierover dat de statuten in beginsel *alle* besluiten, met uitzondering van het besluit tot vaststelling van de jaarrekening, aan de goedkeuring van een derde kunnen onderwerpen.²⁴⁷ In de praktijk worden belangrijke besluiten van de aandeelhoudersvergadering in de statuten van de overheidsonderneming over het algemeen niet onderworpen aan goedkeuring van de minister. Maar er zijn uitzonderingen denkbaar.²⁴⁸

De vraag blijft in hoeverre andere besluiten dan die tot vaststelling van de jaarrekening op grond van de statuten kunnen worden onderworpen aan de goedkeuring van derden.²⁴⁹ Daarbij speelt ook de vraag in hoeverre het wenselijk is dat besluiten van de aandeelhoudersvergadering worden onderworpen aan de toestemming van een derde. Het feit dat de aandeelhoudersvergadering statuten die een derde ingrijpende bevoegdheden geven weliswaar steeds kan wijzigen, doet niet af aan de validiteit van deze vraag. Ik ben met Van Schilfgaarde eens dat een volledige onder curatele plaatsing van de aandeelhoudersvergadering in strijd lijkt met het wettelijke systeem.²⁵⁰

In de literatuur is de heersende leer dat een uitleg *a contrario* artikel 2:101 lid 4 BW wordt beperkt door de inhoud en ratio van de desbetreffende bepaling.²⁵¹ Het lijkt derhalve problematisch om statutaire beperkingen van de rechten van de aandeelhoudersvergadering op te leggen bij het nemen van

246 Zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 277, nr. 4.

247 Zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 277, nr. 4, p. 7. Bij de invoering van Wet op de structuurregeling is nog een uitzondering te vinden. Art. 2:154 lid 4 BW bepaalt uitdrukkelijk dat de bevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering om omtrent de vrijwillige voortzetting van de volledige of verzwakte structuurregeling te besluiten, niet beperkt kan worden. Op grond van art. 2:134 lid 1 BW, in combinatie met het in art. 2:132 BW neergelegde benoemingsrecht, moet hier ook de schorsings- en ontslagbevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering worden genoemd.

248 Zie art. 19 lid 4 van de statuten van DNB NV zoals vastgesteld op 22 mei 2012 waarin de minister een goedkeuringsrecht wordt verleend ten aanzien van uitkeringen ten laste van de reserves.

249 Zie G.C. van Eck en J. Mos, 'De algemene vergadering aan (statutaire) banden?', *V&O* 2004/12, p. 206.

250 Zie P. van Schilfgaarde, 'Statuten zonder bezwaar', *WPNR* 2002/6503, p. 639.

251 Zie P. van Schilfgaarde, 'Statuten zonder bezwaar', *WPNR* 2002/6503, p. 639 en M. van Olffen, 'Inrichting van de statuten zonder preventief toezicht', in: *A-T-D, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. P. van Schilfgaarde*, Deventer: Kluwer 2000, p. 340. Van Eck en Mos willen daarnaast beoordeeld zien of de toekenning van een goedkeuringsrecht aan een derde geen inbreuk maakt op de wettelijk bepaalde of bij de statuten gekozen structuur van de vennootschap. Ze doen dit onder verwijzing naar W.C. Treurniet, 'De nieuwe richtlijnen', *De Naamloze Vennootschap* 1968-69, p. 157 e.v. Zie G.C. van Eck en J. Mos, 'De algemene vergadering aan (statutaire) banden?', *V&O* 2004/12, p. 208.

besluiten met betrekking tot de benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders. Toch behoort mijns inziens, een goedkeuringsrecht van een derde met betrekking tot bestuursbenoemingen niet tot de onmogelijkheden.

Certificering

Ook certificaa houders hebben, na certificering van hun aandelen, een zekere invloed op besluitvorming binnen de vennootschap. Het certificeren van aandelen²⁵² houdt in dat aandeelhouders hun aandelen overdragen aan een rechtspersoon, de zogenaamde Stichting Administratie Kantoor.²⁵³ In ruil daarvoor krijgen de oorspronkelijke aandeelhouders certificaten. Deze certificaten geven de certificaa houder rechten, die sterk overeenkomen met de rechten die verbonden zijn aan een aandeel, met dien verstande dat de certificaa houder in beginsel geen stemrecht heeft in de vergadering van aandeelhouders.²⁵⁴ De Stichting Administratie Kantoor is de aandeelhouder in de vennootschap en het bestuur van de Stichting Administratie Kantoor kan dan ook het stemrecht dat is verbonden aan die aandelen uitoefenen.²⁵⁵

De uitgifte van certificaten van aandelen is een middel om de zeggenschap in de aandeelhoudersvergadering te behouden, zonder die volledig af te hoeven staan aan financiers.²⁵⁶ Het bestuur van de vennootschap, dat vaak eveneens een positie bekleedt in het bestuur van de Stichting Administratie Kantoor, weet zich zo verzekerd van een aandeelhouder die ook oog heeft voor de langetermijnplanning van de vennootschap. De vennootschap is bovendien minder kwetsbaar voor vijandige overnames. Op rijksniveau wordt

252 De certificering van aandelen moet overigens niet worden verward met certificatie. Certificatie wordt door G.J.M. Evers, 'Certificatie als instrument van overheidsbeleid. Zoeken naar gebruiksvoorschriften' *OB* 2003/9, p. 8-12, gedefinieerd als: 'het geheel van activiteiten op grond waarvan een onafhankelijke, deskundige en betrouwbare instelling schriftelijk kenbaar maakt dat er een gerechtvaardigd vertrouwen bestaat dat een product, dienst, persoon of systeem aan vooraf gestelde eisen voldoet.' Zie nader onder andere H.M. Prinsen en R.M.M. Vossen, *Eindrapport Naleving en handhaving van de Wet Verontreiniging Oppervlaktewateren in 2000-2001*, Den Haag: ministerie van Justitie 15 oktober 2002.

253 De aandelen kunnen worden onder gebracht bij een professioneel Administratie Kantoor of bij een daartoe opgericht Administratie Kantoor. Veelal is deze laatste rechtspersoon een stichting. De stichting wordt als rechtsvorm voor het administratiekantoor gekozen vanwege de grote flexibiliteit ten aanzien van de juridische inrichting ervan. Zie F.J.P. van den Ingh, *Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1991, p. 196-197.

254 Mendel spreekt van surrogaat-aandeel, M.M. Mendel, *Hoofdzaken NV en BV*, Hoofdzaken handelsrecht, Deventer: Kluwer 2007, p. 38.

255 Het bestuur van het AK moet bij de uitoefening van zijn stemrechten primair het belang van de certificaa houder in het oog houden, en wel op grond van een als zodanig door Van Schilfgaarde getypeerde 'fiduciaire verhouding', P. van Schilfgaarde, bewerkt door J. Winter, *Van de BV en de NV*, Kluwer: Deventer 2009, nr. 65.

256 Zie nader over beschermingsstichtingen D.F.M.M. Zaman, 'Beschermingsstichtingen als aandeelhouder', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2010/6.

in beginsel geen gebruik gemaakt van de certificering van aandelen.²⁵⁷ Recent is voor het beheer van de aandelen in financiële instellingen wel een Stichting Administratiekantoor opgericht, waarover nader in paragraaf 5.2.3. Ook op gemeentelijke en provinciaal niveau worden dergelijke constructies voor zover mij bekend nauwelijks gebruikt.²⁵⁸

Aandelen zonder stemrecht

Nederland kent naast de certificeringsmogelijkheid van aandelen voor de naamloze vennootschap geen aandelen zonder stemrecht.²⁵⁹ In het nieuwe BV-recht²⁶⁰ is de mogelijkheid tot creatie van een dergelijk aandeel inmiddels wel opgenomen. In het buitenland zijn dergelijke aandelen niet ongebruikelijk. Hier blijven ze gezien het beperkte nut voor de overheidsonderneming verder buiten beschouwing.

In hoeverre de bevoegdheden van de aandeelhouder en de aandeelhoudersvergadering kunnen bijdragen aan een bruikbaar instrument voor de overheid om als aandeelhouder het algemeen belang te behartigen, wordt in de volgende paragraaf besproken.

5.2 Aandelen ter behartiging van het publiek belang: de overheid als aandeelhouder

Zoals in hoofdstuk 1 al werd beschreven, is de Nederlandse Staat reeds sinds de achttiende eeuw – zij het niet steeds in dezelfde mate – als aandeelhouder betrokken geweest bij verschillende vennootschappen.²⁶¹ Aan het einde van de vorige eeuw werd onder de kabinetten Kok I en II en later onder Balkenende I en II, aandeelhouderschap door de overheid als niet wenselijk uitgangspunt gezien en richtte het beleid zich voornamelijk op afstoting van overheids-

257 Zie over de certificering van staatsleningen, R.H. Maatman: 'Strips, cessie en certificering van staatsleningen' in: *Overheid en onderneming, tussen publiek en privaat ondernemen* (serie Onderneming en Recht deel 10), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 163 e.v.

258 Zie als voorbeeld Zeehaven IJmuiden NV. De provincie Noord-Holland benoemt een lid in het bestuur van de stichting Administratie Kantoor. Ook werd een soortgelijke constructie bepleit om de zeggenschap over bijvoorbeeld netwerken of het spoor te kunnen behouden. Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 11-12 (MvT).

259 Zie het nieuwe Antilliaanse Boek 2 BW waar ook een mogelijkheid is neergelegd om aandelen zonder stemrecht te creëren.

260 Zie artikel 2:228 BW en reeds eerder het Rapport Vereenvoudiging en Flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, aangeboden aan de Minister van Justitie op 6 mei 2004, gepubliceerd op www.justitie.nl.

261 Zelfs eerder, ten tijde van de Republiek der Verenigde Nederlanden was er overheidsbemoeyenis, bijvoorbeeld bij de (oprichting van de) Verenigde Oost-Indische Compagnie.

aandelen.²⁶² Een omslagpunt in dit beleid met betrekking tot het publieke aandeelhouderschap is het aantreden van Balkenende IV. Het aanvankelijke uitstel van de privatisering van NV Luchthaven Schiphol ingezet door de nieuwe minister van Financiën Bos was een voorbode van de breuk met het tot dan gevoerde beleid – zoals dat in belangrijke mate door zijn voorganger Zalm onder Kok en Balkenende was geformuleerd. Het nieuwe beleid werd neergelegd in de nieuwe, in de volgende paragraaf te bespreken, Nota Deelnemingenbeleid van 2007.

De tegenstelling met het door de voorgangers van de toenmalige minister van Financiën Bos onder Balkenende IV ingezette beleid kon niet groter zijn, toen deze zich halverwege het jaar 2008 genoodzaakt zag om over te gaan tot volledige nationalisering van het Nederlandse deel van Fortis Bank NV, en aldus enig aandeelhouder in deze vennootschap te worden.²⁶³ De vraag hoe de overheid haar rol als aandeelhouder kan en dient in te vullen lijkt daarmee relevanter dan ooit.²⁶⁴ Alvorens in te gaan op de specifieke mogelijkheden die het Nederlandse vennootschapsrecht de overheid als houder van een (meerderheids)aandeel biedt, bespreek ik in de volgende paragraaf enkele aspecten van het deelnemingenbeleid.

5.2.1 Deelnemingenbeleid Rijksoverheid

Definitie (overheids)deelneming

Alvorens het deelnemingenbeleid en de ontwikkelingen daarin te bespreken, ga ik in op de vraag wat een deelneming is en wat onder een overheidsdeelneming moet worden verstaan. In de wet wordt het begrip deelneming op

262 Zo stelt Boot in 2006 over het door deze kabinetten gevoerde beleid: 'De overheid wil geen aandeelhouder meer zijn. Publieke bedrijven, of het nu Schiphol is of een nutsbedrijf zouden moeten worden geprivatiseerd.' Zie A.W.A. Boot, *Overheid als aandeelhouder: een economisch perspectief*, 22 mei 2006, p. 2, te raadplegen via de website: <http://www.accf.nl/uploads/EZ-Boot-Overheid%20als%20aandeelhouder-%2022mei2006-FINAAL.pdf>. Overigens moet niet vergeten worden dat de staat op 31 december 2004 nog steeds in totaal 39 directe deelnemingen in private rechtspersonen in zijn bezit had.

263 Om het voortbestaan van de bank te kunnen garanderen en ter voorkoming van het ineensstorten van het financiële stelsel was volgens minister van Financiën Bos een dergelijke drastische ingreep nodig. Zie de brief van 21 november 2008, *Kamerstukken I en II 2008/09*, 31 789, A en nr. 1, waarmee de minister van Financiën de Staten-Generaal conform art. 34 lid 5 Comptabiliteitswet inlichtte over de te nemen deelneming in het Nederlandse deel van Fortis.

264 Dat het aandeelhouderschap niet licht wordt overwogen en als laatste redmiddel wordt gezien, blijkt wel uit het feit dat 'reddingsoperaties' van banken, op Fortis NV na, vooralsnog niet gepaard gaan met het nemen van aandelen in de desbetreffende vennootschappen.

verschillende plaatsen genoemd.²⁶⁵ De deelneming wordt omschreven in artikel 2:24c BW. Het artikel geeft alleen een definitie van de deelneming in de zin van Boek 2 BW.²⁶⁶ Van een deelneming in een rechtspersoon is volgens artikel 2:24c BW sprake indien is voldaan aan twee criteria. Het eerste in lid 1 van artikel 2:24c BW geformuleerde criterium is van formele aard: er moet sprake zijn van kapitaalverschaffing. De deelnemende rechtspersoon of vennootschap moet zelf, hetzij via, hetzij samen met een of meer dochtermaatschappijen, voor eigen rekening aan een rechtspersoon kapitaal verschaffen of doen verschaffen.

Bovendien moet op grond van artikel 2:24c lid 2 BW sprake zijn van een bepaalde met de deelneming na te streven doelstelling 'teneinde met die rechtspersoon duurzaam verbonden te zijn ten dienste van de eigen werkzaamheid'.²⁶⁷ Naast de formele eis van kapitaalverschaffing wordt aldus een tweede materieel criterium geformuleerd.²⁶⁸ Uit jurisprudentie van de ondernemingskamer van het hof van Amsterdam volgt dat dit tweede criterium doorslaggevend is voor de beoordeling of sprake is van een deelneming in de zin van Boek 2 BW.²⁶⁹ Hoewel het verstrekken van kapitaal aldus niet als belangrijkste criterium heeft te gelden, kan het wel een belangrijke indicatie zijn voor het hebben van een deelneming. Om te kunnen bepalen of sprake is van duurzame verbondenheid met de rechtspersoon waaraan kapitaal is

265 In ondernemingsrechtelijke wetgeving buiten Boek 2 BW kan men het begrip deelneming veelvuldig aantreffen, zij het doorgaans met een andere, veelal minder precieze betekenis dan die van art. 2:24c BW. In de aanhef van de Wet Melding Zeggenschap wordt bijvoorbeeld gesproken van verkrijging en overdracht van een 'belangrijke deelneming'. De Wet op de ondernemingsraden (Wor) kent de ondernemingsraad een adviesrecht toe bij een besluit tot een 'financiële deelneming' in een andere onderneming (art. 2:25 lid 1 Wor). De Verordening inzake het EESV maakt overdracht van 'deelneming in het samenwerkingsverband' mogelijk. In de Wet financieel toezicht (Wft) wordt het begrip 'gekwaliceerde deelneming' gebruikt, zijnde een belang van meer dan 5% van het geplaatste aandelenkapitaal of van de stemrechten (art. 1 sub f jo. art. 16, 20, 29 en 45 Wft).

266 Het begrip deelneming is geïntroduceerd door de Wet op de jaarrekening van ondernemingen van 10 september 1970 (*Stb.* 1970, nr. 414). In 1983 kreeg het een nadere omschrijving vanwege de aanpassing aan de vierde richtlijn, Wet van 7 december 1983, *Stb.* 1983, nr. 663. Art. 2:24c BW is per 25 november 1988 ingevoerd door de Wet houdende bijzondere bepalingen voor de geconsolideerde jaarrekening van 10 november 1988, *Stb.* 1988, nr. 517.

267 Zie het vervolg van lid 1 art. 2:24c BW.

268 De maatstaf voor het onderscheid is van feitelijk-economische aard (vergelijk A.F.M. Dorresteyn (*Rechtspersonen*), art. 2:24b BW, aant. 3).

269 De ondernemingskamer besliste dat een samenwerkingsovereenkomst waarbij zelfs geen sprake was van kapitaalverschaffing, door de crediteur-debiteur relatie toch sprake was van een deelneming in de zin van art. 2:24c BW. De crediteur-debiteur relatie werd voldoende geacht om aan te nemen dat de desbetreffende onderneming het oogmerk had om duurzaam verbonden te zijn en om *in casu* te spreken van een deelneming. Zie Hof Amsterdam (OK) 22 oktober 1992, *NJ* 1993, nr. 226; *TVVS* 1993, p. 76, m.n. Th. S. Ijsselmuiden. Ijsselmuiden is mijns inziens terecht kritisch ten aanzien van de redenering van de ondernemingskamer dat een vordering kan kwalificeren als een deelneming in de zin van art. 2:24c BW.

verschafft, is in de tweede zin van lid 1 van artikel 2:24c BW het volgende vermoeden neergelegd:

‘indien een vijfde of meer van het geplaatste kapitaal wordt verschafft, wordt het bestaan van een deelneming vermoed.’

De grootte van het verschafte kapitaal is een indicatie om de eenvoudige belegging van de deelneming te onderscheiden.²⁷⁰ Indien *minder* dan 20% van het totale kapitaal wordt verschafft, wordt in beginsel vermoed dat slechts sprake is van een eenvoudige belegging.²⁷¹

Het is onder meer van belang om de eenvoudige belegging te onderscheiden van de deelneming, omdat de deelneming moet voldoen aan bepaalde vereisten in het jaarrekeningenrecht.²⁷² Daarnaast is voor de overheidsdeelneming van belang dat de overheid het besluit tot verwerving of uitbreiding van deelnemingen ter goedkeuring aan de Algemene Rekenkamer moet voorleggen.²⁷³ Tevens moet van een voornemen tot een dergelijke handeling kennis worden gegeven aan de Staten-Generaal. Duurzame verbondenheid wordt in dit geval reeds aangenomen bij een kleiner belang. Artikel 34 lid 5 Comptabiliteitswet luidt:

‘Deelneming door de Staat in een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, waarvan de Staat ten minste 5% van het geplaatste aandelenkapitaal houdt dan wel door die deelneming zal verkrijgen, zal, indien daarmede een groter financieel belang is gemoeid dan een door Onze Minister van Financiën vast te stellen bedrag, niet eerder plaatsvinden dan 30 dagen

270 Het in art. 2:24c BW verwoorde betreft een wettelijk vermoeden. Een deelnemende rechtspersoon die een 20%-belang niet in de jaarrekening verantwoordt als deelneming dient bij betwisting aannemelijk te maken dat van een deelneming in de zin van art. 2:24c BW geen sprake is. Zie de Memorie van Toelichting bij art. 2:24c BW, J.M.M. Maeijer en H.J.M.N. Honée, *Naamloze en besloten vennootschap wetsgeschiedenis*, p. IXq-Art. 24c-1.

271 Er kan ook sprake zijn van een deelneming in een niet-kapitaalvennootschap. Een rechtspersoon heeft een deelneming in een vennootschap indien hij of een dochtermaatschappij volledig aansprakelijk vennoot is (lid 2 sub a). Zie de Memorie van Toelichting J.M.M. Maeijer en H.J.M.N. Honée, *Naamloze en besloten vennootschap wetsgeschiedenis*, p. IXq-art. 24c-5.

272 Zo bepaalt art. 2:67 sub a en b BW dat deelnemingen afzonderlijk moeten worden opgenomen op de balans van de vennootschap die de deelneming heeft genomen. Zie ook art. 2:377 BW waarin hetzelfde wordt bepaald voor het resultaat uit deelnemingen. Voor het in art. 2:24c BW omschreven begrip deelneming gelden ook een aantal andere bepalingen in Boek 2 BW die niet gelden voor de eenvoudige belegging. Zo wordt het begrip deelneming in de (gedeeltelijk) vrijstellende bepalingen van de structuurregeling genoemd en in de opsomming van door de (verplichte) raad van commissarissen goed te keuren besluiten. Zie respectievelijk art. 2:153 lid 3 sub b BW en art. 2:164 lid 1 sub e BW.

273 Zie art. 91 lid 1 sub b Comptabiliteitswet.

nadat van het voornemen daartoe aan de Staten-Generaal schriftelijk mededeling is gedaan'.²⁷⁴

Men zou gezien het criterium dat wordt gekoppeld aan de controlemogelijkheid van de Algemene Rekenkamer kunnen beargumenteren dat een vermoeden van duurzame verbondenheid reeds bestaat bij een belang van ten minste 5% waardoor sprake is van een overheidsdeelneming in een overheidsonderneming.²⁷⁵ Mijns inziens echter is in aansluiting op de jurisprudentie van de Ondernemingskamer van het Hof van Amsterdam, niet de omvang van de deelneming, maar de intentie doorslaggevend bij het bepalen van het karakter van de deelneming.

Voor de definiëring van de overheids- of staatsdeelneming, lijkt het onderscheid tussen de eenvoudige belegging en deelneming niet te worden gemaakt. Zo verstaat de Algemene Rekenkamer onder een staatsdeelneming: 'het belang van de staat in het aandelenkapitaal van een kapitaalvennootschap (BV of NV)' zonder onderscheid te maken naar de bijvoorbeeld de grootte van het verschaft kapitaal.²⁷⁶ En ook in de definitie van de minister van Financiën lijken noch de grens van 20% als die van 5% geen rol te spelen. In de begrippenlijst bij de Nota Deelnemingenbeleid wordt deelneming gedefinieerd als:

'... het participeren in het risicodragend vermogen van een kapitaalvennootschap. De term wordt ook wel gebruikt ter aanduiding van een vennootschap waarin de Staat deelneemt, en de daaraan verbonden activiteiten (ook wel: staatsdeelneming)'.²⁷⁷

Voor de overheidsonderneming is duurzame verbondenheid mijns inziens echter steeds wenselijk en zouden aandelen zuiver ter belegging niet moeten worden aangehouden. Nu kan een enkel 'gouden aandeel' ook een instrument van overheidssturing zijn. Ik zou willen stellen dat ook in een dergelijk geval

274 Interessant is overigens dat in art. 34 lid 8 Comptabiliteitswet aan het vervreemden van deelnemingen geen termijn van 30 dagen wordt gesteld en dat slechts een schriftelijke mededeling aan de Staten-Generaal volstaat. Hoewel dit begrijpelijk is in de systematiek van de overheidsfinanciën waarin de begroting van uitgaven het centrale element vormt, zou een bepaling waarbij ook bij vervreemding van deelnemingen een termijn van 30 dagen wordt gesteld mijns inziens wenselijk zijn. Een dergelijke bepaling zou kunnen bijdragen aan de gedachtevorming dat ook het (mogelijke) verlies van een deelneming – zeker indien deze gepaard gaat met het verlies van (overwegende) overheidsinvloed – de nodige aandacht verdient. Vanwege de wetssystematiek zou een aanpassing van art. 34 lid 8 Comptabiliteitswet meer voor de hand liggen dan het invoegen van een dergelijke bepaling elders.

275 Overigens is slechts sprake van een vermoeden. Is sprake van een kleiner belang kan door aanwezigheid van bepaalde statutaire rechten of bevoegdheden weldegelijk sprake zijn van een deelneming.

276 Zie Algemene Rekenkamer, *Rapport Garanties, leningen en deelnemingen van het Rijk, Kamerstukken II* 2004/05, 30 086, nrs. 1-2, p. 17.

277 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 28 165, nr. 69, p. 20 (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2007).

sprake is van een overheidsdeelneming. Deze zou moeten blijken uit bijvoorbeeld de statuten, waarin bijzondere aandelen moeten worden vermeld.

Nu de overheid in beginsel geen aandelen ter belegging aanhoudt, zal aldus in wezen steeds wanneer de Staat besluit om aandelen in een vennootschap te nemen sprake zijn van een duurzame verbondenheid, zodat aan het in artikel 2:24c BW neergelegde vermoeden niet wordt toegekomen. In zowel de in Boek 2 BW gegeven definitie van deelneming als de in de nota gegeven definitie is geen ruimte voor een vorm van deelneming in andere dan kapitaalvennootschappen.²⁷⁸

Beleidsdeelnemingen en overige categorieën van staatsdeelnemingen

Als species van deelnemingen werden in de Nota Deelnemingenbeleid 2007 zogenaamde beleidsdeelnemingen onderscheiden.²⁷⁹ Dit zijn volgens de Nota Deelnemingenbeleid deelnemingen in vennootschappen die fungeren als instrument voor de uitvoering van overheidsbeleid.²⁸⁰

‘De publieke en zakelijke verantwoordelijkheden bij deze deelnemingen zijn niet en kunnen niet worden ontvlochten binnen de huidige structuur. Zij kunnen daardoor ook niet uitsluitend worden beoordeeld op rendement en bedrijfsvoering’.²⁸¹

Naar mijn mening is de term beleidsdeelneming niet gelukkig gekozen en een relikwie uit de tijd dat het afstoten van deelnemingen het uitgangspunt was.

278 Hoewel deze activiteiten niet kwalificeren als deelnemingen, heeft de staat in vrij veel stichtingen geparticipeerd met het doel een bepaald beleid te kunnen uitvoeren. Veel van deze stichtingen zijn overigens tegenwoordig vormgegeven als een publiekrechtelijk zelfstandig bestuursorgaan. Denk bijvoorbeeld aan de Stichting Toezicht Effectenverkeer die is omgevormd tot de Autoriteit financiële markten (AFM), maar nog steeds de stichtingsvorm heeft. Zie www.afm.nl. Zie voor een overzicht van de zelfstandige bestuursorganen en hun rechtsvorm de website: www.zboregister.nl.

279 Het betrof de Regionale Ontwikkelingsmaatschappijen, Energie Beheer Nederland BV, NOVEM BV en GasTerra NV, die onder het ministerie van Economische Zaken vielen, Railinfratruster BV, dat onder het ministerie van Verkeer en Waterstaat viel, NOB Holding NV, ressorterend onder het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en de Grondexploitatie maatschappij Meerstad BV, die onder het ministerie van Landbouw Natuur en Visserij viel. In het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 worden de volgende genoemd: BOM, DC-ANSP (voormalig NAATC), EBN, GasTerra, LIOF, Meerstad, NOM, Oost, ProRail, Saba Bank resources en Winair. Hiervan worden enkel cijfermatige gegevens gepresenteerd. Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 (herziene versie), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 145, p. 15.

280 De Algemene Rekenkamer constateert in 1994 al dat de verschillende omschrijvingen van beleidsdeelnemingen veel ruimte voor interpretatie laat. Het betreft omschrijvingen als “instrument voor de uitvoering van overheidsbeleid”, “instrumentele deelnemingen” en “semi-publieke deelneming”. Zie het jaarverslag 1994, *Kamerstukken II* 1993/94, 23 785, p. 143.

281 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 28 165, nr. 69, p. 20 (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2007).

De suggestie wordt namelijk onterecht gewekt dat met de overige deelnemingen niet wordt beoogd een bepaalde publieke doelstelling te dienen en dat niets afstoting in de weg staat. In beginsel zouden volgens de meest recente Nota Deelnemingenbeleid mijns inziens alle overheidsdeelnemingen, beleidsdeelnemingen moeten zijn.²⁸² Als aandeelhouder wil de overheid immers kunnen sturen en 'binnen het kader van het bestaande vennootschapsrecht, betrokken zijn bij de totstandkoming van de strategie en kunnen toezien op de uitvoering.'^{283,284}

In plaats van het onderscheid tussen deelnemingen en beleidsdeelnemingen, werd in het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010 een uitgebreidere onderverdeling dan voorheen gehanteerd. Ultimo 2010 had de Staat 37 staatsdeelnemingen. De overheid verdeelde deze onder in de volgende vier categorieën:

- operationele deelnemingen, in beheer bij de minister van Financiën;
- deelnemingen die worden afgebouwd (aangeduid met de term 'afbeheer') in beheer bij de minister van Financiën;
- tijdelijke deelnemingen in financiële instellingen als gevolg van tijdens de financiële crisis getroffen maatregelen;
- operationele beleidsdeelnemingen niet in het beheer bij de minister van Financiën.²⁸⁵

282 Uitgezonderd de deelnemingen die worden afgebouwd.

283 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 6.

284 Hierbij moet worden opgemerkt dat er voor wat betreft de sturing door de overheid en de toepasselijkheid van de mededingingsregels daarop, twee verschillende situaties moeten worden onderscheiden. Het nemen van een deelneming in een (overheids)onderneming kan als staatssteun kwalificeren en is alleen toegestaan als deze in overeenstemming met de staatssteunbepalingen zijn. Echter, wanneer de overheid een deelneming in een (overheids)onderneming heeft (genomen) en gebruik maakt van haar privaatrechtelijke bevoegdheden als publieke aandeelhouder is mijns inziens de 'sturing' niet aan te merken als staatssteun. Hoewel de vrijverkeerregels wel van toepassing zouden kunnen zijn. Immers, de overheid maakt als publieke aandeelhouder gebruik van de volgende vennootschapsrechtelijke bevoegdheden die: 'zien onder meer op het vaststellen van de jaarrekening, het vooraf goedkeuren van bepaalde besluiten zoals het doen van omvangrijke investeringen, fusies en overnames boven een bepaalde grens, benoeming van de raad van commissarissen (rvc) en in geval van een gemitigeerd structuurregime ook op benoeming van de raad van bestuur (rvb) en het vaststellen van bezoldigingsbeleid van de laatstgenoemde in het structuurregime.' Wanneer deze bevoegdheden worden gebruikt en het 'market economy investor' beginsel wordt gerespecteerd, zal niet van een economisch voordeel voor de overheidsonderneming bekostigd met staatsmiddelen kunnen worden gesproken waardoor de sturing niet als staatssteun valt aan te merken. Zie de antwoorden van de minister van Financiën op de vragen van 18 januari 2013 van de vaste commissie voor Financiën over de resultaten van het onderzoek naar de overname van Gasunie Deutschland Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 146, p. 17.

285 Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 13. In het Jaarverslag van 2012 wordt de categorie 'tijdelijke deelnemingen in financiële instellingen als gevolg van tijdens de financiële crisis getroffen maatregelen' niet meer

De afstoting van een (minderheids)belang werd slechts als wenselijk beschouwd wanneer:

- het aandeelhouderschap als instrument geen toegevoegde waarde meer heeft voor de borging van het publieke belang;
- er voldoende waarborgen zijn dat de continuïteit van de dienstverlening niet in gevaar komt door privaat aandeelhouderschap;
- en privaat aandeelhouderschap toegevoegde waarde heeft voor de betreffende onderneming en de duurzame kwaliteit van de activiteiten die worden uitgeoefend.²⁸⁶

Ultimo 2011 is de staat aandeelhouder in 33 ondernemingen.²⁸⁷ De in het vorige jaarverslag vermelde categorie 'tijdelijke financiële deelnemingen' wordt niet langer tot de staatsdeelnemingen gerekend omdat op 1 juli 2011 de Stichting Administratiekantoor Beheer Financiële Instellingen (NLFI) is opgericht, die het beheer van deze categorie deelnemingen voert.²⁸⁸ In het huidige deelnemingenbeleid staat het publieke belang meer centraal in tegenstelling tot het voorgaande beleid waarin de nadruk meer op waardecreatie voor de overheid lag.²⁸⁹

De overheidsonderneming als groeps- of dochtermaatschappij

De vraag of de deelnemingen van de overheid tot een groep behoren is met name van belang voor de beantwoording van de vraag of er in bepaalde gevallen een plicht voor de overheid bestaat om in te grijpen binnen een rechtspersoon die behoort tot een dergelijke groep.²⁹⁰ Dit zou het geval kunnen zijn wanneer overheidsdeelnemingen als groepsmaatschappijen van de Staat zouden kunnen worden gezien. Op grond van artikel 2:24b BW is sprake van een groep wanneer de rechtspersonen organisatorisch zijn verbonden. Het criterium ter beoordeling hiervan is of er een centrale leiding binnen dat verband is.²⁹¹ Van der Linde beargumenteert dat er geen concernvorming plaatsvindt bij overheidsdeelnemingen omdat het doel van verzelfstandiging

afzonderlijk genoemd. Zie p. 8 van Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 (herziene versie), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 145.

286 Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 8.

287 Zie p. 8 van Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 (herziene versie), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 145.

288 Zie p. 5 van Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 (herziene versie), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 145.

289 Zie de antwoorden van de minister van Financiën op de vragen van 18 januari 2013 van de vaste commissie voor Financiën over de resultaten van het onderzoek naar de overname van Gasunie Deutschland Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 146, p. 18.

290 Zie HR 10 januari 1990, NJ 1990, nr. 466 (*Ogem*).

291 Zie P. van Schilfgaarde, bewerkt door J. Winter, *Van de BV en de NV*, Kluwer: Deventer 2009, p. 12.

het functioneren van de Staat als centrale leiding van de groep niet toestaat.²⁹² Ik zou die stelling niet zonder meer willen onderschrijven. Indien de overheid een belangrijke rol inneemt bij wezenlijke vraagstukken voor de onderneming, kan er mijns inziens wel degelijk sprake zijn van centrale leiding waardoor in strijd met de beginselen van behoorlijk ondernemerschap wordt gehandeld indien de Staat niet ingrijpt bij deze overheidsdeelneming in gevallen waarin zij dat wel had moeten doen.

Hetzelfde geldt *a fortiori* wanneer de overheid een meerderheidsbelang in een vennootschap bezit en er daardoor sprake is van een moeder-dochterrelatie.²⁹³ Weliswaar kan de overheid als aandeelhouder zoals hieronder nader uiteen wordt gezet, op grond van de statuten de grote lijnen het te voeren beleid bepalen, maar wanneer zij zich in de dagelijkse gang van zaken mengt, ligt verantwoordelijkheid voor het mede door haar uitgezette beleid mijns inziens voor de hand.²⁹⁴

Deelnemingenbeleid Rijksoverheid

Ruim drie decennia lang is het beleid ten aanzien van deelnemingen van de Rijksoverheid conform het midden jaren tachtig van de vorige eeuw geformuleerde privatiseringsbeleid gevoerd, zoals reeds in paragraaf 5.3 van hoofdstuk 1 besproken.²⁹⁵ Ondanks het uitgangspunt dat deelnemingen zouden moeten worden afgestoten zodra dat, met inachtneming van publieke en zakelijke belangen, mogelijk was,²⁹⁶ bleef het aantal staatsdeelnemingen steeds ongeveer gelijk.²⁹⁷

292 Zie R. van der Linde, 'De staat als aandeelhouder: een plaatsbepaling', *O&F* 2008-77/78, p. 35.

293 Zie art. 2:24a BW.

294 Zie HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, nr. 487 (*Albada Jelgersma Holding BV*).

295 Zie het rapport *Verkoop staatsdeelnemingen*, opgesteld door de heroverwegingswerkgroep verkoop staatsdeelnemingen, *Kamerstukken II* 1985/86, 16 625, nr. 73.

296 Zie voor de bevestiging van het uitgangspunt van het te voeren beleid in 1995 de nota 'Beleid inzake staatsdeelnemingen', *Kamerstukken II* 1996/97, 25 178, nr. 1-2.

297 In 1985 verscheen in het kader van de Heroverweging collectieve uitgaven het rapport 'Verkoop Staatsdeelnemingen'. Zie *Kamerstukken II* 1985/86, 16 625, nr. 73, p. 3. Eind 1993 had de overheid nog steeds deelnemingen in 45 bedrijven, hoewel het beleid van de regering was gericht op afstoting van deelnemingen. Het aantal was juist toegenomen van 40 deelnemingen tot 45 deelnemingen in 1993. Dit terwijl het rapport uit 1985 tot de conclusie was gekomen dat er mogelijkheden waren om 10 van de 40 deelnemingen af te stoten, dat er twee konden opgaan in een andere bestaande deelneming en dat in ten minste vier deelnemingen het belang kon worden verkleind. De Rekenkamer was dan ook uiterst kritisch ten opzichte van de aangehouden deelnemingen: 'Weliswaar betreft het in het algemeen bedrijven die van groot belang zijn voor de Nederlandse economie, en zijn er volgens de minister van economische zaken voor iedere deelneming afzonderlijk bijzondere redenen aanwezig op grond waarvan de Staat tot een deelneming in de bedrijven is gekomen, maar het aantal en de kwaliteit van de tot nu toe uitgevoerde evaluaties is gering [en] de vraag of het aanhouden van een deelneming nog wenselijk is hebben de departementen in de periode 1987-1992 niet voldoende beantwoord.' De conclusie strekte tot de ontwikkeling van voorstellen door het ministerie van Financiën om het afstotingsbeleid

Het vakdepartement dat verantwoordelijk was voor het beleidsterrein waarop de deelneming opereerde, was aanvankelijk ook steeds verantwoordelijk voor het beheer van de aandelenportefeuille in de desbetreffende deelneming. In de Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid van 2001 werd het bestaande beleid gecontinueerd, maar werd met het oog op maximalisatie van de opbrengst te behalen door afstoting van deelnemingen, het beheer van in beginsel alle overheidsdeelnemingen geconcentreerd en bij het ministerie van Financiën neergelegd.²⁹⁸ Kaderwetgeving waarin het beleid omtrent de positie en de rol van de overheid in ondernemingen nader werd ingevuld, was gezien de vele aspecten die daarbij een rol speelden alsmede de betrokken belangen, moeilijk realiseerbaar en daarom weinig populair.²⁹⁹ Typerend voor deze problematiek is de opmerking van Crone, toenmalig lid van Tweede Kamer (PvdA), die tijdens de behandeling van de Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid het volgende opmerkte:

meer gestalte te geven. De inhoud van het Heroverwegingsrapport 'Verkoop Staatsdeelnemingen', dat op 16 september 1985 aan de Tweede Kamer werd aangeboden, werd in hoofdlijnen door het toenmalige kabinet onderschreven. In het rapport is reeds de door de toenmalig minister van Financiën aangehangen beleidslijn inzake staatsdeelnemingen te vinden. In de brief waarbij het Heroverwegingsrapport door de toenmalige minister van Financiën aan de Tweede Kamer werd aangeboden, schreef deze: 'Het rapport ontwikkelt de stelling, dat het deelnemen van de overheid in bedrijven geen doel op zich zelf is. Het kabinet stemt hiermee in en tekent daarbij aan dat als algemene beleidslijn aan afstoting van deelnemingen de voorkeur gegeven wordt. Een belangrijke overweging daarvoor is de vrij grote mate van consensus die zich in ons land heeft ontwikkeld over het uitgangspunt dat de overheid in beginsel niet als ondernemer of als belegger in de marktsector dient op te treden.' Maar dit uitgangspunt werd in het rapport genuanceerd: 'En waar het deelnemen niet als een zelfstandig doel kan worden aangemerkt, is het afstoten van deelnemingen evenmin als een doel op zich zelf te beschouwen.' Toch werd de algemene beleidslijn afstoting van deelnemingen. Zie *Kamerstukken II* 1985/86, 16 625, nr. 73, p. 1. In 1993 werd door de minister van Economische zaken nog het onderscheid gemaakt tussen zogenaamde instrumentele en niet-instrumentele deelnemingen, waarbij slechts de niet-instrumentele deelnemingen als verkoopbaar werden beschouwd. Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 785, nr. 1-2, p. 143. Maar in 2004 werd door de minister van Financiën, de nadruk gelegd op algehele verkoop. In de Nota Deelnemingenbeleid van 2001 werd bijna verbaasd opgemerkt: 'Per 1 januari 2001 was de Staat der Nederlanden aandeelhouder in 42 sterk uiteenlopende vennootschappen. Dit aantal is opmerkelijk stabiel: sinds 1975 schommelt het aantal staatsdeelnemingen rond de 40'. Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 165, nr. 2, p. 2. Dit wordt het centrale model genoemd. Zie Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 148, p. 7.

²⁹⁸ De minister van Financiën is sinds 2001 verantwoordelijk voor het deelnemingenbeleid. Uitzonderingen vormden zogenaamde beleidsdeelnemingen zoals ProRail BV. Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 165, nr. 2, p. 2 (Deelnemingenbeleid Rijksoverheid). Naar aanleiding van de afschaffing van de commissaris van overheidswege werd op verzoek van de vaste commissies voor Financiën en voor Economische Zaken gevraagd om een algemene notitie over het beheer van de staatsdeelnemingen. Met de nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid van 2001 is daar gehoor aangegeven.

²⁹⁹ Zie het rapport 'Publieke belangen en aandeelhouderschap' aangeboden aan de Tweede Kamer bij de brief van 24 augustus 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165, nr. 46, p. 36.

‘Voorzitter. Het belang van dit onderwerp is omgekeerd evenredig aan het aantal aanwezige Kamerleden. Dat aantal verbaast mij dus, want wij spreken hier over een zeer cruciaal onderdeel van het beleid van de overheid en van deze minister, die daar al een aantal jaren stukken over publiceert en op dat punt beleid voert. Als in de afgelopen jaren iets ingewikkeld is gebleken, is dat het vinden van een goed evenwicht tussen enerzijds de rol van de markt, eigendom en privatisering en anderzijds de rol van de overheid’.³⁰⁰

Met de in het verschiet liggende afstotingen in gedachten, leek het stellen van een kader waarbinnen de overheidsdeelnemingen in een bepaalde rechtsvorm zouden moeten functioneren overbodig. Daarbij zou worden geïnstitutionaliseerd dat een overheidsdeelneming in sommige gevallen als sturingsinstrument zou kunnen worden toegepast, hetgeen tegenstrijdig was aan het beleid om deelnemingen zoveel mogelijk af te stoten. In plaats van het formuleren van een kader, werd voor zogenaamd ‘maatwerk’ gekozen: een casuïstische aanpak van verschillende gevallen.³⁰¹ Maar ook bij dit zogenaamde ‘maatwerk’ kwam nauwelijks aan de orde op welke gronden wordt gekozen voor een bepaalde (privaatrechtelijke) rechtsvorm. Wel was inmiddels een lijst met vragen opgesteld om te komen tot een eenduidig deelnemingenbeleid. Helaas zagen die vragen voornamelijk op de vraag of er nog sprake moest zijn van een deelneming en niet op de vraag – in het geval deelneming wenselijk is – welke rechtsvorm de geschikte was.³⁰²

De overheid zag op grond van het in 2001 vastgelegde beleid als voornaamste reden voor het nemen van een deelneming in een vennootschap dat zij aldus bepaalde activiteiten op afstand kon zetten in het kader van de naderende privatisering van de desbetreffende onderneming:

‘Het onderbrengen van bestaande activiteiten in een NV of BV is, zowel vanuit bedrijfseconomische als bestuurlijke optiek, een solide opstap naar afstoting’.³⁰³

300 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 28 165, nr. 13, p. 4 (Verslag). Bij de behandeling waren volgens het verslag drie Kamerleden aanwezig.

301 Voor de oprichting van stichtingen bestaat wel een kader, zie ‘Kader voor stichtingen. Beleidskader voor betrokkenheid van de Rijksoverheid bij het oprichten van stichtingen’, te vinden als bijlage bij *Kamerstukken II* 2006/07, 25 268, nr. 42. Overigens wordt de vrijblijvendheid van het kader reeds in de toelichting op pagina 3 erkend: ‘Dit kader heeft nadrukkelijk niet de vorm van een beslisboom. Het is immers niet altijd zo dat gegeven een set overwegingen, één organisatievorm als de beste of enig mogelijke aan te duiden is.’ Zie nader G.J.C. Rensen, ‘Stichtingen binnen overheidscontext’, *Ondernemingsrecht* 2007/101, p. 324-325 en paragraaf 3.3 van hoofdstuk 2.

302 Zie de ‘Vragenlijst “publiek kader” t.b.v. de evaluatie van staatsdeelnemingen’, Den Haag 2004. De lijst is gepubliceerd als bijlage van *Kamerstukken II* 2004/05, 28 165, nr. 17.

303 Zie de Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 165, nr. 2, p. 4. Gebruik van publiek aandeelhouderschap is immers ingegeven door de wens de operationele uitvoering van het publieke belang op afstand te plaatsen. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 2.

Er zijn tal van voorbeelden waarbij een zogenaamde staatsonderneming in aanloop naar de volledige privatisering in eerste instantie is omgezet in een private vennootschap waarin de Staat een 100% deelneming had, zodat deze vervolgens kon worden afgebouwd.³⁰⁴ Dit gebruik van de deelnemingsfiguur door de overheid past goed bij de door de Nota gegeven deelnemingsdefinitie en de daarbij gemaakte kanttekening dat deelnemingen in beginsel slechts van tijdelijke aard mogen zijn.³⁰⁵

Door de wijziging van het deelnemingenbeleid van de Rijksoverheid in 2007, is afstoting van deelnemingen niet langer het uitgangspunt.³⁰⁶

Deelnemingenbeleid 2007

Met het aantreden van een nieuwe regering (Balkenende IV) onderging het deelnemingenbeleid in 2007 een behoorlijke verandering. Weliswaar bleef het uitgangspunt van een efficiënt en zakelijk beheer gelden voor de bestaande deelnemingen. Grote verandering was echter dat niet langer het afstoten van staatsdeelnemingen tot uitgangspunt wordt genomen. Juist het actief beheren van staatsdeelnemingen kwam voorop te staan:

‘Door het veranderde karakter van de huidige portefeuille staatsdeelnemingen is het beleid van «privatiseren, tenzij» naar oordeel van het kabinet toe aan herziening. Een beleid dat privatisering als uitgangspunt heeft, verhoudt zich niet goed met een beleid waarvan het streven is om juist ook het publieke belang binnen de uitoefening van het aandeelhouderschap een duidelijker plaats te geven. Uitgangspunt zou veeleer moeten zijn dat de deelnemingen met een duidelijke verwantschap met het publieke domein in beginsel worden behouden. Een beleid van «publiek, tenzij» dus’.³⁰⁷ Uit het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 blijkt dat er geen actief afstotingsbeleid is en dat deelnemingen niet periodiek worden doorgelicht op de mogelijkheid om haar al dan niet af te stoten.³⁰⁸

304 Zie bijvoorbeeld de uiteindelijke privatisering en verkoop van KPN NV. Overigens is bij de privatisering sterk de nadruk komen te liggen op een aantal randvoorwaarden die bij de afstoting in aanmerking moet worden genomen. Het betreft de prijs, timing, beursklimaat, trackrecord, instemming van het bestuur, marktabsorptievermogen en andere factoren.

305 In vergelijkbare zin het jaarverslag 1994 van de Algemene Rekenkamer, *Kamerstukken II* 1993/94, 23 785, nr. 1-2, p. 143.

306 Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 28 165, nr. 12, p. 5.

307 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 28 165, nr. 69, p. 18 (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2007).

308 Wel kunnen er zich ook onder dit huidige beleid redenen voordoen om een privatisering of minderheidsprivatisering te overwegen, namelijk in de volgende gevallen: ‘1. indien het aandeelhouderschap als instrument geen toegevoegde waarde meer heeft voor de borging van het publieke belang; 2. indien er voldoende waarborgen zijn dat de continuïteit van de dienstverlening door privaat aandeelhouderschap niet in gevaar komt; 3. indien privaat aandeelhouderschap toegevoegde waarde heeft voor de betreffende onderneming en de duurzame kwaliteit van de activiteiten die worden uitgeoefend.’ Zie p. 8 van Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 (herziene versie), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 145.

In het nieuwe beleid ziet de minister voor de overheid als publieke aandeelhouder een bijzondere rol weggelegd vanwege de betrokken publieke belangen.³⁰⁹ Meer dan onder het voorheen gevoerde beleid moet die bijzondere positie in het aandeelhouderschap naar voren komen.³¹⁰ Het vernieuwde beleid zal met name tot uitdrukking komen in een niet louter rendementsgerichte visie op de overheidsdeelnemingen. Met betrekking tot de strategische koers en daarmee verbonden belangrijke investeringsbeslissingen stelt de minister:

‘De strategische koers dient vanuit de optiek van de Staat als aandeelhouder tevens gericht te zijn op het realiseren van de met de betreffende deelneming verbonden publieke belangen en de continuïteit en kwaliteit van de publieke dienstverlening.’³¹¹

Kortom, het aandeelhouderschap van de Staat krijgt een meer aanvullend karakter op het bestaande instrumentarium van wet- en regelgeving en zal meer dan onder voorgaande kabinetten als borgingsmechanisme voor het publieke belang worden ingezet. Bij de invulling van de aandeelhoudersrol hanteert de overheid een actief beheersbeleid waarbij de nadruk ligt in het bijzonder op: de strategie van staatsdeelnemingen; belangrijke investeringsbeslissingen; de vermogenspositie; en het bezoldigingsbeleid voor bestuurders van de staatsdeelnemingen.³¹²

Het bedrijfsmatige karakter van de activiteiten rechtvaardigt de keuze voor de vorm van een kapitaalvennootschap, maar zo stelt de minister uitdrukkelijk:

‘Meer focus op borging van publieke belangen dient plaats te vinden binnen de kaders van het vennootschapsrecht’.³¹³

In hoeverre de overheid door middel van een deelneming haar beleid kan bepalen binnen een vennootschap is afhankelijk van de omvang van haar deelneming zoals in de volgende paragraaf zal worden besproken.

309 Er is een Interdepartementaal Beleidsonderzoek naar de aansturing van Nederlandse staatsdeelnemingen verricht. Zie Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 148. In de brief van de minister van Financiën van 1 maart 2013 aan de Tweede Kamer is toegezegd dat het kabinet in de zomer van 2013 hier een inhoudelijke reactie op zal geven, welke zal worden opgenomen in een nieuwe Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid. Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 148. Dit is in september 2013 nog niet gebeurd.

310 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 28 165, nr. 69, p. 14 (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2007).

311 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 28 165, nr. 69, p. 14 (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2007).

312 Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 8. Deze worden ook wel de vier pijlers van het deelnemingenbeleid genoemd. Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 16.

313 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 28 165, nr. 69, p. 15 (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2007).

5.2.2 Van 100% aandeelhouder tot minderheidsaandeelhouder

Algemeen

Het deelnemingenbeleid is aldus na 2007 ingrijpend veranderd. Overheidsaandeelhouderschap speelt bij de meeste deelnemingen nu uitdrukkelijk blijvend een aanvullende rol op het publiekrechtelijke instrumentarium.³¹⁴ Door de reeds ter sprake gekomen wijzigingen van het Nederlandse vennootschapsrecht en de versterkte positie van de aandeelhouders in het algemeen, zijn ook de mogelijkheden voor de overheid – binnen de kaders van Boek 2 BW – om door middel van aandelenbezit publieke belangen te behartigen, groter geworden. In deze paragraaf worden de mogelijkheden van de aandeelhoudersvergadering en de individuele aandeelhouder(s) om invloed uit te oefenen op een overheidsonderneming besproken. Alvorens op de rechten en bevoegdheden van de individuele aandeelhouder(s) in te gaan, worden enkele in het bijzonder voor de overheidsonderneming wezenlijke bevoegdheden van de aandeelhoudersvergadering behandeld. Het betreft het recht van de aandeelhoudersvergadering de statuten te wijzigen, de winstbestemming en -uitkering te bepalen, het bestuur te controleren en het recht te besluiten tot ontbinding of omzetting. Het recht om bestuurders en commissarissen te benoemen, te schorsen en te ontslaan is hierboven behandeld en zal hier derhalve buiten beschouwing blijven.

Statutenwijziging

Een belangrijk recht van de aandeelhoudersvergadering is het recht om de statuten te wijzigen. Door de statuten wordt het wezen van de rechtspersoon bepaald. De omschrijving van het doel van de overheidsonderneming speelt daarbij in het bijzonder een grote rol. Op grond van artikel 2:121 BW ligt de wijzigingsbevoegdheid dwingendrechtelijk bij de aandeelhoudersvergadering. Theoretisch gezien bestaat de mogelijkheid om in de statuten te bepalen dat wijziging – of wijziging van een of meerdere bepalingen – is uitgesloten, waardoor de door de overheid gewenste doelstelling niet eenvoudig is te veranderen.³¹⁵ Onafhankelijk van de vraag of een dergelijke rigide beperking wenselijk is, bestaat echter steeds de mogelijkheid om de statuten te wijzigen met algemene stemmen in een vergadering waar het gehele geplaatste kapitaal vertegenwoordigd is.³¹⁶ Naast uitsluiting van wijziging is ook de beperking

314 Zie in vergelijkbare zin de reactie van het kabinet op het rapport 'Sturen op infrastructuur' van de WRR, *Kamerstukken II* 2007/08, 24 036, nr. 355, p. 17 (Brief). Er is een aanvullende rol voor overheidsaandeelhouderschap als wet- en regelgeving niet voldoen. Dit wordt geacht het geval te zijn bij niet-contracteerbare publieke belangen. Zie Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 148, p. 7.

315 Zie art. 2:121 lid 1 en lid 3 BW.

316 Een enkel aandeel verzekert de overheid in een dergelijk geval aldus tegen onwenselijke statutenwijziging, hoewel een weigerachtige houding in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou kunnen komen.

van de wijziging van een of meerdere artikelen mogelijk. Denkbaar is dat voor wijziging de goedkeuring van een ander orgaan van de vennootschap, zoals de raad van commissarissen, is vereist. Maar ook de goedkeuring van een derde, zoals een overheidsorgaan, kan in de statuten worden opgenomen als voorwaarde tot wijziging.³¹⁷

Winstbestemming en -uitkering

Op grond van artikel 2:105 BW komt de voor uitkering vatbare winst ten goede aan de aandeelhouders.³¹⁸ Dit is slechts anders wanneer het eigen vermogen niet toereikend is om te voldoen aan de wettelijke of statutaire reserves die moeten worden aangehouden.³¹⁹ Bovendien kunnen de statuten een andere winstbestemming aanwijzen, maar dat mag nooit zover gaan dat aandeelhouders geheel worden uitgesloten van het delen in de winst.³²⁰

Dividenduitkeringen bij een overheidsonderneming vormen een vergoeding voor het verstrekte vermogen. Zolang dit een redelijke en zakelijke vergoeding betreft, zie ik niet in waarom deze vergoedingen niet toegestaan zouden zijn.³²¹ Door een vergoeding te vragen wordt juist tot uitdrukking gebracht dat de doelstelling ter behartiging van het publiek belang wordt verwezenlijkt binnen het efficiënte en bedrijfsmatige kader van de vennootschap.

Controlebevoegdheden

Onder verwijzing naar een rapport van de Wereldbank, wordt in het rapport 'Publieke belangen en aandeelhouderschap' gesteld dat: 'Private aandeelhouders (...) over meer effectieve mogelijkheden om het management te contro-

317 Verschil van inzicht bestaat over de vraag of een dergelijke beperkende bepaling ontkracht kan worden door een besluit van de voltallige aandeelhoudersvergadering met algemene stemmen. Ik meen dat dit in beginsel door de bijzondere positie van de derde niet mogelijk is. Zie in vergelijkbare zin Asser-Maeijer 2000 (2-III), nr. 540. Dit is mijns inziens slechts anders in geval de weigering van de derde in strijd is met de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW.

318 Ook de staat kan als houder van een (bijzonder) aandeel recht hebben op dividend. Zo voorzagen de statuten van TNT NV in een recht op dividend ten belope van 7% voor het aandeel van de staat. Zie de statuten van TPG NV (voor zover het betreft de universele dienstverlening een onderneming met maatschappelijke doelstelling). De staat kreeg op grond van art. 35 lid 1 van de statuten als houder van een bijzonder aandeel in de vennootschap met voorrang boven de overige aandeelhouders een dividend ten belope van 7% uitgekeerd.

319 Zie art. 2:105 lid 2 BW.

320 Zie art. 2:105 lid 9 BW.

321 In het wetsvoorstel Maatschappelijke onderneming werden winstuitkeringen niet toegestaan. Overigens is het de vraag in hoeverre winstuitkeringen aan aandeelhouders van een 'maatschappelijke onderneming' in alle gevallen verwerpelijk geweest zouden zijn. Een (beperkte) uitkering kan ook bij de maatschappelijke onderneming gezien worden als een vergoeding voor het in de onderneming geïnvesteerde kapitaal.

leren [beschikken] dan publieke aandeelhouders.³²² De vaak teleurstellende prestaties van overheidsbedrijven wijdt de Wereldbank aan de gebrekkige controle op het management.³²³ Ondanks deze geconstateerde verschillen in het gebruik van bevoegdheden, komen zowel de private als publieke aandeelhouder dezelfde vennootschapsrechtelijke bevoegdheden toe.

Naast de mogelijkheid om bestuurders en commissarissen te schorsen of te ontslaan, heeft de vergadering van aandeelhouders op grond van artikel 2:107 lid 2 BW het recht op alle inlichtingen die zij van het bestuur en de raad van commissarissen verlangt.³²⁴ Het antwoord op de vraag of op grond van dit artikel het recht op informatie door individuele aandeelhouders, of een commissie van aandeelhouders kan worden ingeroepen, wordt in de literatuur niet eenduidig beantwoord. Met Winter ben ik van mening dat het artikel niet de ruimte biedt om ook de individuele aandeelhouder een recht op informatie te verlenen,³²⁵ hoewel een ter vergadering gevraagd verzoek in de praktijk wel tot deze uitkomst zal leiden.³²⁶ Op grond van artikel 2:8 BW zouden individuele aandeelhouders in specifieke gevallen in ieder geval een recht op informatie kunnen hebben.³²⁷

Een belangrijk controle-instrument voor de aandeelhoudersvergadering is voorts de vaststelling van de jaarrekening.³²⁸ Sinds de wijziging van de structuurregeling in 2004 ligt deze bevoegdheid ook bij de structuurvennootschap bij de aandeelhoudersvergadering en niet meer bij de raad van commissarissen.³²⁹

Ontbinding

322 Zie het rapport 'Publieke belangen en aandeelhouderschap' aangeboden aan de Tweede Kamer bij de brief van 24 augustus 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165, nr. 46, p. 18.

323 Zie rapporten van de Wereldbank, World Bank, *Bureaucrats in Business*, London 1995 en S. Kikeri, A.F. Kolo, *Privatization: trends and recent developments*. World Bank Policy Research Working Paper 3765, London: november 2005. Zie tevens: W.L. Megginson en J.M. Netter, 'From State To Market: A Survey Of Empirical Studies on Privatization', *Journal of Economic Literature* 2001/39, p. 321-389.

324 De verlangde inlichtingen kunnen alleen worden geweigerd indien het verzoek strijdig is met de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW of op grond van art. 2:107 lid 2 BW wanneer een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daar tegen verzet.

325 Zie P. van Schilfgaarde, bewerkt door J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 64.

326 Vergelijk zoals overeenstemmend met art. 9 van Richtlijn 2007/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen, *PbEU* 2007, L 184/17, art. 2:107 lid 2 BW op grond waarvan aandeelhouders het recht hebben om vragen te stellen.

327 Zie P. van Schilfgaarde, bewerkt door J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 64.

328 Zie art. 2:101 lid 3 BW.

329 Volgens de Memorie van Toelichting wordt met deze wijziging het advies van de Sociaal-Economische Raad gevolgd. Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 5, p. 2 (Nota).

De aandeelhoudersvergadering is wettelijk bevoegd de besluiten te nemen met betrekking tot voor de vennootschap wezenlijke veranderingen. Hierbij kan worden gedacht aan het besluit tot ontbinding van de vennootschap,³³⁰ maar ook besluiten tot omzetting, fusie en splitsing behoren tot de bevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering.³³¹ Voor de overheidsonderneming is het essentieel dat de overheid de mogelijkheid behoudt om te voorkomen dat deze besluiten worden genomen zonder haar instemming. Hiertoe zullen de statuten een zodanig quorum moeten stellen – gekoppeld aan een versterkte meerderheidseis – dat inspraak door de overheid verzekerd is, al dan niet in combinatie met de door de overheid vereiste goedkeuring bij een ontbindingsbesluit. Afstemming tussen de overheidsaandeelhouders onderling is hiervoor een vereiste.³³²

Bevoegdheden van de diverse typen van aandeelhouders

De grootst mogelijke invloed heeft de aandeelhouder met een 100% belang.³³³ De meerderheidsaandeelhouder kan de macht in de aandeelhoudersvergadering in beginsel volledig naar wens uitoefenen. Deze is daarbij gebonden aan de in de statuten opgenomen doelstelling en het belang van de vennootschap zoals in de paragrafen hierboven reeds is beschreven. Bovendien is de meerderheidsaandeelhouder gebonden aan de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW en zal hij bij zijn handelen rekenschap moeten geven aan andere bij de vennootschap betrokken partijen.³³⁴

Uit cijfers van het ministerie van Financiën blijkt dat de overheid in 15 vennootschappen een 100% belang bezit.³³⁵ Indien de overheid alle aandelen in een bepaalde vennootschap bezit, betekent dit dat de overheid in beginsel – althans voor zover het structuurregime niet (volledig) van toepassing is – de volledige controle heeft ten aanzien van de in de vorige paragraaf genoemde bevoegdheden van de algemene vergadering. Zo kan zij de bestuurders en commissarissen benoemen en besluiten de statuten, met inbegrip van de doelomschrijving, te wijzigen.³³⁶ Overigens lijkt de autonomie van het bestuur van de overheidsonderneming steeds buiten kijf te staan: ook in geval van

330 Zie art. 2:19 BW.

331 Zie respectievelijk art. 2:18 BW, art. 2:330 BW en art. 2:334ee BW. Voor omzetting geldt op grond van art. 2:18 lid 2 BW dat een besluit met ten minste negen tienden van de uitgebrachte stemmen moet zijn genomen.

332 Zie over de verhouding tussen de verschillende overheden paragraaf 5.2.3.

333 Dit is slechts anders indien een vergadering van prioriteitsaandeelhouders binnen de vennootschap bestaat.

334 Over de invulling van het begrip redelijkheid en billijkheid wanneer er sprake is van een overheidsorgaan dat de aandelen houdt, zie hoofdstuk 3.

335 Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 13.

336 Afwijkingen vanwege het van toepassing zijn van structuurregime daargelaten; deze worden behandeld in paragraaf 5.3.

een 100%-aandeel van de overheid in een bepaalde vennootschap is geen sprake van directe ondergeschiktheid van het bestuur aan de overheid.³³⁷ Van een aanzienlijke invloed op de algemene lijnen van het te voeren beleid binnen de vennootschap is de overheid wel verzekerd.

Maar ook wanneer de overheid niet alle aandelen bezit kan zij, zolang het belang groter is dan 50%, in beginsel de dienst uitmaken binnen de algemene aandeelhoudersvergadering.³³⁸ Hierop moeten wel enige nuanceringen worden gemaakt. In de eerste plaats kan op grond van de wet voor bepaalde besluiten een grotere dan algemene meerderheid vereist zijn.³³⁹ Ook kunnen de statuten bepalen dat voor bepaalde besluiten een grotere dan gewone meerderheid is vereist. Het kan dus voorkomen dat de overheid, als meerderheidsaandeelhouder, bij het nemen van bepaalde besluiten afhankelijk is van andere aandeelhouders.³⁴⁰ De tweede nuancering die gemaakt dient te worden met betrekking tot de doorslaggevende positie van de overheid als meerderheidsaandeelhouder, ziet op de rechten die minderheidsaandeelhouders met een bepaalde positie bezitten.³⁴¹ Deze rechten komen ook de overheid – indien deze minderheidsaandeelhouder is – toe, en zullen hieronder aan de orde komen. Wanneer de minderheidsaandeelhouders minder dan 5% van de aandelen houden,³⁴² en het door de overheid geplaatste kapitaal meer

337 Juist deze onafhankelijkheid is reden geweest om tot de vennootschapsvorm te komen. Zie reeds D. Simons, 'De rechtsvormen van de overheidsonderneming', *WPNR* 1970/5067, p. 69-73.

338 Zie art. 2:120 lid 1 BW.

339 Zo is op grond van art. 2:18 lid 2 BW het besluit tot omzetting van de vennootschap alleen te nemen met ten minste negen tienden van de uitgebrachte stemmen. Overigens zal de eis van negen tienden in de praktijk bij een overheidsonderneming niet snel spelen. Wanneer wordt besloten een vennootschap om te zetten in een andere rechtspersoon, vervalt op grond van art. 2:18 lid 3 BW de eis van negen tienden wanneer het een omzetting betreft van een besloten vennootschap in een naamloze vennootschap of omgekeerd. Andere afwijkingen van besluitvorming bij volstreekte meerderheid zijn te vinden in art. 2:96a lid 7 BW, art. 2:99 lid 5 en 6 BW en art. 2:330 lid 1 BW, overigens alleen in deze gevallen voor zover minder dan de helft van het geplaatst kapitaal in de vergadering is vertegenwoordigd.

340 Zie art. 2:120 lid 1 BW. Zie in dit kader bijvoorbeeld art. 42.1 van de statuten van Havenbedrijf Rotterdam NV met betrekking tot het besluit tot juridische fusie, juridische splitsing, statutenwijziging en ontbinding. Deze besluiten kunnen slechts worden genomen met drie vierde van de stemmen in een algemene vergadering waar ten minste drie vierde van het geplaatst kapitaal is vertegenwoordigd. Zie voor de statuten geldend per 3 juli 2012, de website www.portofrotterdam.com.

341 Zo kunnen de aandeelhouders die ten minste een derde van het geplaatst kapitaal verschaffen, besluiten tot vordering tot overdracht van de aandelen in het kader van de geschillenregeling indien zij achten dat gedragingen van de overheid het belang van de vennootschap schaden en dat voortduren van het overheidsaandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld. Zie art. 2:336 lid 1 BW.

342 Op grond van de Wet op het financieel toezicht zijn aandeelhouders sinds 31 december 2008 verplicht een verworven belang in de vennootschap te melden wanneer bepaalde drempelwaarden worden bereikt. Zie de artikelen 5:33 tot en met 5:52 Wft en in het bijzonder art. 5:38 lid 3 Wft.

dan 95% bedraagt, bestaat voor de meerderheidsaandeelhouder de mogelijkheid om deze minderheidsaandeelhouder(s) zonder medewerking uit te kopen.³⁴³

Bij een belang van 50% of minder is de overheid als aandeelhouder de overwegende invloed in de aandeelhoudersvergadering kwijt. Zolang de overheid echter precies de helft van de aandelen in de vennootschap houdt, is voor het nemen van besluiten nog steeds haar instemming noodzakelijk; het zelfstandig doorvoeren van besluiten in de aandeelhoudersvergadering is logischerwijs echter niet meer mogelijk.³⁴⁴ Ook met een minderheidsbelang kan de overheid een aanzienlijke invloed op de besluitvorming binnen de algemene aandeelhoudersvergadering houden. Hierbij kan worden gedacht aan de hierboven genoemde besluiten die op grond van de wet of de statuten aan een grotere dan volstreekte meerderheid zijn onderworpen, waardoor de overheid bepaalde in de statuten genoemde besluiten kan frustreren.³⁴⁵ Ook de mogelijkheid om een uitstotingsprocedure te starten tegen de meerderheidsaandeelhouder kan mijns inziens van groot belang voor de overheid zijn, wanneer die geconfronteerd wordt met een (private) meerderheidsaandeelhouder die niet conform de statutaire 'publieke' doelstelling handelt.³⁴⁶ Hiervoor is wel vereist dat in ieder geval een derde deel van het geplaatst kapitaal in handen is van de overheid.

Ook wanneer de overheid in het bezit is van een tiende of meer van het aandelenkapitaal levert haar dit een belangrijk recht op. Op grond van artikel 2:110 BW kan zij dan de voorzieningenrechter verzoeken om gemachtigd te worden tot het bijeenroepen van een aandeelhoudersvergadering.³⁴⁷ Bovendien kan de overheid in dit geval op grond van artikel 2:346 BW een verzoek

343 Zie de uitkoopregeling van art. 2:201a BW. Slechts in uitzonderlijke gevallen zal een minderheidsaandeelhouder zich kunnen verzetten tegen uitkoop. Zie bijvoorbeeld art. 2:201a lid 4 BW en nader P. van Schilfgaarde, bewerkt door J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 130.

344 Zie het rapport 'Publieke belangen en aandeelhouderschap' aangeboden aan de Tweede Kamer bij de brief van 24 augustus 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165, nr. 46, p. 61, waar wordt gesproken over *negative controle*.

345 Voor bepaalde besluiten zouden de statuten eenstemmigheid kunnen eisen, waardoor de overheid aan slechts één aandeel voldoende heeft om deze besluiten te controleren. In de statuten zal echter uitdrukkelijk moeten zijn opgenomen welke besluiten dit zijn, met als consequentie dat ook andere aandeelhouders belangrijke besluitvorming kunnen frustreren.

346 De uitstotingsregeling heeft zijn beslag gekregen in de artikelen 2:336 tot en met 2:341 BW en is alleen van toepassing op de besloten vennootschap en de 'besloten' naamloze vennootschap. Zie P. van Schilfgaarde, bewerkt door J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 114.

347 De agenda van die vergadering kan ook worden vastgesteld door de desbetreffende aandeelhouder(s).

tot enquête indienen.³⁴⁸ Reeds wanneer de overheid in het bezit is van één procent van het geplaatst kapitaal, kan de overheid onderwerpen op de agenda van de aandeelhoudersvergadering plaatsen.³⁴⁹ Als de grens van één procent niet wordt gehaald, zijn geen specifieke wettelijke relevante bepalingen van toepassing, maar wel geldt mijns inziens de algemene regel dat de overige bij de onderneming betrokken organen zich ten opzichte van deze minderheidsaandeelhouder steeds redelijk moeten gedragen op grond van artikel 2:8 BW.³⁵⁰

Bijzondere aandelen

Op grond van artikel 2:92 lid 1 BW bestaat de mogelijkheid om in de statuten verschillende soorten aandelen te creëren. Aan deze aandelen kunnen verschillende rechten zijn verbonden. In bepaalde gevallen³⁵¹ is een zogenaamd 'bijzonder' aandeel aan de Staat toegekend. Aan de houder, *in casu* de overheid, van een bijzonder aandeel zijn in het algemeen bepaalde rechten met betrekking tot de winstuitkering en de zeggenschap toegekend. De mogelijkheid tot de creatie van deze aandelen wordt geboden in artikel 2:92 lid 3 BW:

'De statuten kunnen bepalen dat aan aandelen van een bepaalde soort bijzondere rechten als in de statuten omschreven inzake de zeggenschap in de vennootschap zijn verbonden.'

De mededingingsrechtelijke problematiek rondom deze 'bijzondere' aandelen, die ook wel '*golden shares*' worden genoemd, komt in hoofdstuk 5 aan de orde in het kader van op dit gebied door het HvJ EG gewezen jurisprudentie. Hier merk ik slechts op dat de overheid veel gebruik heeft gemaakt van *golden shares* om aldus invloed te kunnen blijven houden in bepaalde ondernemingen. In de door het HvJ EG gewezen jurisprudentie lijkt de ruimte voor het gebruik van *golden shares* steeds beperkter te worden, maar zowel voor- als tegenstanders van de *golden shares* vinden in deze jurisprudentie aanknopingspunten voor hun standpunten.³⁵²

Hoewel aan het gebruik van bijzondere aandelen (mededingingsrechtelijke) nadelen kleven, vormen ze mijns inziens in bepaalde gevallen een waardevolle aanvulling op de bevoegdheden van de overheid als (minderheids)overheidsaandeelhouder. Echter ook zonder bijzondere aandelen uit te geven, hebben

348 Overigens is de minister niet snel voornemens een dergelijke ingrijpende procedure te starten zoals bleek na de overname van SNS NV.

349 Zie art. 2:114a BW. Bij beursgenoteerde naamloze vennootschappen is een belang dat een waarde vertegenwoordigd van 50 miljoen euro voldoende.

350 Anders zie W.J. Slagter, 'De metamorfose van de aandeelhouder', *NJB* 2012/29, p. 2036-2039.

351 Het betreft dan met name gevallen waarin de overheid voornemens is om over te gaan tot de verkoop van een meerderheidsbelang in een vennootschap. Alvorens tot deze verkoop over te gaan, wordt een dergelijk bijzonder aandeel gecreëerd.

352 Zie G.J. Vossestein, 'Gouden aandelen', *WPNR* 2002/6512, p. 807-812.

minderheidsaandeelhouders, op grond van de wet, en zeker wanneer in de statuten bijzondere voorzieningen zijn getroffen, reeds substantiële mogelijkheden om zich te laten informeren en besluitvorming te beïnvloeden. Deze mogelijkheden komen echter niet alleen de overheid toe, maar bestaan voor een ieder die aandeelhouder is.³⁵³

Aandeelhoudersovereenkomsten

Buiten de hierboven besproken vennootschapsrechtelijke bevoegdheden van aandeelhouders, staat het de aandeelhouders in beginsel vrij onderling overeenkomsten te sluiten. In de praktijk worden dergelijke aandeelhoudersovereenkomsten buiten de statuten geregeld. Hier kunnen verschillende redenen aan ten grondslag liggen. Denkbaar is dat de gewenste detaillering of flexibiliteit niet door middel van statuten bereikt kan worden. Ook kan het zo zijn dat bepaalde afspraken vanwege hun commerciële gevoeligheid niet voor opname in de te publiceren statuten in aanmerking komen.

Er zijn veel zaken denkbaar waarover de aandeelhouders zaken kunnen vastleggen in een overeenkomst.³⁵⁴ De vraag is gerezen of overeenkomsten aangaande stemgedrag geldig kunnen zijn. In de literatuur heeft in de jaren veertig van de twintigste eeuw een fel debat plaatsgevonden over deze vraag. Onder de voorstanders van de geldigheid van stemovereenkomsten bevond zich Kamphuisen. Hij scheef dat wanneer stemovereenkomsten ongeldig zouden zijn:

‘...dit een diepe breuk zou betekenen met de realiteit van het rechtsleven, dat immers dergelijke overeenkomsten herhaaldelijk en in verschillende vormen aan de dag brengt.’

Hij stelt dat de goede trouw meebrengt dat de aandeelhouders stem uitbrengen zoals *eigen* redelijk inzicht in het belang van de vennootschap bepaalt.³⁵⁵ Rechtspraak omtrent het verschijnsel stemovereenkomsten is zeldzaam.³⁵⁶

353 Natuurlijk zijn deze aandeelhouders steeds gebonden aan art. 2:8 BW.

354 Een voorbeeld is de winstverdeling. Zie over de vraag of een dergelijke overeenkomst geldig is H.J. Portengen en K.E. Groot, ‘Winstverdeling krachtens overeenkomst’, *V&O* 2004/6, p. 102. Mits binnen de grenzen van art. 2:216 lid 8 BW moeten dergelijke afspraken en de daaruit voortvloeiende besluiten volgens auteurs geldig worden beschouwd.

355 Zie voor een overzicht van de ontwikkeling van de stemovereenkomsten, P.J. Dortmond, *Stemovereenkomsten rondom de eeuwwisseling*, Deventer: Kluwer 1999, p. 1 e.v.

356 Zie Hof Arnhem, 8 maart 1927, *NJ* 1927, p. 1250 (*Caderius van Veen*). Op 8 maart 1927 had het hof van Arnhem arrest gewezen in een zaak betreffende twee bestuurders van een vennootschap, die tevens elkaars broer waren. Door een voortdurend conflict tussen de beide broers was de bank niet meer bereid om krediet aan de vennootschap te verschaffen, althans slechts onder voorwaarde dat buitenstaanders in de raad van commissarissen zouden plaatsnemen om de problemen van de broers te kunnen beteugelen. Hiertoe werd een stemovereenkomst gesloten met de volgende inhoud: gedurende 5 jaren zouden de aandeelhouders geen besluit tot ontslag van de commissarissen nemen en slechts met toestemming van de raad van commissarissen een besluit tot ontslag van een directeur.

Het is dan ook de vraag in hoeverre derden van de werking van dergelijke overeenkomsten mogen uitgaan. Een zekere zogenaamde ‘vennootschapsrechtelijke werking’ lijkt – zoals Van Schilfgaarde stelt – onontkoombaar,³⁵⁷ maar Van Schilfgaarde tekent daarbij aan dat in de literatuur geluiden hoorbaar zijn dat de aandeelhoudersovereenkomsten, met het oog op de geldende institutionele leer geen onbeperkte gelding kunnen hebben.³⁵⁸ Als instrument voor de overheid als aandeelhouder in een overheidsonderneming lijkt de stemovereenkomst vanwege het niet dwingende karakter en de onzekerheid vanwege de vraag of afdwingbaarheid in alle gevallen mogelijk is, een minder geschikt instrument. Als instrument om bijvoorbeeld de lange termijn visie van de desbetreffende onderneming tussen de verschillende decentrale overheden – mede-aandeelhouders – vast te leggen, zijn deze overeenkomsten mijns inziens op zich een nuttig instrument, zij het dat deze overeenkomsten op grond van de hierboven geplaatste kanttekeningen niet de zekerheid bieden dat het gewenste doel onder alle omstandigheden wordt bereikt. Ook in de afstemming tussen de visie van de Rijksoverheid en decentrale overheden kunnen aandeelhoudersovereenkomsten uitkomst bieden, hoewel dergelijke overeenkomsten gezien het recht tot spontane vernietiging van besluiten van decentrale overheden wellicht overbodig zijn. Over de positie van de Staat ten opzichte van decentrale overheden hieronder meer.

5.2.3 *Banken een publiek belang? Wet Stichting administratiekantoor beheer financiële instellingen*

In hoofdstuk 1 is reeds aan de orde gekomen dat de precieze definitie van publieke belangen sterk afhankelijk is van op dat moment bestaande maatschappelijke en politieke opvattingen. Een mooie illustratie van de moeite die de politiek heeft met het definieren van dergelijke publieke belangen, is te vinden ten aanzien van het expliciet aanwijzen van (een deel van) het bankwezen – of een financiële instelling in het bijzonder – als een publiek belang.

Het hof oordeelde dat het prijsgeven van die fundamentele rechten door de aandeelhouders als in strijd met de wet en de openbare orde moest worden beschouwd. De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat het aangaan van een stemovereenkomst in beginsel niet ongeoorloofd is. Zie HR 30 juni 1944, *NJ* 1944, nr. 465. Een overeenkomst waarbij een aandeelhouder zich verplicht zijn stem in een bepaalde richting uit te brengen, is op zich zelf niet in strijd met de wet of de goede zeden en dus in beginsel niet ongeoorloofd. In gelijke zin met betrekking tot het houden van voorvergaderovereenkomsten. Zie HR 13 november 1959, *NJ* 1960, 472 (*Distilleerderij Melchers*) waarin hij overwoog dat voorvergaderovereenkomsten niet ongeoorloofd zijn. Dat de aandeelhouders op de vergadering niet meer op een ander standpunt te brengen zijn doet daar niet aan af: de aandeelhouders zijn namelijk ook niet verplicht te verschijnen op de vergadering en kunnen ook bij volmacht stemmen.

³⁵⁷ Zie P. van Schilfgaarde, ‘Statuten zonder bezwaar’, *WPNR* 2002/6503, p. 639.

³⁵⁸ Zie bijvoorbeeld W. Bosse, J.D. Schoonbrood, H.J. Breeman, J.A.M. ten Berg, *Statuten zonder bezwaar*, Preadvies KNB 11 oktober 2002. Anders J.M. Blanco Fernández, ‘Vennootschappelijke werking van stemovereenkomsten’, *Ondernemingsrecht* 1999/6, p. 148.

In Nederland bestaat een traditie om het beheer van deelnemingen onder de rechtstreekse verantwoordelijkheid van een minister te plaatsen, zonder daar een tussenfiguur als het administratiekantoor tussen te plaatsen. Recent is besloten hier een (tijdelijke) uitzondering op te maken met de oprichting van een stichting administratiekantoor voor het beheer van de staatsdeelnemingen in enkele financiële instellingen (NLFI).³⁵⁹ Gekozen is voor deze constructie 'omdat de minister van Financiën sinds het uitbreken van de kredietcrisis te maken heeft met potentieel tegenstrijdige verantwoordelijkheden op het terrein van de financiële markten. Daarbij gaat het enerzijds om de verantwoordelijkheid als aandeelhouder in enkele financiële instellingen en anderzijds om de beleidsverantwoordelijkheid voor de financiële markten als geheel.'³⁶⁰ Bovendien wordt zo de tijdelijkheid van het aandeelhouderschap benadrukt. Aldus stelt de minister van Financiën:

'Met de oprichting van de stichting en certificering van de aandelen wordt verder onderstreept dat de Staat geen aandeelhouder wil blijven in de desbetreffende financiële instellingen. Daarmee draagt de oprichting van de stichting bij aan de uitvoering van een geloofwaardige exitstrategie voor deze deelnemingen'.³⁶¹

Ondanks de wens om de financiële instellingen op afstand te plaatsen van de minister door middel van de oprichting van een stichting administratiekantoor en de certificering van aandelen, om aldus ongewenste politieke beïnvloeding te voorkomen, is uitdrukkelijk gekozen voor de oprichting van een rechtspersoon met een wettelijke taak. Nu conform artikel 91 lid 1 sub d van de Comptabiliteitswet 2001 de rechtspersoon met wettelijke taak is opgericht en daartoe wordt bekostigd uit de opbrengst van de krachtens Wet stichting administratiekantoor beheer financiële instellingen ingestelde heffing, krijgt de Algemene Rekenkamer uitgebreide controlerende bevoegdheden,³⁶² welke mijns inziens ingrijpendere kunnen zijn dan wanneer de Staat rechtstreeks aandeelhouder was geweest in een rechtspersoon zonder wettelijke taak.³⁶³

359 Zie de Wet stichting administratiekantoor beheer financiële instellingen, *Kamerstukken II* 2011/12, 32 613, nr. 3, p. 1 (MvT).

360 Zie de Wet stichting administratiekantoor beheer financiële instellingen, in werking getreden op 15 juni 2011, *Stb.* 2011, 282, *Kamerstukken II* 2011/12, 32 613, nr. 3, p. 1 en p. 8 van Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 (herziene versie), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 145 en Asser/Rensen, 2012 (2-III*) *Overige Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 307.

361 Zie de Wet stichting administratiekantoor beheer financiële instellingen, *Kamerstukken II* 2011/12, 32 613, nr. 3, p. 2.

362 Zie de memorie van toelichting bij de Wet stichting administratiekantoor beheer financiële instellingen, *Kamerstukken II* 2011/12, 32 613, nr. 3, p. 7 (MvT).

363 Op grond van art. 8 van de Wet stichting administratiekantoor beheer financiële instellingen worden de door deze stichting uitgegeven certificaten gelijkgesteld met aandelen zodat op grond van art. 91 lid 1 sub a Comptabiliteitswet 2001 de Algemene Rekenkamer haar bevoegdheden ten aanzien van ABN Amro Group NV en ASR Nederland NV haar bevoegdheden houdt. Zie de memorie van toelichting bij de Wet stichting administratiekantoor

Voor de regeling van de verhouding van de minister van Financiën jegens de stichting wordt – ook al is de stichting geen bestuursorgaan – bij de inrichting van een groot aantal van de statutaire bepalingen aangesloten bij regels uit de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Zo behoeft het besluit tot vaststelling van de begroting de goedkeuring van de minister van Financiën en wordt aldus het publieke belang dat blijkbaar met het bankwezen gepaard gaat, wederom in sterkere mate behartigd.³⁶⁴

De overheid zelf ziet de vennootschappen waarin zij voorheen tijdelijke staatsdeelnemingen had³⁶⁵ – te weten de deelnemingen in ABN AMRO en ASR Nederland – niet meer als staatsdeelnemingen³⁶⁶ omdat de NLFI tussen de minister van Financiën (die toezicht houdt op de NLFI) en de vennootschappen is geplaatst. Wat betreft deze constructie wil ik het volgende opmerken. Allereerst is voor de afbakening van dit onderzoek gekozen om aandacht te besteden aan de vennootschapsrechtelijke inrichting van ondernemingen waarin de overheid permanent overwegende invloed uitoefent omdat de politiek dit ten behoeve van de behartiging van specifieke publieke belangen vergt. De bedoeling van de overheid ten aanzien van de duur van haar invloed is dus van belang bij het kwalificeren als overheidsonderneming. Er dient een bepaalde duurzaamheid in de bedoelde overwegende overheidsinvloed te bestaan. Indien de overheid niet langer of geen invloed in deze vennootschappen wenst uit te oefenen, zijn deze mijns inziens niet als overheidsondernemingen te beschouwen.

Echter, het is de vraag of de vennootschappen die worden beheerd door de NLFI middels deze constructie alleen ontkomen aan het predikaat overheidsonderneming. Volgens mijn definitie kan een overheidsonderneming wel degelijk via een dergelijke constructie bestaan. Medebepalend is of de overheid via de stichting overwegende invloed heeft en of zij deze wenst te behouden zodat de invloed een duurzaam karakter heeft. Dan is mijns inziens namelijk sprake van een staatsdeelneming en zelfs een overheidsonderneming. Het lijkt er vanwege de benoemingsrechten van de minister van alle bestuursleden van het NLFI op,³⁶⁷ dat de overheid wel degelijk, zij het indirect, overwegende

beheer financiële instellingen, *Kamerstukken II* 2011/12, 32 613, nr. 3, p. 7 (MvT).

³⁶⁴ Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 613, nr. 3, p. 7.

³⁶⁵ Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 13. In het Jaarverslag van 2012 wordt de categorie ‘tijdelijke deelnemingen in financiële instellingen als gevolg van tijdens de financiële crisis getroffen maatregelen’ niet meer afzonderlijk genoemd. Zie p. 8 van Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 (herziene versie), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 145.

³⁶⁶ Zie p. 8 van Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 (herziene versie), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 145.

³⁶⁷ Zie art. 13 van de Oprichtingsakte van het NLFI, te raadplegen via <http://www.nlfi.nl/dynamic/media/43/documents/Statuten25-10-2012.pdf>.

invloed dan wel controle wenst te behouden door het toezicht van de minister van Financiën op NLFI.³⁶⁸ Door deze benoemings- en ontslagrechten is mijns inziens de afstand die met de tussenplaatsing van deze stichting ten opzichte van 'de politiek' is beoogd, zeer betrekkelijk, althans niet wezenlijk groter dan wanneer de overheid direct aandeelhouder is.

5.2.4 De Rijksoverheid versus andere aandeelhouders

Voor de beantwoording van de vraag hoe de hierboven beschreven bevoegdheden van de aandeelhouder door de overheid aangewend kunnen worden is relevant wie namens de overheid aandelen bezit. Doordat het overheidsaandeelhouderschap binnen verschillende deelnemingen niet alleen bij de Staat, maar ook bij andere – zowel publieke als private – aandeelhouders kan liggen, is de verhouding tussen deze verschillende aandeelhouders in de aandeelhoudersvergadering relevant. Hier speelt de in hoofdstuk 3 besproken verhouding tussen privaat- en publiekrecht een grote rol.

Verhouding tot private medeaandeelhouders

In beginsel geldt voor de verschillende aandeelhouders dat hun rechtspositie en onderlinge verhouding worden ingevuld door de wet – in het bijzonder Boek 2 BW – de statuten van de desbetreffende vennootschap, de reglementen en de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW.³⁶⁹ Ook de overheid als aandeelhouder is in beginsel aan dit vennootschappelijk kader gebonden. Binnen dit kader heeft het publiek belang binnen de overheidsonderneming een bijzondere positie. Met name wanneer in de doelstelling expliciet wordt verwezen naar een dergelijk belang, zal dat mijns inziens van invloed zijn op de onderlinge verhouding tussen aandeelhouders. Hiertoe is een afstemming van de statuten van de vennootschap op de behartiging van het publiek belang noodzakelijk. Deze afstemming kan alleen plaatsvinden wanneer de overheid nog in de gelegenheid is invloed uit te oefenen op de wijziging van de statuten en derhalve op de statutaire doelstelling. Bovendien zal wijziging van de statuten – in het bijzonder wanneer het voor de behartiging van het algemeen belang wezenlijke punten betreft – aan voorwaarden moeten worden gekoppeld. Zo wordt voorkomen dat private aandeelhouders – wanneer zij (in de toekomst) een meerderheid in de overheidsonderneming houden – zonder meer kunnen overgaan tot wijziging van de statuten op deze punten. In het verleden is hier bij verkoop van overheidsbelangen mijns inziens te weinig rekening mee gehouden. De nadruk bij de inrichting van de statuten is steeds

368 Zie p. 8 van Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 (herziene versie), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 145.

369 De aandeelhoudersgelijkheid uit art. 2:92 BW is te beschouwen als een *lex specialis* van de redelijkheid en billijkheid zoals neergelegd in art. 2:8 BW. Anders: zie W.J. Slagter, 'De metamorfose van de aandeelhouder', *NJB* 2012/29, p. 2036-2039.

te veel gelegd op een bedrijfsmatige en zoveel mogelijk zakelijke invulling.³⁷⁰ Hierdoor zal het publiek belang bij de beantwoording van de vraag hoe de redelijkheid en billijkheid moet worden ingevuld, een kleinere, tot in het geheel geen, rol spelen. Inmiddels wordt weliswaar erkend dat de overheid als aandeelhouder een aanvulende rol kan spelen om het publiek belang te behartigen.

Verhouding tot publieke medeaandeelhouders: provincies, gemeenten en waterschappen Zoals reeds in hoofdstuk 1 is beschreven, is het begrip 'overheid' zeer ruim. Er kan onderscheid gemaakt worden tussen Rijksoverheid en decentrale overheden zoals gemeenten en provincies. Ieder van deze overheden streeft een eigen belang na met hun in de desbetreffende vennootschap genomen deelneming.³⁷¹ Idealiter zullen de belangen van de verschillende overheden parallel lopen. Uitoefening van aandeelhoudersrechten leveren alsdan geen problemen op. Door de grote verscheidenheid aan overheidsaandeelhouders is een botsing tussen belangen echter niet ondenkbaar. Zo werd het aanhouden van aandelen in de naamloze vennootschap Luchthaven Texel NV door zowel de provincie Noord-Holland³⁷² als door de Rijksoverheid³⁷³ niet gezien als zijnde in het publiek belang. De gemeente Texel nam in deze echter een afwijkend standpunt in en heeft een aanzienlijk deel van de aandelen in de vennootschap overgenomen.

De consequentie van de verdeeldheid van de verschillende overheidsaandeelhouders of moeilijk onderling te coördineren beleidsvorming, is dat de positie van het bestuur van de overheidsonderneming in beginsel sterker wordt.³⁷⁴

Het aantal deelnemingen dat gemeenten hebben is aanzienlijk.³⁷⁵ Het is niet goed mogelijk om een exact beeld te krijgen van de omvang van het aantal

370 Vergelijk H.P.A. Knops, *A Functional Legal Design for Reliable Electricity Supply. How technology affects law*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2008.

371 Zelfs op een afzonderlijk overheidsniveau zijn verschillende belangen aan te wijzen die tot uitdrukking moeten komen in het aangehouden aandeel. Het beheer van de meeste Rijksdeelnemingen is neergelegd bij het ministerie van Financiën. Ondanks mogelijk overleg met het vakdepartement, zal de stem van het ministerie van Financiën in die gevallen de doorslaggevende zijn.

372 Zie *Jaarstukken 2005 Provincie Noord-Holland, Programmarekening en bijlagen*, p. 44.

373 Zie *Kamerstukken II 2007/08*, 28 165, nr. 85 (Brief), onder verwijzing naar het in 1997 vastgestelde beleid ten aanzien van regionale luchthavens in de nota RELUS, zie *Kamerstukken II 1996/97*, 25 230, nr. 2.

374 Zie over de versterking van het *principal-agent* probleem zoals besproken in par. 2.3 van dit hoofdstuk, doordat de aandeelhouders soms verschillende belangen nastreven het rapport 'Publieke belangen en aandeelhouderschap' aangeboden aan de Tweede Kamer bij de brief van 24 augustus 2006, *Kamerstukken II 2005/06*, 28 165, nr. 46, p. 18.

375 Over het algemeen hebben de grotere gemeenten zo rond de 10 deelnemingen. De gemeente Rotterdam en de gemeente Amsterdam hebben met 20 respectievelijk 40 een relatief omvangrijk pakket deelnemingen.

deelnemingen van de decentrale overheden.³⁷⁶ En vanuit de VNG wordt de Wet Gemeenschappelijke Regelingen aanbevolen waardoor kaderregelgeving met betrekking tot deelnemingen minder voor de hand ligt.³⁷⁷ Voor gemeenten en provincies geldt dat zij in het jaarverslag een paragraaf 'verbonden partijen' dienen op te nemen waarin gegevens over de deelnemingen van de provincie wordt vermeld.³⁷⁸ Onder 'verbonden partij' wordt op grond van artikel 1 Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten verstaan een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke organisatie waarin de provincie onderscheidenlijk gemeente een bestuurlijk *en* een financieel belang heeft. Deelnemingen waar een provincie louter een financieel belang, of louter een bestuurlijk belang heeft, vallen derhalve buiten de definitie van verbonden partijen.³⁷⁹ Derhalve blijft er enige onduidelijkheid bestaan met betrekking tot de bestaande deelnemingen van deze decentrale overheden.

Ook in de verhouding tussen de verschillende overheidsaandeelhouders onderling is mijns inziens in de eerste plaats het in Boek 2 BW neergelegde wettelijke kader van belang. De verschillende overheden kunnen hun belangen als aandeelhouder behartigen zolang zij binnen het kader van de wet, de statuten en de redelijkheid en billijkheid blijven. Dat decentrale overheden een eigen belang kunnen nastreven, hangt samen met het feit dat Nederland een *gedecentraliseerde* eenheidsstaat is, waardoor bepaalde bevoegdheden aan gedecentraliseerde organen, zoals gemeenten en provincies worden overgedragen. Verticale invloeduitoefening zoals interbestuurlijke controle is nodig om de eenheid te bewaren in de besluitvorming van verschillende bestuurslagen. Interbestuurlijk toezicht houdt in dat bepaalde besluiten van decentrale over-

376 In het rapport publieke belangen en aandeelhouderschap wordt in relatie hiermee gesteld: 'Het blijkt moeilijk een totaalbeeld te vormen van het deelnemingenportfolio en -beleid van de decentrale overheden. Overkoepelende organisaties als VNG en IPO blijken bruikbare bronnen voor het kunnen leggen van contacten op het niveau van decentrale overheden, maar de informatie die van daaruit wordt aangereikt is in vele gevallen beperkt en slecht vergelijkbaar. (...) De hoop bestaat dat op basis van contacten zoals het recent door het ministerie van Financiën i.s.m. VNG en IPO gestarte platform voor overleg over bestuurdersbezoldiging, tussen (overheids)aandeelhouders in energiebedrijven, op termijn een completer beeld en wellicht een meer afgestemd deelnemingenbeleid op overheidsniveau ontstaat'. Zie het rapport 'Publieke belangen en aandeelhouderschap' aangeboden aan de Tweede Kamer bij de brief van 24 augustus 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165, nr. 46, p. 31.

377 Zie Factsheet Intergemeentelijke samenwerking (Wgr), september 2009, te raadplegen op www.vng.nl/.../2009%20VNG_factsheet%20Intergem-samenwerking.pdf. Samenwerking met private partijen kan ook op grond van de WGR, maar is gezien de voorwaarden op grond van de WGR niet eenvoudig.

378 Deze verplichting is neergelegd in het Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten (BBV). Art. 15 BBV bepaalt dat de paragraaf betreffende de verbonden partijen ten minste de visie op verbonden partijen in relatie tot de realisatie van de doelstellingen en de beleidsvoornemens omtrent verbonden partijen bevat.

379 Overigens worden deelnemingen waarin de provincie louter een financieel belang hebben over het algemeen wel genoemd in de paragraaf weerstandvermogen van de jaarbegroting.

heden door de Rijksoverheid kunnen worden vernietigd. Besluiten van gemeenten, provincies en waterschappen kunnen alleen aan voorafgaand toezicht worden onderworpen voor expliciet in de wet bepaalde gevallen.³⁸⁰ Wel is controle achteraf mogelijk doordat besluiten van decentrale overheden in bepaalde gevallen bij Koninklijk Besluit kunnen worden vernietigd. Het betreft het zogenaamde recht op spontane vernietiging.

Spontane vernietiging bij Koninklijk Besluit

Op grond van artikel 132 lid 4 GW bestaat de bevoegdheid voor de Kroon om besluiten van provincie- en gemeentebesturen te vernietigen.³⁸¹ Deze vernietigingsbevoegdheid kan op grond van de Algemene wet bestuursrecht slechts worden verleend bij de wet.³⁸² In artikel 268 Gemeentewet wordt hier voor besluiten van het gemeentebestuur uitwerking aan gegeven:

‘Een besluit dan wel een niet-schriftelijke beslissing gericht op enig rechtsgevolg van het gemeentebestuur kan bij koninklijk besluit worden vernietigd’.³⁸³

Het hier gehanteerde begrip ‘besluit’ is ruimer dan het in de Algemene wet bestuursrecht gedefinieerde begrip ‘besluit’. Het kan besluiten betreffen die betrekking hebben op publiekrechtelijke, dan wel privaatrechtelijke rechtshandelingen.³⁸⁴ Bovendien kunnen die besluiten betrekking hebben op feitelijke handelingen, intern of extern werkende besluiten of beleidsregels.³⁸⁵

Zie overigens Konijnenbelt en Van Male die stellen met betrekking tot het in artikel 160 Gem. Wet genoemde ‘besluit’ van het college van B en W tot het oprichten van en het deelnemen in private rechtspersonen (...) dat onderworpen is aan goedkeuring van gedeputeerde staten: ‘Het gaat hier om beslissingen die het college neemt als orgaan van de gemeente-rechtspersoon, beslissin-

380 Zie art. 132 lid 3 GW.

381 De vernietigingsmogelijkheid van besluiten van waterschappen en openbare lichamen is neergelegd in art. 133 lid 3 GW respectievelijk art. 134 lid 3 GW.

382 Zie art. 10:34 Awb.

383 Zie voor een vergelijkbare regeling voor de provinciebesturen art. 261 Provinciewet en afdeling 10.2.2 van de Awb met betrekking tot vernietiging van besluiten.

384 Zie art. 10:39 lid 1 Awb dat vernietiging van een besluit tot het verrichten van een privaatrechtelijke handeling na verstrijken van dertien weken onmogelijk maakt. Het wetsvoorstel Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten, sedert 23 september 2010 aanhangig bij de Eerste Kamer (*Kamerstukken I* 2010/11, 32 157, A) voegt aan het art. een lid 4 toe, luidende: Dit artikel is niet van toepassing indien vernietiging geschiedt wegens strijd met de bij of krachtens het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie of het Verdrag betreffende de Europese Unie op Nederland rustende verplichtingen. De termijn van dertien weken wordt als een belemmering gezien voor het verzekeren van de naleving van de Europees-rechtelijke verplichtingen die op Nederland als lidstaat van de EU rusten.

385 Zie A.H.M. Dölle en D.J. Elzinga, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 720.

gen waarvoor de grondslag ligt in Boek 2 BW; het zijn dan ook rechtshandelingen naar burgerlijk recht.³⁸⁶ In de voetnoot stellen de auteurs: 'Het kabinet had het dan ook bij het verkeerde eind toen het deze beslissingen 'publiekrechtelijke besluiten' noemde.' Maar mijns inziens zijn de besluiten om tot dergelijke rechtshandelingen naar burgerlijk recht te komen wel degelijk aan te merken als publiekrechtelijke besluiten.

Ook het voor dit onderzoek relevante besluit om te stemmen als aandeelhouder in de aandeelhoudersvergadering valt onder deze bevoegdheid tot vernietiging. De stem zelf is echter niet te vernietigen.³⁸⁷

Tot vernietiging op grond van artikel 132 lid 4 GW kan niet worden overgegaan wanneer er nog goedkeuring aan het desbetreffende besluit moet worden gegeven of er nog bezwaar of beroep tegen het besluit openstaat.³⁸⁸ Overigens kan op grond van artikel 10:35 Awb vernietiging alleen geschieden wegens strijd met het recht of het algemeen belang. Konijnenbelt en Van Male constateren dat door het gebruik van begrip 'algemeen belang' in theorie de sluizen open worden gezet, nu het tot vernietiging bevoegde orgaan kan redeneren dat er strijd is met zijn visie op het algemeen belang. Maar zo stellen ze: 'De wetgever heeft niettemin aangedurfd deze ruime vernietigingsgrond op te nemen omdat het sinds jaar en dag algemene rechtsopvatting is dat het spontane vernietigingsrecht slechts als *ultimum remedium* mag worden ingezet, als middel om besluiten tegen te houden die volgens het vernietigend gezag écht ontoelaatbaar zijn, die *bepaaldelijk* tegen een *algemeen belang* indruisen.'³⁸⁹ Ondanks het feit dat spontane vernietiging werd gezien als een *ultimum remedium*,³⁹⁰ is het gebruik ervan niet geschuwd.³⁹¹ Een voorbeeld van gebruik van dit recht door de minister van Financiën, is de vernietiging bij Koninklijk Besluit van de besluitvorming inzake de door decentrale overheden ingestelde juridische procedures tegen de IJslandse Landsbanki.³⁹² De minister van Financiën wilde de bij Landsbanki geplaatste tegoeden zeker stellen en vreesde dat een afzonderlijke rechtsgang van gemeenten en provincies zijn eigen onderhandelingspositie, en derhalve de belangen van particuliere spaar-

386 Zie H.D. van Wijk (herzien door Konijnenbelt en Van Male), *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Reed Business: Amsterdam 2011, p. 489.

387 Zie art. 2:13 BW.

388 Zie art. 10:38 Awb.

389 Zie H.D. van Wijk (herzien door Konijnenbelt en Van Male), *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Reed Business: Amsterdam 2011, p. 494.

390 Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 VII, nr. 75, p. 9.

391 Voorbeelden van een dergelijke vernietiging zijn het Koninklijk Besluit van 7 december 2005, *Stb.* 2005, nr. 634 (*Detentiecentrum Haarlemmermeer*) en Koninklijke Besluit van 20 december 2005, *Stb.* 2006, nr. 12 (*Milieuverordening Limburg*). Zie voor een inhoudelijk overzicht van de vernietigingen R.J.M.H. de Greef, 'Inventarisatie spontane vernietigingsbesluiten van de Kroon 1993–2004', *Gemeentestem* 2006/55.

392 Zie de Koninklijke Besluiten van 31 oktober 2008, *Stb.* 11 november 2008, nr. 442 en 443.

ders zou benadelen. Bovendien zou een definitieve regeling met de IJslandse overheid niet kunnen worden getroffen. Derhalve heeft hij de besluiten van de decentrale overheden tot juridische procedures inzake Icesave vernietigd. Onder andere de provincie Noord-Holland heeft tegen deze vernietiging beroep aangetekend bij de Raad van State. Deze vernietigt het Koninklijk Besluit wegens onvoldoende motivering, maar met Broeksteeg ben ik van mening dat in dit geval juist sprake is van een uitgesproken voorbeeld van een door de minister te dienen algemeen belang.³⁹³

Nieuw Beleidskader spontane vernietiging en Wet revitalisering generiek toezicht
Het juridisch kader voor interbestuurlijke controle is met de inwerkingtreding van de Wet Revitalisering Generiek toezicht per 1 oktober 2012 van uitgangspunt veranderd.³⁹⁴ Met de Wet revitalisering generiek toezicht wordt spontane vernietiging niet langer gezien als *ultimum remedium*.³⁹⁵ Het voormalige stelsel van interbestuurlijke controle bestond met name uit specifieke instrumenten. Het huidige stelsel gaat ervan uit dat interbestuurlijk toezicht plaatsvindt via generieke toezichtsinstrumenten. De praktische gevolgen van de invoering van de Wet revitalisering generiek toezicht zijn niet geheel duidelijk. Zo wordt tijdens de parlementaire behandeling de vraag gesteld of per saldo

393 Zie ABRvS 22 april 2009, JB 2009, nr. 144 (*Landsbanki*), m.nt. Broeksteeg.

394 Wijziging van de Provinciewet, de Gemeentewet en enige andere wetten in verband met de revitalisering van het generiek interbestuurlijk toezicht (Wet revitalisering generiek toezicht), zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 389, nr. 3. (MvT), *Stb.* 2012, 276. Zie nader S.E. Zijlstra, 'Sanering van specifiek toezicht en revitalisering van generiek toezicht: Reculer pour mieux sauter?', *NTB* 2011/8, p. 43-50 en S.A.J. Munneke, 'Het wetsvoorstel revitalisering generiek toezicht', *TvCR* 2011/4, p. 415-424.

395 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 VII, nr. 61. 'Naar het oordeel van de regering biedt noch de tekst van art. 132, vierde lid, van de Grondwet noch de geschiedenis van haar totstand-koming aanleiding voor de opvatting dat de grondwetgever vernietiging als *ultimum remedium* beschouwt. De regering vraagt zich af waarop de leden van de D66-fractie deze opvatting baseren. Grondwetswijziging is dan ook niet overwogen. Het instrument spontane vernietiging is in het verleden met wisselende frequentie toegepast, waarbij de laatste decennia sprake is van een terughoudend gebruik. Dat terughoudende gebruik vloeide echter niet dwingend voort uit de aard van deze bevoegdheid, maar uit een gegroeide praktijk die mede kon ontstaan omdat veel vormen van specifiek toezicht in de wetgeving werden opgenomen. Deze praktijk werd vastgelegd in beleidskaders die sinds 1993 zijn uitgebracht. Het woord beleidskader onderstreept ten overvloede dat het terughoudende gebruik een kwestie van beleid, van een zekere mate van zelfbeperking was. Daaraan komt met onderhavig wetsvoorstel een einde, waarmee uitvoering wordt gegeven aan een kernpunt van de rapporten van de werkgroep Alders en de commissie-Oosting. Spontane vernietiging is niet langer het laatste redmiddel, maar een instrument dat bij gebreke van specifieke instrumenten als regulier instrument moet kunnen fungeren. Daartoe is een nieuw beleidskader tot stand gebracht en wordt het instrument in onderhavig wetsvoorstel zodanig aangepast dat het deze functie ook in praktische zin kan vervullen.' Zie *Kamerstukken I* 2011/12, 32 389, C, p. 6 (MvA).

nu de decentralisatie wordt bevorderd, of de eenheidsstaatsgedachte wordt versterkt.³⁹⁶

Ook de procedure voor spontane vernietiging is aangepast. De Rijksoverheid kan in bepaalde gevallen zelf in de zaak voorzien. Bovendien kan de Rijksoverheid bij het vernietigingsbesluit een aanwijzing geven aan het bestuursorgaan dat het vernietigde besluit genomen heeft en eventueel voorlopige voorzieningen treffen.³⁹⁷ De gronden voor vernietiging zijn evenwel hetzelfde gebleven. Vernietiging kan slechts plaatsvinden wanneer sprake is van strijd met het recht of het algemeen belang.³⁹⁸ Om nader te specificeren welke handelingen strijd met het recht opleverden en met name wanneer sprake was van strijd met het algemeen belang was een beleidskader geformuleerd. Het 'Beleidskader spontane vernietiging' van 21 augustus 2006 verving de notitie van 9 april 1992³⁹⁹ en beoogde de 'voorspelbaarheid en legitimatie van het gebruik van dit middel te vergroten en (gaf) daarbij de waarborgen aan voor een goed gebruik'.⁴⁰⁰

Er wordt niet lichtvaardig ingegrepen op de constitutioneel verankerde vrijheid van gemeenten en provincies om de belangen te dienen die aan hen zijn toevertrouwd.⁴⁰¹

Met name wanneer er sprake is van strijd met het algemeen belang zal 'door het relatief onbepaalde karakter van het begrip «algemeen belang» (...) het doorgaans lastiger te voorzien zijn wanneer strijd daarmee ontstaat'.⁴⁰² Als uitgangspunt paste het beleidskader terughoudendheid toe ten aanzien van de vernietiging wanneer er enkel sprake is van strijd met het algemeen belang:

'Voor vernietiging (mede) wegens strijd met het algemeen belang is plaats in die gevallen waarin het duidelijk is dat de Kroon door zich afzijdig te houden zou berusten in de krenking van belangen die *ver* [curs. JN] uitgaan boven die, welke een provinciaal of gemeentelijk bestuursorgaan met zijn besluit beoogt te dienen'.⁴⁰³

Het cursief gemarkeerde woord 'ver' lijkt een enge invulling aan het begrip 'algemeen belang' te geven, maar een daadwerkelijke invulling van het begrip ontbreekt. Blijkens de notitie is hier bewust voor gekozen. Aldus wordt voor-

396 Zie *Kamerstukken I* 2011/12, 32 389, D, p. 1.

397 Zie *Kamerstukken I* 2011/12, 32 389, B, p. 2.

398 Zie art. 132 lid 4 GW.

399 Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 21 427, nr. 21.

400 Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 VII, nr. 75, p. 1-12.

401 Zie *Kamerstukken II* 1994/95, 23 700, nr. 5, p. 128.

402 Zie *Kamerstukken II* 20/2006, 30 300 VII, nr. 75, p. 8.

403 Zie *Kamerstukken II* 20/2006, 30 300 VII, nr. 75, p. 9.

komen dat de beoordelingsruimte van de Rijksoverheid teveel wordt ingesnoerd en wordt erkend dat:

‘het begrip algemeen belang tevens een restcategorie omvat, die de Kroon tot op zekere hoogte in staat stelt zijn besluit in sterke mate te laten bepalen door de omstandigheden van het geval.’⁴⁰⁴

Of een besluit in strijd is met het algemeen belang is dus sterk casuïstisch. Wel kan het naleven van internationale afspraken als algemeen belang worden aangemerkt.⁴⁰⁵

Vernietiging besluit tot stemmen op aandeelhoudersvergadering

Zoals besproken in de subparagraaf getiteld *Verhouding tot publieke medeaandeelhouders: provincies, gemeenten en waterschappen*, kan een discrepantie bestaan tussen betrokken publieke belangen binnen een overheidsonderneming, wanneer naast de Staat ook decentrale overheden in het aandelenkapitaal deelnemen. De vennootschapsrechtelijke verhouding tussen Rijksoverheid en decentrale overheden binnen de vennootschap doet mijns inziens niet af aan het uitgangspunt van de eenheidsstaat zoals dat in de Grondwet is neergelegd: de Rijksoverheid heeft binnen het grondwettelijk kader de mogelijkheid besluiten van decentrale overheden te vernietigen.⁴⁰⁶ Er bestaat echter onduidelijkheid in hoeverre de privaatrechtelijke gevolgen van vernietigde besluiten worden aangetast.⁴⁰⁷

Het college van burgemeester en wethouders is op grond van artikel 160 lid 1 Gemw. bevoegd tot het nemen van een besluit met betrekking tot het uitoefenen van stemrechten die verbonden zijn aan aandelen van de gemeente. Op

404 Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 VII, nr. 75, p. 2. Dat de omstandigheden van het geval kunnen leiden tot verschillende afwegingen blijkt wel uit de casus van NV Luchthaven Schiphol. Zie hoofdstuk 7.

405 Zie ABvRS van 23 januari 2008, *AB* 2008, 113 m.nt. J.J.J. Sillen en *JB* 2008, 46 m.nt. J.L.W. Broeksteeg (*Onderbanken*).

406 Ik ben het dan ook niet eens met Doeleman en Meersma, waar zij stellen: ‘In de aandeelhoudersrelatie tussen de Staat en de gemeente is de inzet van dit middel oneigenlijk en onevenredig.’ De weliswaar sprekende vergelijking van de minister die lijkt op ‘een voetballer die de wedstrijd aan het verliezen is, maar dan opeens de bal in zijn handen pakt, roept dat hij nu rugby speelt en scoort’, klopt niet. Eerder zijn de verschillende overheden spelers in één team, met de overheid als aanvoerder. Zie J. Doeleman en K. Meersma, *NRC-Handelsblad*, ‘Verkoop Schiphol is geen ‘algemeen belang’’, 3 oktober 2006.

407 Dit kan worden geïllustreerd door de casus zoals deze speelde voor Luchthaven Schiphol. Bij Schiphol is het echter nooit gekomen tot vernietiging van de betwiste besluiten omdat het beleid ten aanzien van afstoting dan wel deelneming wijzigde. Zie nader hoofdstuk 6.

grond van het in de vorige paragraaf besproken recht op spontane vernietiging, kan de regering een dergelijk besluit echter vernietigen.⁴⁰⁸ Mijns inziens leidt de vernietiging van het besluit tot het uitbrengen van een stem tot de onmogelijkheid van de gemeente om een stem uit te brengen en is de stem die namens de gemeente is uitgebracht (in het algemeen door de burgemeester op grond van artikel 170 Gemeenw.) geen geldige. Deze interpretatie is in de lijn met artikel 10:42 lid 1 Awb waarin staat dat de vernietiging van het besluit zich uitstrekt tot alle rechtsgevolgen waarop het was gericht. Artikel 10:42 lid 3 Awb kan aldus als bron van analoge interpretatie worden gebruikt. Mijns inziens zou de stem derhalve niet in een afzonderlijke civiele procedure ongeldig verklaard hoeven worden.⁴⁰⁹

5.3 Structuurvennootschap en de positie van de overheid

5.3.1 Algemeen

Hierboven zijn de verhoudingen besproken zoals die gelden voor het reguliere vennootschappelijke regime. Het is ook mogelijk dat in een bepaalde overheids-onderneming een bijzonder regime geldt op grond van de structuurregeling.⁴¹⁰ Op grond van de structuurregeling bestaat een ander institutioneel evenwicht. De raad van commissarissen heeft ten opzichte van het reguliere vennootschappelijke regime een aantal bevoegdheden meer en derhalve meer zeggenschap ten koste van de aandeelhoudersvergadering. Deze raad van commissarissen heeft naast zijn reguliere toezichthoudende taak, op grond van artikel 2:162 BW de bevoegdheid het bestuur te benoemen (en te ontslaan) en op grond van artikel 2:164 BW de bevoegdheid bepaalde bestuursbesluiten goed te keuren.

De eisen waaraan een vennootschap moet voldoen om onder het structuurregime te vallen, kunnen worden gevonden in artikel 2:153 BW. Deze vereisten zien onder meer op de omvang van het geplaatste kapitaal en het aantal werknemers. Bijna alle staatsdeelnemingen vallen onder het structuurregime,

408 Nu het besluit tot privaatrechtelijke handelingen niet appellabel is op grond van art. 8:3 Awb, kan vernietiging onmiddellijk plaatsvinden zonder dat dit strijd met art. 10:38 Awb oplevert.

409 Anders: S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 280-281.

410 Bij Koninklijk Besluit van 6 mei 1971 deed de Structuurwet, de voorloper van de structuurregeling, haar intrede. Het wetsontwerp had de titel: Voorzieningen met betrekking tot de structuur der naamloze en besloten vennootschap, maar na de publicatie van de wet in het Staatsblad staat deze bekend als de Structuurwet. De wet trad op 1 juli 1973 in werking en noodzaakte de desbetreffende vennootschappen de statuten per 1 juli 1973 dienovereenkomstig te wijzigen, *Stb.* 1971, nr. 289.

al dan niet in verlichte vorm.⁴¹¹ Bij de meeste deelnemingen van de overheid die onder het structuurregime vallen, is de structuurregeling in beginsel volledig van toepassing doordat wordt voldaan aan de eisen van artikel 2:153 BW.⁴¹² Voor 100% deelnemingen kan echter een uitzondering worden gemaakt op grond waarvan een zogenaamd ‘verzwakt’ of gemitigeerd regime van toepassing is. De minster voert het beleid om zoveel mogelijk het verlichte structuurregime voor staatsdeelnemingen te hanteren. Hierover volgt meer in de volgende paragraaf.

De doelstelling van de structuurregeling was destijds, zoals de naam aangeeft, het brengen van een duidelijker structuur in het vennootschapsrecht en in de taakverdeling van de organen van een vennootschap.⁴¹³ De regeling werd ingegeven door de ontwikkeling dat aandeelhouders bij moderne ondernemingen zich als gevolg van de omvang van de onderneming niet meer met de dagelijkse gang van zaken binnen het bedrijf bemoeiden.⁴¹⁴ De doeltreffendheid van het toezicht van de aandeelhoudersvergadering was derhalve minder doordat de aandeelhouders in toenemende mate de rol van louter kapitaalverschaffers aannamen en niet meer die van medeondernemers.⁴¹⁵ Het bestuur kon zodoende in hoge mate autonoom beslissingen nemen. Een dergelijke situatie werd bij grotere vennootschappen die een maatschappelijk niet onbeduidende rol spelen onwenselijk geacht. Om de ontstane lacune in het toezicht op het bestuur te compenseren en het institutioneel evenwicht aldus te herstellen, was een aanpassing van de wettelijke regeling gewenst, hetgeen resulteerde in de structuurregeling.

Bij vennootschappen die zouden vallen onder deze structuurregeling werd de instelling van een raad van commissarissen verplicht.⁴¹⁶ Bovendien moest de medezeggenschap van de werknemers in de *structuur* van de vennootschap

411 Zie voor een overzicht en uitleg welke staatsdeelnemingen welk structuurregime hebben nader *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 4-5.

412 Een uitzondering is Havenbedrijf Rotterdam NV waarop grond van art. 2:155a BW het verzwakte regime op van toepassing is. Zie nader in de volgende paragraaf.

413 De Structuurwet als zodanig bestaat niet meer; bij de invoering van Boek 2 van het BW is deze hierin als de structuurregeling geïncorporeerd. De structuurregeling geldt op grond van art. 2:262 BW e.v. ook voor de besloten vennootschap en sinds 1988, zij het in beperkte mate, op grond van 2:63a BW e.v. ook voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij. Zie de wet van 1 december 1988, *Stb.* 1988, nr. 542. Ik beperk mij bij de bespreking van de structuurregeling tot de regeling zoals die geldt voor de naamloze vennootschap.

414 Zie Commissie ondernemingsrecht (ook wel de commissie-Verdam genoemd naar haar voorzitter), *Herziening van het ondernemingsrecht*, rapport van 26 november 1964, Den Haag 1965.

415 De vergroting van de afstand tussen ondernemingsleiding en aandeelhouder werd versterkt doordat de naamloze vennootschap de mogelijkheid bood om kapitaal aan te trekken door aandelen aan toonder uit te geven, waardoor de aandeelhouder dus letterlijk naamloos was. Zie *Kamerstukken II* 2001/02 (MvT), 28 179, nr. 3, p. 3 e.v.

416 Zie art. 2:158 lid 1 BW.

worden verankerd. Zowel werknemers als aandeelhouders zouden via een recht van voordracht invloed moeten krijgen op de samenstelling van het toezichthoudende orgaan, de raad van commissarissen.⁴¹⁷ Vanwege vrees voor polarisering binnen de raad van commissarissen, werd echter gekozen voor een systeem van gecontroleerde coöptatie waarbij de commissarissen zelf in de benoeming voorzagen. De vrees bestond echter dat de overheid ondanks een meerderheidsbelang als gevolg van deze coöptatieregeling geen, althans weinig, invloed zou kunnen uitoefenen op het beleid van de vennootschap. Aanvankelijk was derhalve een benoemingsrecht voor een commissaris van overheidswege opgenomen.

Bij de wijziging van de regeling in 2004 is de invloed van de aandeelhouders op de vennootschap vergroot en is het recht van benoeming van de commissarissen in handen van de aandeelhoudersvergadering gekomen.⁴¹⁸ Bij deze wijziging is ook het recht om de jaarrekening vast te stellen weer bij de aandeelhoudersvergadering neergelegd.⁴¹⁹ Deze aanpassingen die de wetgever in de structuurregeling naar aanleiding van de discussie over *corporate governance*⁴²⁰ voorstelde, vloeiden voort uit de wens een sterkere positie voor de aandeelhoudersvergadering en de ondernemingsraad binnen de vennootschap te creëren.⁴²¹ Een afzonderlijk benoemingsrecht voor een commissaris

417 Bij enkele leden van de commissie-Verdam bestond de vrees voor polarisering binnen de raad van commissarissen, met aan de ene kant het kapitaal, vertegenwoordigd door de 'kapitaalcommissarissen' en aan de andere kant de werknemers vertegenwoordigd door de 'arbeidscommissarissen'. Door uiteindelijk een stelsel van gecontroleerde coöptatie te adviseren werd tegemoetgekomen aan de tegenstelling binnen de commissie. De aandeelhoudersvergadering en de ondernemingsraad konden, door een beweerdelijk gelijkwaardige invloed die zij op de samenstelling van de raad van commissarissen hadden (via het recht van voordracht), beide voldoende vertrouwen stellen in het onafhankelijke toezicht.

418 Zie paragraaf 4.1.2. Het rapport van 19 januari 2001 van de SER, 'Het functioneren en de toekomst van de structuurregeling', 2001/2, Den Haag Sociaal-Economische Raad 2001, heeft in belangrijke mate als basis van deze wetswijziging gediend. Het rapport is te raadplegen via de website: http://www.ser.nl/~media/DB_Advies/2000_2009/2001/b19082%20pdf.ashx.

419 De wijziging beoogde de verantwoording van de bestuurders en commissarissen ten opzichte van de aandeelhoudersvergadering te vergroten. Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 27 483, nr. 3, p. 2.

420 Niet alleen de aandeelhouder in de structuurvennootschap krijgt weer meer invloed – destijds ingeleverd vanwege een hoog absentisme bij aandeelhoudersvergaderingen –, maar ook de certificaaathouder krijgt in het kader van de versterking van de positie van de verschaffers van risicodragend kapitaal een stemrecht. Zie het advies van de SER, *Kamerstukken II* 2000/01, 25 732, nr. 17, p. 65 en 66, dat wordt overgenomen door de minister van Justitie, *Kamerstukken II* 2000/01, 25 732, nr. 18, p. 4. Zie M. A. Valen, 'Het SER-advies betreffende de structuurregeling: de positie van de certificaathouders herijkt en verrijkt', *V&O*, 2001/3, p. 43 e.v.

421 Zie M.G. Rood, 'Het wonder voorbij', *RM Themis* 2001/7, p. 197 e.v., p. 199 over de uitgangspunten van de wetgever in het bijzonder.

van overheidswege is niet meer opgenomen.⁴²² Doordat afwijking van deze regeling echter mogelijk is, kunnen de statuten onder de huidige regeling, nog steeds de overheid aanwijzen als benoemende instantie van commissarissen.⁴²³

5.3.2 Verlicht regime en ministeriële ontheffing voor overheidsondernemingen

Onder een gemitigeerd regime⁴²⁴ komt de bevoegdheid tot de benoeming van de bestuurders van de vennootschap in beginsel niet aan de raad van commissarissen toe, maar ligt deze bevoegdheid bij de aandeelhouders.⁴²⁵ De uitzonderingen op toepasselijkheid van het volledige structuurregime, zijn neergelegd in artikel 2:155 BW en 2:155a BW.⁴²⁶ Artikel 2:155a BW voorziet in de mogelijkheid om het verlicht structuurregime toe te passen op vennootschappen waar het volledige kapitaal door één persoon wordt verstrekt. Hier worden blijkens het tweede lid ook de 100% overheidsdeelnemingen onder verstaan.⁴²⁷ Artikel 2:155a lid 1 sub b BW zondert namelijk van het volledige regime uit, de vennootschap waarin:

‘een stichting, een vereniging of een rechtspersoon als bedoeld in artikel 1 [Boek 2 BW, JN] het gehele geplaatste kapitaal voor eigen rekening verschaft’.

Hierbij kan gedacht worden aan de Nederlandse Spoorwegen NV, waarvan de aandelen volledig in handen zijn van de Nederlandse staat.⁴²⁸ Aanvanke-lijk werd door voormalig minister van Financiën Zalm naar aanleiding van de invoering van dit artikel het volgende gesteld:

422 Dit in afwijking van de nota commissaris van overheidswege, zie *Kamerstukken II* 1990/91 (Nota), 22 064, nr. 2. Ook de Sociaal-Economische Raad stond niet afwijzend tegenover een door de overheid benoemde commissaris. Zie *Kamerstukken II* 2000/01 (Brief van de SER), 25 732, nr. 17 en D.C. Buijs, ‘Het ser-advies over de structuurregeling’, *Ondernemingsrecht* 2001/5, p. 116 en ook H.J. de Kluiver, ‘Van commissarissen en ondernemingsraden’, *Ondernemingsrecht* 2001/1, p. 28.

423 Zie paragraaf 4.1.2.

424 Ook wordt wel gesproken van verzwakt regime. Zie nader over het verzwakt regime P. van Schilfgaarde, bewerkt door J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 147.

425 Zie art. 2:155 en 2:155a BW jo. art. 2:162 BW.

426 Art. 2:155 BW ziet op internationale concerns. Om te voorkomen dat bij een vennootschap die deel uitmaakt van een internationaal concern, problemen ontstaan met betrekking tot onder andere de benoeming van het bestuur, is voor dergelijke concerns gekozen voor deze zogenaamde gemitigeerde vorm van het structuurregime in plaats van toepassing van het volledig regime.

427 Een verklaring voor deze uitzonderingspositie voor overheidsrechtspersonen wordt in de Memorie van Toelichting bij de wijziging van de Structuurwet niet gegeven. Zie *Kamerstukken II* 2001/02 28 179, nr. 3, p. 31-32.

428 Zie het rapport ‘Publieke belangen en aandeelhouderschap’ aangeboden aan de Tweede Kamer bij de brief van 24 augustus 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165, nr. 46, p. 42.

‘Deze vergroting van zeggenschap van de AVA mag er mijns inziens niet toe leiden dat de andere organen van de vennootschap een onduidelijke rol krijgen. In het bijzonder de raad van commissarissen vormt een essentiële schakel in het toezicht op het ondernemingsbestuur. Ook als de Staat als aandeelhouder het recht krijgt direct bestuurders te benoemen, zou de raad van commissarissen hierop invloed moeten hebben, bijvoorbeeld via de door de commissie-Tabaksblat aanbevolen benoemingscommissie’.⁴²⁹

Het gemitigeerde regime kan ingevolge artikel 2:155a lid 1 sub b BW tevens van toepassing zijn wanneer er verschillende overheidsaandeelhouders zijn. Voorwaarde is wel dat deze aandeelhouders een overeenkomst tot onderlinge samenwerking hebben afgesloten.⁴³⁰ Een vennootschap waar een dergelijke overeenkomst is gesloten is Havenbedrijf Rotterdam NV.⁴³¹ Dit is voor zover mij bekend de enige vennootschap met een dergelijke onderlinge regeling tot samenwerking. Uit de statuten is overigens slechts indirect op te maken dat sprake is van een in artikel 2:155a lid 1 sub b BW bedoelde overeenkomst. De enige indicaties dat een dergelijke overeenkomst bestaat zijn de vermelding in artikel 4.5 van de statuten van Havenbedrijf Rotterdam NV dat slechts publiekrechtelijke rechtspersonen aandeelhouder kunnen zijn, dat de benoeming van commissarissen op grond van de statuten in overeenstemming is met artikel 2:158 BW van de structuurregeling⁴³² en dat de benoeming van de bestuurders niet conform artikel 2:162 BW van de structuurregeling door de commissarissen, maar door de vergadering van aandeelhouders geschiedt.⁴³³ Het is derhalve niet eenvoudig te achterhalen dat een afwijkend regime van toepassing is. Hoewel de werking ten opzichte van derden beperkt is, is mijns inziens omwille van de herkenbaarheid melding van het bestaan van een dergelijke extern werkende overeenkomst expliciet in de statuten aan te bevelen.⁴³⁴

De minister acht de toepasselijkheid van het verlichte regime wenselijk voor staatsdeelnemingen.⁴³⁵ Indien de desbetreffende vennootschap onder het volledige structuurregime valt zonder dat een uitzonderingsmogelijkheid ex

429 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 28 165, nr. 15, p. 2.

430 Zie art. 2:155a lid 1 sub b BW.

431 In het rapport ‘Publieke belangen en aandeelhouderschap’ vinden we: ‘Van een dergelijke overeenkomst is alleen sprake bij het Havenbedrijf Rotterdam. Hoewel de Staat een minderheidsdeelneming heeft in het Havenbedrijf zijn er in de overeenkomst afspraken gemaakt over beslissingen die alleen genomen mogen worden als beide aandeelhouders daarmee instemmen (joint control). Op grond van die samenwerking is het verzwakt regime van toepassing. Zie het rapport ‘Publieke belangen en aandeelhouderschap’ aangeboden aan de Tweede Kamer bij de brief van 24 augustus 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165, nr. 46, p. 42.

432 Zie art. 29.1 van de statuten van Havenbedrijf Rotterdam NV geldend per 3 juli 2012.

433 Zie art. 24.2 van de statuten van Havenbedrijf Rotterdam NV geldend per 3 juli 2012.

434 Indien er niet een dergelijke overeenkomst bestaat, zijn de statuten in strijd met de wet.

435 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 4-5.

artikel 2:155a BW van toepassing is, kan de minister het verlichte regime van toepassing verklaren op grond van artikel 2:156 BW.

De minister voorziet problemen indien het gemitigeerde regime slechts van toepassing kan zijn en de aandeelhouders waaronder de overheid een samenwerkingsakkoord in de zin van artikel 2:155a BW moeten aangaan. Volgens dit artikel wordt op contractuele basis samengewerkt teneinde onder volledige toepasselijkheid van de structuurregeling uit te kunnen komen. De minister acht verplichte samenwerking op basis van dit artikel niet wenselijk. Hij stelt:

‘Het probleem bij een verlicht regime voor een vennootschap met verschillende aandeelhouders is dat alle aandeelhouders een stemakkoord moeten hebben. Dat maakt deze mogelijkheid in de praktijk buitengewoon complex. Dus eigenlijk zouden alleen vennootschappen met slechts één aandeelhouder zich hiervoor lenen. Als er verschillende aandeelhouders zijn, zoals bijvoorbeeld bij Schiphol – ik geloof dat dit het voorbeeld was dat mevrouw Vos concreet aanhaalde – wordt het enorm complex en vermindert een verlicht regime de flexibiliteit van de Staat als aandeelhouder, omdat deze het elke keer vooraf met de andere aandeelhouders eens moet worden.’⁴³⁶

Mijns inziens is bovengenoemde mogelijkheid echter – met uitzondering van artikel 2:155 BW⁴³⁷ – de enige optie voor een gemitigeerde toepassing van de structuurregeling, wanneer ontheffing van toepasselijkheid van het volledige structuurregime op grond van artikel 2:156 BW niet mogelijk is.

Ontheffing door de minister van Veiligheid en Justitie

Naast het gemitigeerd regime kent de wet ook de hierboven reeds genoemde vrijstellingsregeling voor de structuurregeling op grond van artikel 2:156 BW. Op basis hiervan bestaat de mogelijkheid om ontheffing te krijgen van al dan niet toepassing van het structuurregime van de minister van Justitie, nadat deze de Sociaal-Economische Raad heeft gehoord. Een ontheffing kan overigens onder beperkingen en/of onder voorwaarden worden verleend en bovendien worden gewijzigd en ingetrokken. De reden om te besluiten tot vrijstelling kan liggen in de wens om de eenheid van het beleid binnen een concern te handhaven, maar ook om de werking van de structuurregeling tot de Nederlandse rechtssfeer te beperken.⁴³⁸ De Sociaal-Economische Raad zag een noodzaak voor ontheffing voor vennootschappen waarvan de aandelen in handen

⁴³⁶ Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 28 165, nr. 82, p. 21.

⁴³⁷ Zie Connexxion Holding NV waar het verzwakte regime van toepassing is op grond van art. 2:155 BW op grond van het feit dat zij onderdeel is van een groep waarvan de meerderheid van de werknemers in het buitenland werkzaam is, www.connexxion.com.

⁴³⁸ Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 4.

van publiekrechtelijke lichamen waren.⁴³⁹ De ontheffing die door de minister in het verleden aan dergelijke vennootschappen is verleend,⁴⁴⁰ zag dan met name op de mogelijkheid om kwaliteitseisen voor commissarissen in te stellen.⁴⁴¹ Uitzondering op het structuurregime op grond van artikel 2:156 BW zal echter niet zonder reden worden verleend.

Vrijwillige toepassing structuurregeling

Vennootschappen die op grond van artikel 2:154 BW niet onder de structuurregeling vallen, kunnen zoals hierboven genoemd, op grond van artikel 2:157 lid 1 BW de keuze maken om de regeling vrijwillig van toepassing te laten zijn door dit in de statuten op te nemen. De enige eis waaraan deze vennootschappen moeten voldoen is de aanwezigheid van een ondernemingsraad. Ook de hierboven behandelde vennootschappen die op grond van artikel 2:155 en 2:155a BW onder het gemitigeerde regime vallen, kunnen opteren voor vrijwillige toepassing van de volledige structuurregeling in die zin dat de benoeming van bestuurders zal geschieden conform artikel 2:162 BW.⁴⁴² Ook de overheidsonderneming waarin de (Rijks)overheid geen 100% belang heeft, kan opteren voor vrijwillige toepassing van het al dan niet verlichte structuurregime. Gezien de wens zoveel mogelijk macht bij de aandeelhouders te laten, lijkt dit echter niet wenselijk.

439 Zie het rapport van 19 januari 2001 van de SER, 'Het functioneren en de toekomst van de structuurregeling', 2001/2, Den Haag Sociaal-Economische Raad 2001, p. 75-76.

440 Het betreft tot 1993 enkele tientallen ontheffingen.

441 Deze kwaliteitseisen hielden bijvoorbeeld in dat commissarissen slechts leden konden zijn van Provinciale Staten. Zie de Beschikking van de staatssecretaris van Justitie van 2 februari 1990 inzake NV Waterleiding Maatschappij Gelderland, waar hij ontheffing verleent op regel dat de statuten mogen bepalen dat, met uitzondering van de door het College van GS van de provincie Gelderland te benoemen commissaris, de leden van de Raad van Commissarissen worden benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders, daartoe overwegende: 'dat de NV Waterleiding Maatschappij Gelderland werkzaam is te algemene nutte op het gebied van de openbare drinkwatervoorziening in haar voorzieningsgebied; Overwegende dat – naast de provincie Gelderland – slechts binnen het voorzieningsgebied van de vennootschap gelegen gemeenten aandeelhouder kunnen zijn; Overwegende dat, gelet op het vorenstaande, de gevraagde ontheffing maatschappelijk aanvaardbaar is.' Overigens blijkt uit de *Beschikking van de staatssecretaris van Justitie van 6 maart 1990 inzake NV Provinciale Gelderse Energie-Maatschappij* dat ontheffing van de eisen steeds minder gebruikelijk werd: 'Overwegende dat in verband met gewijzigde maatschappelijke opvattingen het stellen van kwaliteitseisen ten aanzien van door een overheidsinstantie, zoals in casu Provinciale Staten van Flevoland en Provinciale Staten van Gelderland, te benoemen commissarissen thans bezwaarlijk wordt geacht, zodat op grond daarvan het verzoek niet voor inwilliging vatbaar zou zijn.' Overigens werd in dit geval wegens een gecompliceerde en tijdrovende procedure van besluitvorming binnen de vennootschap waardoor een nieuw voorstel tot statutenwijziging niet op tijd tot stand kon worden gebracht, toch besloten het verzoek in te willigen.

442 Zie art. 2:157 lid 2 BW.

6 DE OVERHEID ALS DERDE BIJ DE VENNOOTSCHAP

De positie van een derde bij een vennootschap is reeds een aantal malen genoemd. Zo bestaat er voor de derde de mogelijkheid om op grond van de statuten potentieel toekomstige bestuurders voor te dragen en bestaat zelfs de mogelijkheid dat een derde leden – zij het minder dan de helft van het totaal – in de raad van commissarissen benoemt. Ook kan de overheid gebruik maken van de mogelijkheid om als derde contracten te sluiten met de vennootschap. Zie bijvoorbeeld de overeenkomst tussen de provincie Zeeland en Delta Nutsbedrijf NV met betrekking tot de benoeming van commissarissen.⁴⁴³ Bovendien kunnen derden op grond van titel 8 van Boek 2 BW, indien opgenomen in de statuten van de rechtspersoon of in een overeenkomst met de rechtspersoon, een verzoekschrift tot enquête indienen.⁴⁴⁴ In beginsel lijkt het voor de derde niet mogelijk om rechtstreeks de besluitvorming binnen een vennootschap te beïnvloeden. Een uitzondering vormt de in paragraaf 5.2.3 genoemde bijzondere instructiebevoegdheid van de minister van Financiën bij de stichting Administratiekantoor Financiële instellingen ex artikel 4 lid 2 Wet stichting administratie kantoor.⁴⁴⁵ Desalniettemin is vernietiging door de rechtbank van een besluit in de zin van artikel 2:15 BW op vordering van een derde, althans iemand die een redelijk belang heeft bij de naleving van de verplichting die niet is nagekomen, mogelijk.⁴⁴⁶

7 CONCLUSIE

Vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw bestond vanuit de privatiseringsgedachte weerstand tegen het gebruik van de vennootschapsvorm door de overheid, maar deze gedachte is met het nieuwe beleid zoals vastgelegd in de Nota Deelnemingenbeleid 2007 genuanceerd. Na bestudering van de inrichting van de in een in Boek 2 BW geregelde kapitaalvennootschap voor de overheidsonderneming kan worden geconcludeerd, dat de overheid deel uit moet maken van de organisatiestructuur van de kapitaalvennootschap om optimaal invloed te kunnen uitoefenen binnen het vennootschapsrechtelijke kader dat door Boek 2 BW wordt gevormd. Vanwege het doel van verzelfstan-

443 Zie Programma begroting 2009, p. 174. Hierin wordt gesproken van een overeenkomst op grond waarvan een provincie het benoemingsrecht heeft voor een lid van de raad van commissarissen.

444 Zie art. 2:346 sub a jo art. 2:345 BW.

445 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 613, nr. 6, p. 6-7.

446 Art. 2:15 lid 3 sub a BW geeft deze mogelijkheid, gebonden aan de vervaltermijn van een jaar van art. 2:15 lid 5 BW. De staat heeft bij de kapitaalvennootschap niet zoals bij de stichting wel het geval is, een extra mogelijkheid om als belanghebbende, volledig buiten de vennootschap staande derde invloed uit te oefenen. Zie J. Nijland, 'Ontslag bestuurders stichting Islamitische basisschool', *JBN* 2008/18, p. 12-14.

diging – waarbij de overheid niet de volledige controle prijs wenst te geven – ligt overheidsaandeelhouderschap of de benoeming van commissarissen door de overheid meer voor de hand dan deelname in het bestuur.

Om het publieke belang optimaal te kunnen borgen is de positie van de overheid als aandeelhouder het sterkst bij een 100% belang in een vennootschap waarbij het gemitigeerde structuurregime geldt. Via de aandeelhoudersvergadering kan de overheid aldus bestuurders benoemen en ontslaan. Met een belang dat kleiner is dan 100% is de overheid niet alleen afhankelijk van andere aandeelhouders, maar ook geldt dan het volledige structuurregime en ligt het recht om bestuurders te benoemen bij de raad van commissarissen. Ontheffing van toepasselijkheid van het structuurregime op grond artikel 2:156 BW zou hieraan tegemoet kunnen komen.

De problematiek rond de vroegere figuur van de commissaris van overheidswege is illustratief voor de bijzondere taak van de door de overheid op grond van artikel 2:143 BW benoemde commissaris. Deze door anderen dan de aandeelhoudersvergadering benoemde commissaris is primair steeds aan het vennootschapsbelang gebonden en kan in beginsel geen specifiek belang als de behartiging van het algemeen belang dienen bij het vervullen van zijn taak. De overheid heeft derhalve niet de mogelijkheid om via een commissaris uitsluitend het publiek belang voorop te stellen in het beleid van de onderneming. Mijns inziens kan deze commissaris binnen het huidige vennootschapsrechtelijk kader echter wel oog hebben voor het publieke belang bij het vervullen van zijn taak en een belangrijke rol vervullen op het gebied van de communicatie en informatievoorziening tussen de raad van commissarissen en de overheid.

Eventuele gewenste invloed op het bestuur door de overheid geschiedt bij toepassing van de structuurregeling via de raad van commissarissen door beïnvloeding van de samenstelling van het bestuur en vaststelling van haar bezoldiging. De publieke taakvervulling van het bestuur zou door opname van het algemeen belang in de doelstelling sterker worden benadrukt. Aanpassing van de doelstelling van de kapitaalvennootschap die als vehikel voor een overheidsonderneming wordt gebruikt, is derhalve gewenst. Hierdoor zal bovendien de invulling van de onderlinge rechtsverhouding tussen de verschillende vennootschapsorganen en de leden van deze organen sterker door het desbetreffende publieke belang worden bepaald. Het belang van opname van het publiek belang in de doelstelling is inmiddels erkend, maar wordt mijns inziens nog in onvoldoende mate in de praktijk ingebed. Aanpassing is noodzakelijk, omdat deze een belangenafweging bij het bepalen van de inhoud van het vennootschapsbelang ten gunste van het behartigen van het algemeen belang nadrukkelijker mogelijk maakt. Dat deze doelstelling externe werking ten opzichte van derden heeft is vanwege de kenbaarheid ervan in de statuten

in beginsel geen probleem, hoewel herkenbaarheid van het publieke karakter van de overheidsonderneming mijns inziens sterker zou moeten worden benadrukt. Ik kom hierop terug in hoofdstuk 8.

5 | Overheidsonderneming in Europeesrechtelijk perspectief

1 INLEIDING

1.1 Algemeen

Nadat de mogelijkheden en beperkingen van de vormgeving van overheidsinvloed via het Nederlandse (vennootschaps)recht in de hoofdstukken 2 en 4 uiteen zijn gezet en in hoofdstuk 3 het toepasselijke normenkader van de overheidsonderneming is besproken, moet worden bezien welke bepalingen van EU-recht toepasselijk zijn op het handelen van een overheidsonderneming en in hoeverre het Europese recht het gebruik van een overheidsonderneming toelaat.¹ Deze vragen spelen met name in het kader van de privatisering of nationalisering van bepaalde diensten van algemeen economisch belang en de daarmee samenhangende inrichting van overheidsondernemingen.

Het Europese recht heeft door de aanpassing van het nationale recht via implementatie van Europese regelgeving, maar ook door rechtstreekse werking, een zeer grote invloed op de inrichting en het functioneren van overheidsondernemingen.² Dit hoofdstuk geeft een bespreking van de werking van de voor de overheidsonderneming relevante regels.

De constructies waarmee lidstaten trachten overheidsinvloed in (overheids-)ondernemingen te bewerkstelligen, worden doorgaans getoetst aan de zogenaamde ‘fundamentele’ vrijheden. Of en welke overheidsmaatregelen die een beperking op de vrijheden kunnen vormen, toelaatbaar zijn volgens Europees recht, wordt geanalyseerd aan de hand van de werking van artikel 345 VWEU waarin een bijzondere positie voor nationale eigendomsregelingen is neergelegd en de relevante vrijverkeersjurisprudentie.

Daarnaast bespreek ik in hoeverre het Europese recht de ruimte laat aan lidstaten om een bijzondere positie aan overheidsondernemingen te verlenen,

1 Aangezien het hoofdonderwerp van dit onderzoek naar de inrichting van de overheidsonderneming vanuit nationaalrechtelijk perspectief wordt bekeken, wordt in dit hoofdstuk in sommige gevallen verwezen naar secundaire bronnen.

2 Zie voor de doorwerking van het staatssteunrecht in de Nederlandse rechtsorde, P.C. Adriaanse en J.R. van Angeren, ‘De Awb en staatssteunaanvragen’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 669-686.

in het bijzonder in het kader van het mededingingsbeleid van de Europese Unie. De nationale soevereiniteit met betrekking tot de (vormgeving van de) overheidsonderneming is immers begrensd.³ Om de vrije markt in de gehele Europese Unie optimaal te laten werken en misbruik van overheidsondernemingen te voorkomen, moeten lidstaten bij het bepalen van de rol van de overheid in de nationale economie steeds het Europese recht in acht nemen.

Niet alleen het optreden van de *overheid* ten aanzien van de overheidsonderneming moet voldoen aan de Europeesrechtelijke normen – in het bijzonder de normen ter voorkoming van vervalsing van de mededinging – maar ook het marktgedrag van de *overheidsonderneming* zelf wordt aan Europese regels zoals de mededingingsregels getoetst.⁴ Vanwege de beoogde openmarkteconomie met vrije mededinging⁵ en de vermeend bevoorrechte positie van de overheidsonderneming, richten de hieronder te bespreken verdragsregels zich alleen op de *economische* activiteiten van de overheidsonderneming.⁶ Voor zover een entiteit *niet-economische* activiteiten verricht, valt deze niet onder

3 Zie HvJ EG 5 februari 1963, nr. 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (*Van Gend & Loos*), waarin het HvJ EU reeds overweegt dat ‘de gemeenschap in het volkenrecht een nieuwe rechtsorde vormt ten bate waarvan de staten, zij het op een beperkt terrein, hun soevereiniteit hebben begrensd’. De woorden ‘zij het op een beperkt terrein’ worden in latere jurisprudentie geheel achterwege gelaten. Zie R. Barents en L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 60, die stellen dat het Europese recht voorrang heeft op het nationale recht omdat het ‘uit autonome bron voortvloeit, (en) op grond van zijn bijzonder karakter niet door enig voorschrift van nationaal recht opzij kan worden gezet, zonder zijn gemeenschapsrechtelijk karakter te verliezen en zonder dat de rechtsgrond van de Gemeenschap zelf daardoor wordt aangetast’. Zie voor deze gedachte reeds HvJ EG 15 juni 1964, nr. 6/64, *Jur.* 1964, p. 1203 (*Costa/E.N.E.L.*).

4 De Nederlandse wetgever heeft in aanvulling op de Europese mededingingsregels in het (zeldzame) geval dat deze niet van toepassing zijn, bijvoorbeeld vanwege het ontbreken van grensoverschrijdende marktverstoring, de in hoofdstuk 3 besproken Wet Markt & Overheid ingevoerd, met daarin enkele gedragsregels voor ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden. Zie de op 1 juli 2012 in werking getreden wet tot ‘Wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden’ (de wet Markt & Overheid), bij besluit van 6 juni 2012, *Stb.* 2012, nr. 254.

5 Zie art. 119 VWEU lid 1: ‘Teneinde de in artikel 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie genoemde doelstellingen te bereiken, omvat het optreden van de lidstaten en de Unie, onder de voorwaarden waarin de Verdragen voorzien, de invoering van een economisch beleid dat gebaseerd is op de nauwe coördinatie van het economisch beleid van de lidstaten, op de interne markt en op de uitwerking van gemeenschappelijke doelstellingen en dat wordt gevoerd met inachtneming van het beginsel van een openmarkteconomie met vrije mededinging’.

6 Zie V. Kronenberger, ‘A Model of the Transformation Process of Statutory Monopolies in European Community Law: From Practice to Theory’, *European Business Organization Law Review* 2001/2, p. 302-303.

de toepassing van de mededingingsregels.⁷ Gezien het uitgangspunt dat bevoordeling van de overheidsonderneming ten opzichte van reguliere ondernemingen zo veel mogelijk moet worden voorkomen, ligt een bespreking van de toepasselijke regels gericht op economische activiteiten derhalve in de rede. Bij de beoordeling van deze vragen ligt het voor de hand om enerzijds – voorzover het het optreden van de overheid betreft – de staatssteunregels te behandelen en anderzijds – voor zover het (overheids)ondernemingen betreft – de mededingingsregels te behandelen. De verstoring van de mededinging is immers in beginsel een verantwoordelijkheid van een onderneming. Vragen rijzen met name met betrekking tot zogenoemde gemengde markten, waarop zowel overheden als zuiver private ondernemingen actief zijn.⁸ Opgemerkt moet worden dat het begrip onderneming zoals in hoofdstuk 1 besproken, ruim moet worden geïnterpreteerd. Indien een onderneming die voor 100% in handen van de Staat is, economische activiteiten verricht, heeft deze voor de toepasselijkheid van de mededingingsregels als onderneming te gelden.⁹ Dit geldt evenzeer voor de overheidsonderneming.¹⁰ Echter, uit recente jurisprudentie van het HvJ EU blijkt, dat het onderscheid tussen de overheid en een onderneming als normadressaat voor bepaalde Europese regels niet meer zo scherp wordt gehanteerd.¹¹ Steyger ziet de wens van het HvJ EU om het Unierecht nuttig effect te verlenen als hoofdoorzaak van deze vervaging.¹² Ik ben het met haar eens dat het nuttig effect een goede zaak is, maar dat de vervaging een onwenselijk neveneffect met zich meebrengt. Het is hierdoor voor zowel particuliere ondernemingen als voor overheden lastig te bepalen waar de grenzen liggen. Dit geldt in het bijzonder voor de overheidsonderneming.

7 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 564 en P. Craig en G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 962.

8 R. Whish en D. Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press 2012, p. 84.

9 Steeds moet worden beoordeeld of er sprake is van een economische activiteit welke wordt ontplooid door een onderneming. In dit verband is het door Whish gegeven voorbeeld illustratief. Zie R. Whish en D. Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press 2012, p. 84-85. Een lokale autoriteit in het Verenigd Koninkrijk kan zowel over de bevoegdheid beschikken om wetten uit te vaardigen met betrekking tot de mogelijkheid om een auto ergens te parkeren of niet, als ook een terrein bezitten dat zij commercieel exploiteert als parkeerterrein. Waarbij de eerste taak niet onder de mededingingsregels valt op grond van het arrest Wouters aangezien niet als een onderneming wordt gehandeld, en de tweede taak wel. Zie HvJ EU 19 februari 2002, nr. C-309/99, *Jur.* 2002, p. I-1577 (Wouters).

10 R. Whish en D. Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press 2012, p. 87.

11 Conclusie bij zaak nr. C-171/11, 28 maart 2012, *Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV/ Technisch Wissenschaftlicher verein*. Hierbij moet ook worden opgemerkt dat overheden ook wanneer zij niet zelf als onderneming in de zin van de toepasselijkheid van de mededingingsregels kwalificeren, verplichtingen hebben geen maatregelen te nemen die het nuttig effect van de Europese mededingingsregels ondermijnen op grond van het beginsel van loyale samenwerking zoals dat in art. 4 lid 3 VEU is vastgelegd.

12 Zie E. Steyger, 'Vrij verkeer en mededinging: toenadering van privaat en publiekrecht', *NJB* 2012/30, p. 2114-2121.

In zowel *Wouters* als *Meca-Medina* werden op een privaatrechtelijke organisatie niet alleen het mededingingsrecht,¹³ maar ook de bepalingen betreffende het vrij verkeer van personen en diensten toepasselijk geacht. Deze organisaties werden ondanks hun privaatrechtelijke karakter getoetst aan deze vrijverkeersregels omdat zij als quasi-wetgevend orgaan hadden te gelden.¹⁴ Vanwege deze semi-overheidstaak, werd de toepasselijkheid van beide normenkaders gerechtvaardigd geacht om aldus het nuttig effect van het Unierecht te verzekeren. Mijn mening is dat de overheidsonderneming, evenzeer als de organisaties die centraal stonden in de zaken *Wouters* en *Meca-Medina* beoordeeld dient te worden onder de vrijverkeersbepalingen.¹⁵ Dit vanwege de uitvoering van een *taak in het publiek belang* in combinatie met een *verbondenheid met de overheid waarmee de overheid overwegende zeggenschap beoogt*. De overheidsonderneming is daarmee namelijk een semi-overheidsinstelling of een semi-private instelling die voor de toepassing van bepaalde vrijverkeersbepalingen valt onder een definitie van het begrip 'overheid'.¹⁶ Wat betreft de mededingingsregels geldt voor de overheidsonderneming dat aangezien ik aansluit bij het ondernemingsbegrip zoals dat in het kader van de mededingingsregels wordt toegepast, deze steeds toepasselijk kunnen zijn. In de volgende paragraaf geef ik aan in hoeverre door het in dit kader zeer relevante artikel 106 VWEU ruimte wordt geboden voor lidstaten om ten behoeve van het publieke belang van toepassing van de relevante Verdragsregels af te wijken.

1.2 Toetsing overheidsonderneming aan artikel 106 VWEU

Artikel 106 VWEU is een zogenoemd verwijzingsartikel voor de relevante primaire verdragregels voor de overheidsonderneming. Het artikel luidt:

'1. De lidstaten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van de Verdragen, met name die bedoeld in de artikelen 18 en 101 tot en met 109.

13 Een situatie die onder toetsing aan een van de fundamentele vrijheden valt, kan ook onder toetsing van de staatssteunregels vallen. Zie HvJ EU 17 juli 2008, zaak C-206/06, *Jur.* 2008, p. I-5497 (*Essent Network*), r.o. 59, HvJ EU 17 november 2009, zaak C-169/08, *Jur.* 2009, p. I-10821 (*Presidente del Consiglio dei Ministri*) en HvJ EG 18 juli 2006, nr. C-519/04 P, *Jur.* 2006, p. I-06993 (*Meca-Medina*).

14 Zie HvJ EU 19 februari 2002, nr. C-309/99, *Jur.* 2002, p. I-1577 (*Wouters*) en HvJ EG 18 juli 2006, nr. C-519/04 P, *Jur.* 2006, p. I-06991 (*Meca-Medina*).

15 Afhankelijk van de categorie van fundamentele vrijheden (goederen, diensten, personen of kapitaal) zullen de toepasselijke vrijverkeersregels verplichtingen opleggen aan lidstaten, dan wel aan zowel lidstaten als individuen. Zie R.C. Tobler en J. Beglinger, *Essential EU Law in Charts*, Hvgorac: Budapest 2010, p. 145.

16 Zie J.F. Appeldoorn en G.T. Davies, *Vier vrijheden. Een inleiding tot het recht van de Europese interne markt*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 134.

2. De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie.
3. De Commissie waakt voor de toepassing van dit artikel en richt, voor zover nodig, passende richtlijnen of besluiten tot de lidstaten.'

Het heeft geen zelfstandige werking, maar moet steeds in combinatie worden gezien met één van de inhoudelijke normen van het Europese recht. Hierbij valt te denken aan de expliciet in artikel 106 lid 1 VWEU genoemde mededingingsregels en staatssteunbepalingen. Het bereik van het artikel is hiertoe echter niet beperkt en het geldt ook voor bijvoorbeeld de fundamentele vrijheden.¹⁷

Het artikel is van groot belang voor overheidsondernemingen omdat het de toepasselijkheid van de Verdragen bepaalt. Aan de hand van dit kapstokartikel wordt – in combinatie met andere verdragsbepalingen zoals artikel 345 VWEU, de vrijverkeersbepalingen en de mededingingsregels in ruime zin – het Europeesrechtelijke kader bepaald en kunnen aldus de regels voor de overheidsonderneming met betrekking tot de vormgeving van overheidsinvloed in dergelijke ondernemingen en het bijpassend normenkader worden vastgesteld.

In artikel 106 VWEU wordt de aanwezigheid van overheidsondernemingen en ondernemingen met bijzondere of exclusieve rechten in het speelveld van de in beginsel vrije markt erkend.¹⁸ Het artikel is een poging de belangen van de lidstaten enerzijds en de Europese Unie anderzijds te verenigen. Indien regelingen met betrekking tot een overheidsonderneming binnen de reikwijdte van de verdragsregels vallen, biedt artikel 106 lid 2 VWEU de mogelijkheid om een dergelijke regeling uit te zonderen van onverkorte toepassing. De vrije markt is echter uitdrukkelijk het uitgangspunt.¹⁹ Artikel 106 lid 1 VWEU beoogt de onvervalste mededinging te waarborgen en de lidstaten te verplichten om de verwezenlijking van de doelstellingen van het verdrag, met name de in het artikel genoemde bepalingen, niet in gevaar te brengen.²⁰ Het artikel biedt

17 Zie R. Whish, *Competition Law* Londen: Oxford University Press 2012, p. 221 en 223.

18 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 620.

19 Zie omtrent de discussie over de verhouding tussen de vrije markt en diensten van algemeen economisch belang P. Craig en G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1073-1074.

20 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 571-572 en Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 126-127. Art. 106 VWEU behoort tot een van de verdragsartikelen die beogen de onvervalste mededinging te verzekeren. Zie

een aanknopingspunt voor staatsaansprakelijkheid en moet verzekeren dat (overheids)ondernemingen niet oneigenlijk gebruikt worden door lidstaten om de mededinging te vervalsen.²¹ Hoewel artikel 106 lid 1 VWEU zich niet richt tot de overheidsondernemingen, is het artikel wel degelijk van belang aangezien dit artikel ook de gedragingen van de overheid met betrekking tot bepaalde bevoorrechte ondernemingen – zoals de overheidsonderneming – normeert.

Artikel 106 VWEU bestaat uit drie leden. De eerste twee leden worden afzonderlijk besproken nadat ik hieronder eerst de algemene strekking van het gehele artikel heb weergegeven. In artikel 106 lid 1 VWEU is de algemene verplichting voor lidstaten neergelegd om de Verdragsregels te eerbiedigen. Dit geldt ook voor hun bemoeienis met betrekking tot overheidsondernemingen. Zowel de vrijheden, de mededingingsregels – zoals neergelegd in artikel 101 VWEU en artikel 102 VWEU – als ook de staatssteunregels van artikel 107 VWEU en artikel 108 VWEU, gelden derhalve voor overheidsondernemingen. In artikel 106 lid 2 VWEU wordt de mogelijkheid gegeven om bepaalde ondernemingen uit te zonderen van onverkorte toepassing van de verdragsregels. Het dient dan te gaan om ondernemingen die diensten van algemeen belang verschaffen. Het derde lid bevat een zelfstandige bevoegdheid voor de Europese Commissie om ter handhaving van de eerste twee leden van artikel 106 VWEU passende richtlijnen en beschikkingen tot de lidstaten te richten.²² Hoewel de Europese Commissie aldus de mogelijkheid heeft liberaliserende maatregelen in te stellen, heeft zij toegezegd geen gebruik te maken van artikel 106 lid 3 VWEU voor het aannemen van harmoniserende maatregelen, maar deze steeds te baseren op artikel

nader Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 105. Art. 106 VWEU kan als een uitwerking van het loyaliteitsbeginsel van art. 4 lid 3 VWEU worden gezien. Zie W. Sauter, 'Diensten van algemeen economisch belang en universele dienstverplichtingen in de gezondheidszorg', *M&M* 2008/1, p. 6.

21 Dunne verwoordt dit als volgt: "a State cannot do indirectly (through its influence over public, or privileged, undertakings) what it cannot do directly (through the activities of public authorities acting qua economic agents)." Zie N. Dunne, 'Knowing When To See It: State Activities, Economic Activities, And The Concept Of Undertaking', *Columbia Journal of European Law* 2010/16, p. 461.

22 Art. 106 lid 3 VWEU luidt: 'De Commissie waakt voor de toepassing van dit artikel en richt, voor zover nodig, passende richtlijnen of besluiten tot de lidstaten'. Over de (uitoefening) van deze specifieke bevoegdheid van de Europese Commissie zie nader de bespreking van het eerste en tweede middel, HvJ EG 6 juli 1982, nrs. C-188/80 t/m 190/80, *Jur.* 1982, p. 2545 (*Transparantierichtlijn I (Frankrijk, Italië, Verenigd Koninkrijk)*), r.o. 4-19. Zie nader Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 693-695.

114 VWEU.²³ Een voorbeeld van een op grond van artikel 106 lid 3 VWEU aangenomen maatregel is de Transparantierichtlijn.²⁴ Deze kan voor de overheidsonderneming relevant zijn, omdat ondernemingen die onder de eerste twee leden van artikel 106 VWEU vallen en een compensatie van de overheid ontvangen, een gescheiden boekhouding moeten voeren indien zij hiernaast ook reguliere economische activiteiten uitvoeren. Andere relevante maatregelen voor de overheidsonderneming die op basis van artikel 106 lid 3 VWEU zijn aangenomen, worden gevormd door het Altmark-pakket²⁵ dat van groot belang is voor de interpretatie van het aan lid 1 derogerende lid 2 van artikel 106 VWEU. Dit pakket van maatregelen wordt in paragraaf 4 van dit hoofdstuk besproken.

23 Dit om aldus te voldoen aan de door de lidstaten uitgesproken voorkeur voor deze rechtsbasis. Zie W. Sauter, 'Services of General Economic Interest and Universal Service in EU law', *ELR* 2008, p. 169-170 en V. Kronenberger, 'A Model of the Transformation Process of Statutory Monopolies in European Community Law: From Practice to Theory', *European Business Organization Law Review* 2001/2, p. 304. Haar monopolie op het instellen van wetgeving voor diensten van algemeen economisch belang blijft ondanks art. 14 VWEU echter onverminderd in stand. Een andere (concurrerende) rechtsbasis voor het aannemen van wetgeving met betrekking tot diensten van algemeen economisch belang wordt gevormd door art. 14 VWEU, waarvan de bewoording ten opzichte van de voorganger art. 16 VEG met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon zou worden aangevuld. Voorlopig geeft de Europese Commissie – gezien haar standpunt dat verdere regelgeving op basis van VEG onnodig is – de voorkeur aan het gebruik van art. 106 lid 3 VWEU. Zie nader W. Sauter, 'Services of General Economic Interest and Universal Service in EU law', *ELR* 2008, p. 172-173. De aanvulling is achterwege gebleven zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 620. De wetgevende bevoegdheid op grond van art. 14 VWEU is tot op heden nog niet gebruikt. Zie W. Sauter, 'De herziening van het Altmark-pakket. Nieuwe regels voor staatssteun en diensten van algemeen economisch belang', *M&M* 2011/6, p. 224.

24 Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, *PbEU* 2006, L 318/17-25.

25 Het pakket is op grond van art. 106 lid 3 VWEU door de Commissie aangenomen, met uitzondering van de Deminimisverordening die op basis van Verordening (EG) nr. 994/98 van de Raad van 7 mei 1998 betreffende de toepassing van de artikelen 92 en 93 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen, *PbEG* 1998, L142/1 is genomen. Zie Besluit van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen, *PbEU* 2012, L7/3; Mededeling van de Commissie – EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, *PbEU* 2012, C8/15; Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie, *PbEU* 2012, C8/4. Zie nader over het pakket W. Sauter, 'De herziening van het Altmark-pakket. Nieuwe regels voor staatssteun en diensten van algemeen economisch belang', *M&M* 2011/6, p. 228-229.

1.3 Opzet

Alvorens in te gaan op voor de overheidsonderneming toepasselijke verdragsregels, zoals de mededingingsregels, wordt in paragraaf 2 de toelaatbaarheid van de maatregelen op grond van welke de overheid invloed wil bewerkstelligen binnen vennootschappen besproken. Deze toelaatbaarheid is afhankelijk van de vraag in hoeverre het de lidstaten vrijstaat om de eigendom van overheidsondernemingen op grond van artikel 345 VWEU te regelen zodat aan toetsing van de fundamentele vrijheden kan worden ontkomen. Voorzover wordt geconcludeerd dat deze van toepassing zijn, wordt vervolgens in paragraaf 3 nader ingegaan op de via artikel 106 lid 2 VWEU toepasselijke Europeesrechtelijke normen zoals neergelegd in het kartelverbod en het verbod misbruik te maken van een machtspositie en hun toepasselijkheid op de overheidsonderneming. De verhouding van de overheidsonderneming ten aanzien van de staatssteunregels, in het bijzonder wanneer het de toelaatbaarheid van steun aan een overheidsonderneming op grond van artikel 106 lid 2 VWEU betreft, wordt in paragraaf 4 behandeld. Hierbij zal ook het op grond van artikel 106 lid 3 VWEU aangenomen Altmark-pakket dat de beoordeling van compensatie voor diensten van algemeen economisch belang onder de staatssteunregels nader toelicht, worden besproken. In paragraaf 5 wordt ten slotte een conclusie getrokken.

1.4 Vrije markt als uitgangspunt in de Europese Unie

Artikel 3 lid 3 VEU verwoordt de doelstelling om een interne markt tot stand te brengen.²⁶ Dit is volgens artikel 26 lid 2 VWEU 'een ruimte zonder binnen grenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van de Verdragen'. De verwezenlijking van een interne markt vindt enerzijds plaats door verbodsregels (en excepties daarop) die beogen belemmeringen voor de tussenstaatse handel weg te nemen. Anderzijds worden maatregelen in de vorm van secundaire regelgeving genomen die beogen nationale bepalingen te harmoniseren.²⁷

Allereerst wordt ter verduidelijking van de context waarbinnen de regulering van de overheidsonderneming plaatsvindt, in deze paragraaf de betekenis van

26 Deze interne markt is een vorm van economische eenwording die beoogt de fysieke landsgrenzen van de lidstaten in de Europese Unie voor productiefactoren buiten werking te stellen. Zie J.F. Appeldoorn en G.T. Davies, *Vier vrijheden. Een inleiding tot het recht van de Europese interne markt*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 11.

27 Zie S. Weatherill, *Cases and Materials on EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 264 en Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 488-489.

het begrip interne markt in de Europese Unie besproken.²⁸ In het kader van de vervolmaking van deze interne markt lijkt de behartiging van publieke belangen door de overheid en aldus de overheidsonderneming een ondergeschikte rol te spelen.²⁹ Het primaat ligt bij vrije marktwerking, of zoals Craig en De Búrca stellen:

‘Recent thinking has tended to favour a more confined role for the state, as manifested in the privatization of nationalized industries and in the deregulation of sectors of the economy.’³⁰

Ondanks de gedachte van het primaat van de vrije werking van de markt, wordt in het Europese recht wel degelijk ruimte gelaten aan lidstaten om een bijzondere positie voor diensten van algemeen economisch belang te creëren. In het VWEU wordt zoals gezien in artikel 106 VWEU immers bepaald dat rekening kan worden gehouden met ‘diensten van algemeen economisch belang’.³¹

Voor wat betreft de toepasselijkheid van Europees recht worden drie categorieën van diensten onderscheiden, te weten 1) reguliere economische diensten, 2) diensten van algemeen belang en 3) diensten van algemeen economisch belang. Met de verlening van reguliere economische diensten is geen door de nationale overheden aangewezen algemeen belang gemoeid. Deze worden zonder specifieke overheidsinterventie verleend. Voor deze diensten gelden de mededingingsregels onverkort. Anders dan reguliere economische activiteiten worden diensten van algemeen belang en diensten van algemeen economisch belang wel aangeboden met behulp van specifieke overheidsinterventie om een specifiek publiek belang te behartigen.³² Voorbeelden die in de juris-

28 Over de vraag of sprake is van een paradigmawisseling na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon omdat het regime voor de onvervalste mededinging niet langer meer wordt beschouwd als één van de doelstellingen van de EU zie nader F. Amtenbrink en J.W. van de Gronden, ‘Economisch recht en het Verdrag van Lissabon: mededinging en interne markt’, in: R.H. van Ooik en R.A. Wessel (red.), *De Europese Unie na het Verdrag van Lissabon*, Kluwer: Deventer 2009, p. 139-153. Auteurs menen dat op korte termijn het streven naar de onvervalste mededinging en een interne markt ongewijzigd blijft.

29 Deze interne markt is een vorm van economische eenwording die beoogt de fysieke landsgrenzen van de lidstaten in de Europese Unie voor productiefactoren buiten werking te stellen. Zie J.F. Appeldoorn en G.T. Davies, *Vier vrijheden. Een inleiding tot het recht van de Europese interne markt*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 11.

30 Zie P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1072.

31 Zie art. 14 VWEU.

32 Zie art. 2 Protocol nr. 26, betreffende de diensten van algemeen belang gehecht aan het VWEU en VEU, *PbEU* 2007, C 306/ 158-159. Zie nader P.J. Slot, M.H. Park en A. Cuyvers, ‘Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd’, *M&M* 2007/4, p. 101-112.

prudentie als dienst van algemeen belang worden aanvaard zijn onder andere afvalverwerking, ambulancediensten en publieke pensioenfonds.³³

Van belang is dat het verdrag alleen spreekt over diensten van algemeen economisch belang.³⁴ De term 'dienst van algemeen belang' vinden we in de tekst van het verdrag niet terug, maar met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is voor het eerst het begrip diensten van algemeen belang in primaire communautaire wetgeving opgenomen door toevoeging van een Protocol met betrekking tot diensten van algemeen belang.³⁵ Dit laatste begrip is breder en omvat zowel economische als *niet*-economische activiteiten die door de overheden van algemeen belang worden geacht.³⁶ Gezien het belang van diensten van algemeen economisch belang, moest de Europese wetgever de lidstaten de mogelijkheid bieden een uitzonderingspositie voor deze diensten van algemeen economisch belang te creëren.³⁷ De meningen omtrent de uitwerking van het Europese beleid op dit terrein verschillen. Met Baquero Cruz ben ik van mening dat de nadruk bij het uitvaardigen en handhaven van de regelgeving de afgelopen decennia met name heeft gelegen op de waarborging van mededinging en minder op de waarborging van diensten van algemeen belang.³⁸

Ondanks de nog steeds door het verdrag uitgedaemde angst voor staatsmonopolies,³⁹ heeft in de afgelopen jaren echter een kentering plaatsgevonden in

33 Zie respectievelijk de zaken HvJ EG 25 juni 1998, nr. C-203/96, *Jur.* 1998, p. I-4075 (*Chemische Afvalstoffen Dusseldorf e.a.*), HvJ EG 25 oktober 2001, nr. C-475/99, *Jur.* 2001, p. I-8089 (*Ambulanz Glöckner/Landkreis Südwestpfalz*) en HvJ EG 21 september 1999, nr. C-67/96, *Jur.* 1999, p. I-5751 (*Albany International BV/ Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*).

34 Zie art. 14 en 106 VWEU.

35 Zie Protocol nr. 26, betreffende de diensten van algemeen belang, *PbEU* 2007, C 306/ 158-159. Op grond van art. 51 VEU vormt dit protocol een integrerend deel uit van de Verdragen.

36 De Commissie is in een Witboek nader ingegaan op de term diensten van algemeen belang, waartoe ook de diensten van algemeen economisch belang als subcategorie worden gerekend. In het Witboek over diensten van algemeen belang (...) wordt bevestigd dat er in de Unie een gemeenschappelijk concept van diensten van algemeen belang bestaat. Dit concept weerspiegelt de waarden en doelstellingen van de Gemeenschap en is gebaseerd op een reeks gemeenschappelijke elementen, waaronder universele dienst, continuïteit, kwaliteit van de dienst, betaalbaarheid, en gebruikers- en consumentenbescherming. Zie Witboek over diensten van algemeen belang (COM 2004), nr. 374, p. 4-5.

37 Zie nader P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1074. In het Witboek over diensten van algemeen belang worden diensten van algemeen belang als 'een belangrijke pijler (...) van het Europese samenlevingsmodel' beschouwd. Zie Witboek over diensten van algemeen belang (COM 2004), nr. 374, p. 4-5.

38 Zie J. Baquero Cruz, 'Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law', in: G. de Búrca (red.), *EU Law and the Welfare State, In Search of Solidarity*, New York: Oxford University Press 2005, p. 207.

39 Zie E. Szyszczak, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Portland: Hart Publishing 2007, p. 112 e.v.

het denken met betrekking tot het nut en de noodzaak van diensten van algemeen (economisch) belang. In het Verdrag van Maastricht en het Verdrag van Amsterdam werden de voorheen louter economische doelstellingen van de toen nog Europese Gemeenschappen reeds aangevuld met sociale doelstellingen. Nu moet voor een duurzame ontwikkeling van Europa volgens artikel 3 lid 3 VEU worden uitgegaan van een sociale markteconomie waarbij ook oog moet zijn voor andere dan economische belangen. Artikel 14 VWEU benadrukt bovendien het belang en de bijzondere positie van diensten van algemeen economisch belang. De bevoegdheid van lidstaten om diensten van algemeen economisch belang aan te wijzen, is hierin vastgelegd. Het besef van de noodzaak van goed functionerende diensten van algemeen belang lijkt op Europees niveau derhalve steeds sterker te worden. Prosser stelt met betrekking tot de ontwikkeling van de gedachte ten aanzien van diensten van algemeen belang:

‘Initially they were seen as something of an irritant, limiting the creation of a full market. Now a much more positive view is taken, despite only cautious substantive proposals in the 2004 White Paper. Such services are confirmed an essential element of European citizenship and, rather than the main question being that of how their operation can be restricted and remodeled to become compatible with the single market, it is of how their operation can be improved and made both more efficient and more responsive to social values such as those underlying public service.’⁴⁰

Er zou derhalve vanwege het in artikel 14 VWEU gestelde voldoende ruimte moeten zijn om rekening te houden met de behartiging van publieke belangen. Ik kom hierop terug in paragraaf 4. De interne markt doelstelling heeft bij de economische integratie in de Europese Unie echter lange tijd voorop gestaan.

2 NATIONALE EIGENDOMSREGELINGEN VAN OVERHEIDSONDERNEMING EX ARTIKEL 345 VWEU

2.1 Algemeen

De vraag of en in hoeverre lidstaten gebruik kunnen maken van privaatrechtelijk ingerichte overheidsondernemingen, hangt af van de ruimte die het Europees recht de lidstaten op grond van artikel 345 VWEU geeft.⁴¹ Op grond van artikel 345 VWEU kunnen lidstaten zelfstandig beslissen een overheidsonderneming op te richten of een reeds bestaande onderneming als overheidsonder-

40 Zie T. Prosser, *The Limits of Competition Law, Markets and Public Services*, New York: Oxford University Press 2005, p. 172.

41 Het subsidiariteitsbeginsel dat inhoudt dat de overblijvende beleidsmakende bevoegdheden bij de lidstaten blijven, ondersteunt dit uitgangspunt. Zie A. Verhoeven, ‘Privatisation and EC Law: Is the European Commission “Neutral” with Respect to Public versus Private Ownership of Companies?’, *International and Comparative Law Quarterly* 1996, p. 861-863.

neming in te richten. In dit artikel – waarvan de bewoordingen sinds 1957 onveranderd zijn gebleven⁴² – is namelijk een bijzondere positie voor de regeling van het eigendomsrecht door de lidstaten vastgelegd.⁴³

2.2 Artikel 345 VWEU: neutraliteit als uitgangspunt?

De tekst van de bepaling verwoordt een soevereiniteitsbehoud van de lidstaten.⁴⁴ Artikel 345 VWEU luidt: ‘De Verdragen laten de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet.’⁴⁵ Het uitgangspunt van het artikel is dat het de neutraliteit van de Europese Unie ten opzichte van nationaliserings- of privatiseringsprogramma’s van de lidstaten weergeeft.⁴⁶ Dit houdt in dat lidstaten in beginsel de vrijheid hebben om het systeem van eigendom en de rol van de overheid in de nationale economie te kiezen en individuele beslissingen te nemen waarmee eigendomsrechten worden toegekend. Met artikel 345 VWEU wordt tot uitdrukking gebracht dat het Europese recht zogenaamd een neutrale positie inneemt tegenover privaat dan wel publiek ingerichte ondernemingen, in die zin dat de bevoegdheid van de lidstaten om te bepalen wat tot de publieke en private sector behoort, in beginsel niet ter discussie wordt gesteld. Er bestaat volgens Europees recht dan ook geen verplichting om te privatiseren.⁴⁷

42 Zie B. Akkermans en E. Ramaekers, ‘Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations’, *European Law Journal* 2010/16, p. 296 en 300.

43 Hoewel deze bijzondere positie verband houdt met vraagstukken van bevoegdheidsverdeling, moet dit artikel niet als rechtsbasis worden gezien voor een bevoegdheidsverdeling tussen de EU en lidstaten. Zo ook B.J. Drijber, ‘Interne markt en publieke voorzieningen: een schijntegenstelling’, *SEW* 2007/7/8, p. 258-264. Vossestein bespreekt de reikwijdte van art. 345 VWEU in het kader van de vraag in hoeverre de EU bevoegd is vennootschapsrecht in te stellen. Zie G.J. Vossestein, ‘De bevoegdheid van de Europese Gemeenschap tot regeling van het vennootschapsrecht’, *WPNR* 2002/6481, p. 247-253.

44 Zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 609.

45 Art. 345 VWEU, het voormalige art. 295 VEG en daarvoor art. 222 EEG. Zie B. Akkermans en E. Ramaekers, ‘Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations’, *European Law Journal* 2010/16, p. 299.

46 Zie nader A. Verhoeven, ‘Privatisation and EC Law: Is the European Commission “Neutral” with Respect to Public versus Private Ownership of Companies?’, *International and Comparative Law Quarterly* 1996, p. 863 en J.H.M. van Erp, ‘Europees privaatrecht en rechtsvergelijking (2). Wat wordt nu eigenlijk verstaan onder “Europees privaatrecht” en bestaat er “Europees” goederenrecht?’, *WPNR* 2000/6408, p. 476.

47 Zie B. Baarsma, M. de Nooij, W. Koster en C. van der Weijden, ‘Divide and rule. The economic and legal implications of the proposed ownership unbundling of distribution and supply companies in the Dutch electricity sector’, *Energy Policy* 2007/35, p. 1791 en K.J.M. Mortelmans en H.A.G. Temmink, ‘Het wetsvoorstel Markt en Overheid in een Europeesrechtelijk perspectief: concurrerende stelsels?’, *NTER* 2002/10, p. 245.

Het is echter de vraag of het Europese recht daadwerkelijk neutraal tegenover ondernemingen staat die in publieke handen worden gedreven.⁴⁸

‘Thus, while article 345 [TFEU] supports EU agnosticism as to the regime of ownership within any particular state, the thrust of much else in the Treaty is against the type of dominance that can accompany public ownership. It is also against the grant of any special, beneficial position to firms which may distort competition within the internal market’.⁴⁹

Tussen de vrijheid van lidstaten om het systeem van eigendomsrecht (waaronder dat van ondernemingen) in te richten enerzijds en de doelstelling van in beginsel onvervalste mededinging anderzijds,⁵⁰ bestaat een zeker spanningsveld. Privaat ingerichte ondernemingen zonder dominante positie en publiek ingerichte ondernemingen worden onder het Europese recht – ondanks de in artikel 345 VWEU neergelegde neutraliteit – dan ook niet gelijk behandeld. Dit is in principe niet verwonderlijk en bovendien in lijn met de voor ondernemingen met een dominante positie geldende normering. Voor ondernemingen met een dergelijke machtspositie gelden immers strengere normen dan voor niet-dominante ondernemingen om aldus een gelijk speelveld te creëren.⁵¹ In die zin gelden ook voor overheidsondernemingen in bepaalde opzichten meer of strengere eisen doordat zij in een machtigere positie ten opzichte van eventueel concurrerende private ondernemingen kunnen verkeren. Het Europese recht poogt overheidsondernemingen derhalve zo veel mogelijk van een eventueel bevoordeelde positie te ontdoen. De neutraliteit houdt in dat zich geen ongerechtvaardigde discriminatie tussen private en publieke ondernemingen mag voordoen: zij hebben dezelfde rechten en plichten.⁵² In beginsel gelden derhalve dezelfde regels voor zowel publieke als private ondernemingen met een dominante positie, tenzij de Verdragen zelf een afwijking toestaan.⁵³ Dominantie van ondernemingen die publiek eigendom zijn, wordt – ondanks artikel 345 VWEU en de wens van lidstaten om rekening

48 Zo ook W. Devroe, *Privatizations and Community Law: Neutrality versus Policy*, *Common Market Law Review* 1997/34, p. 267-306.

49 Zie P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1073.

50 Zo spreekt de preambule van het VWEU er over dat ‘de verwijdering van de bestaande hinderpalen eensgezind optreden vereist teneinde de gestadige expansie, het evenwicht in het handelsverkeer en de eerlijkheid in de mededinging te waarborgen’.

51 Zo is bepaald gedrag slechts verboden onder het verbod van misbruik van machtspositie, indien de onderneming een machtspositie bezit. Zie nader par. 5.2.

52 Zie Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, *PbEU* 2006, L 318/17, onder 4 van de preambule en Witboek over diensten van algemeen belang (COM 2004), nr. 374.

53 Zie L. Hancher, ‘European utilities policy: The emerging legal framework’, *Utilities Policy* 1991/1 (3), p. 255-266.

te houden met de bijzondere positie van de overheidsonderneming – zoveel mogelijk bestreden via de genoemde verdragsregels.⁵⁴

2.3 Onderscheid toekenning en uitoefening eigendomsrechten

Artikel 345 VWEU is een voorbehoud van niet-economische aard.⁵⁵ Verdragsregels dienen de eigendomsregelingen van lidstaten onverlet te laten, omdat de lidstaten zich met dit artikel het soevereine recht voor hebben willen behouden om over het systeem van eigendom te beslissen. Artikel 345 VWEU is echter een algemeen voorbehoud en wordt daarom eng geïnterpreteerd. De vrijwaring wordt derhalve niet zo ruim geïnterpreteerd dat *alle* nationale regels over eigendomsbezit volledig buiten het bereik van het Europees recht zouden vallen.⁵⁶ Volgens het HvJ EU is het niet de bedoeling dat met artikel 345 VWEU alle nationaliserings- en privatiseringsvraagstukken buiten de reikwijdte van de Verdragen geplaatst kunnen worden.⁵⁷ Uit het gebruik van de woorden ‘laten onverlet’ in artikel 345 VWEU, blijkt dat de Europese Unie slechts neutraal is ten opzichte van het *systeem* van eigendom in de lidstaten.⁵⁸ De neutraliteit heeft derhalve slechts betrekking op de toekenning van eigendomsrechten. Lidstaten hebben de bevoegdheid eigendomsregelingen of regelingen van onteigening in te voeren.⁵⁹ De eigendomsregeling valt echter niet buiten het toepassingsbereik van de fundamentele verdragsregels.⁶⁰ Ondanks de vrijheid die het artikel de lidstaten laat bij de *toekenning* van eigendomsrechten, wordt de *uitoefening* van deze eigendomsrechten niet afgeschermd van de toepasselijkheid van de verdragsartikelen. De uitoefening van de eigendomsrechten moet op grond van het reeds genoemde artikel 106 VWEU wel steeds in overeenstemming zijn met fundamentele verdragsregels zoals het non-discriminatiebeginsel, de vrijheden, de mededingingsregels en

54 Zie P. Craig en G. de Búrca, *EU Law: text, cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1073.

55 Zie nader S. Bartels, ‘Europees privaatrecht: enkele opmerkingen over de bevoegdheidsverdeling tussen Unie en lidstaat met betrekking tot het eigendomsrecht, AA 1995/4, p. 244-251 en Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 489.

56 Vergelijk H.H. Fredriksen, ‘The EFTA Court 15 Years On’, *International and Comparative Law Quarterly* 2010/59, p. 742-743.

57 HvJ EG 13 juli 1966, gev. zaken nrs. 56/64 en 58/64, *Jur.* 1966, p. 449 (*Consten-Grundig*) en HvJ EG 23 mei 1978, nr. 102/77, *Jur.* 1978, p. 1139 (*Hoffmann-La Roche & Co. AG/Centralfarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*), par. 16.

58 Zie B. Akkermans en E. Ramaekers, ‘Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations’, *European Law Journal* 2010/16, p. 298.

59 Zie HvJ EG 6 november 1984, nr. 182/83, *Jur.* 1984, p. 3677, r.o. 7 (*Fearon*).

60 Zie HvJ EG 1 juni 1999, nr. C-302/97, *Jur.* 1999, p. I-3099, r.o. 38 (*Konle*).

de staatssteunregels.⁶¹ Het neutraliteitsbeginsel rechtvaardigt mijns inziens bij de toepassing van de verdragsregels echter wel een genuanceerde afweging tussen Europese publieke belangen (zoals de vervolmaking van de interne markt) en nationale publieke belangen (zoals de behartiging van continuïteit en onverstoorde energievoorziening). En hiertoe moeten voldoende mogelijkheden voor de lidstaten open staan om effectief toezicht te houden op dergelijke legitieme publieke belangen.

2.4 De reikwijdte van de bescherming van artikel 345 VWEU

Daargelaten of lidstaten ter behartiging van bepaalde publieke belangen wel voldoende mogelijkheden hebben om in bepaalde ondernemingen overheidsinvloed te bewerkstelligen, wordt de beantwoording van de vraag in hoeverre de Verdragen overheidsinvloed in vennootschappen toelaten, bemoeilijkt omdat de reikwijdte van de bescherming onder artikel 345 VWEU niet evident is. Het artikel heeft volgens sommigen een zeer beperkte reikwijdte, aangezien de beleidsruimte voor de lidstaten anders te groot zou blijven.⁶² Mijns inziens doet een dergelijke beperkte uitleg echter niet geheel recht aan de plaats van het artikel in het VWEU. Systematisch 'staat' artikel 345 VWEU op gelijke hoogte met de in de verdragsartikelen genoemde fundamentele vrijheden, zodat de toepassing en werkingssfeer van artikel 345 VWEU relevant zouden kunnen zijn voor de vraag of en in hoeverre nationale regelingen van (zeggenschapsrechten in de) overheidsonderneming onder toetsing van Europees recht vallen.⁶³

Dat er onduidelijkheid kan bestaan over de vraag of sprake is van een situatie die op grond van artikel 345 VWEU wordt beschermd of van een situatie die onder de overige verdragsregels moet worden getoetst, blijkt uit prejudi-

61 Het HvJ EU maakt voor de toepasselijkheid van EU recht op eigendomsrechten een onderscheid tussen de bevoegdheid om een eigendomsrecht in het leven te roepen en de bevoegdheid om het toegekende recht uit te oefenen, waarbij slechts de vrijheid om een bevoegdheid in het leven te roepen door art. 345 VWEU wordt afgeschermd van toetsing aan de verdragsregels en de uitoefening van het toegekende recht onder toetsing van de verdragsregels valt. Zie HvJ EG 13 juli 1966, gev. zaken nrs. 56/64 en 58/64, *Jur.* 1966, p. 449 (*Consten-Grundig*) en HvJ EG 23 mei 1978, nr. 102/77, *Jur.* 1978, p. 1139 (*Hoffmann-La Roche & Co. AG/Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*), par. 16 en nader A. Johnston, A. Kavali en K. Neuhoff, 'Take-or-pay contracts for renewables deployment', *Energy Policy* 2008/36 (7), p. 2502.

62 Zie J.H.M. van Erp, 'Europees privaatrecht en rechtsvergelijking (2). Wat wordt nu eigenlijk verstaan onder "Europees privaatrecht" en bestaat er "Europees" goederenrecht?', *WPNR* 2000/6408, p. 477.

63 Zie concl. van A-G Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak C-463/00, HvJ EG 13 mei 2003, nr. C-463/00, *Jur.* 2003, p. I-4581 (*Commissie/Spanje*). Deze visie wordt besproken bij de analyse van de zogenoemde gouden aandelen jurisprudentie van het HvJ EU in par. 6.2. Zie ook B. Akkermans en E. Ramaekers, 'Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations', *European Law Journal* 2010/16, p. 292-314.

ciële vragen die de Hoge Raad ten aanzien van deze kwestie in een aantal energiezaken heeft gesteld aan het HvJ EU.⁶⁴ In deze nog bij het HvJ EU aanhangige zaken is de vraag voorgelegd of een absoluut privatiseringsverbod tot de door het Europese recht in artikel 345 VWEU gewaarborgde vrije beleidsruimte van lidstaten behoort of dat een dergelijk verbod als uitoefening van eigendomsrechten moet worden beschouwd.⁶⁵ Het laatste standpunt zou inhouden dat deze beperkingen vergelijkbaar zijn met 'gouden aandeel' regelingen en dat deze aan eenzelfde toetsing onder de Verdragen worden onderworpen.⁶⁶ In de volgende paragraaf wordt de 'gouden aandeel'-jurisprudentie in het kader van de bespreking van artikel 106 lid 1 VWEU en de vrijverkeersregels, nader besproken.

2.5 Vrij verkeerregels voor de overheidsonderneming

2.5.1 De fundamentele vrijheden

Inleiding

Lidstaten nemen om verschillende redenen deel in (overheids)ondernemingen. Hoewel dergelijke keuzes democratisch tot stand komen binnen de nationale rechtsorde, vindt in het kader van de Europese Unie toetsing van deze keuzes plaats om te verzekeren dat ze in overeenstemming met de doelstellingen van de interne markt zijn. Zo kan de regeling waarbij een lidstaat bijzondere zeggenschapsrechten heeft verbonden aan bepaalde aandelen, als een – onder de rechtstreeks werkende vrijverkeersbepalingen – verboden handelsbelemmering worden gezien. Het is derhalve mogelijk dat hetgeen een private aandeelhouder wél is toegestaan, een lidstaat niet is toegestaan.⁶⁷

64 De Hoge Raad stelde prejudiciële vragen omtrent de verenigbaarheid van een absoluut privatiseringsverbod onder de Verdragsregels en daarmee uitleg over de precieze reikwijdte en betekenis van art. 345 VWEU. Zie HR 24 februari 2012, *LJN BQ9210*, *BQ9212* en *BQ9214* (*Essent; Eneco; Delta/Staat*). Zie voor een bespreking de rubriek 'Jurisprudentie NL Actueel' in *SEW* 2012/5, p. 204-205.

65 Zie het verzoek om een prejudiciële beslissing, ingediend door de Hoge Raad der Nederlanden op 29 februari 2012 – Staat der Nederlanden tegen Essent NV en Essent Nederland BV. Het betreft drie gevoegde zaken. Zie HvJ EU 26 mei 2012, nr. C-105/12, C-106/12, C-107/12, *Jur.* 2012, p. 12.

66 Zie nader J.M.T. Feld en S.J.W.H. Reintjes, 'Gerechtshof Den Haag: splitsen energiebedrijven in strijd met het Europese recht', *Bb* 2010/24, nr. 49. Over het verschil tussen de vrijheid voor lidstaten van keuze tussen wel of niet privatiseren die door art. 345 VWEU onverlet wordt gelaten en de uitoefening van eigendomsrechten die wel worden getoetst onder het EU recht. Zie nader de rubriek 'Jurisprudentie Actueel NL', *SEW* 2012/5, p. 204-205. Zie nader hoofdstuk 6.

67 Zie L.C. Backer, 'The Private Law of Public Law: Public Authorities as Shareholders, Golden Shares, Sovereign Wealth Funds, and the Public Law Element in Private Choice of Law', *Tul. L. Rev.* 2007-2008/82, p. 1801-1868.

Hieronder wordt gezien in hoeverre vennootschapsrechtelijke constructies onder de vrijverkeersbepalingen toelaatbaar zijn. Hiertoe wordt een analyse van de 'gouden aandeel'- jurisprudentie gegeven en bekeken in hoeverre lidstaten de ruimte hebben om beleid ter behartiging van nationale publieke belangen aldus vorm te geven.⁶⁸ Het begrip gouden aandeel ziet strikt genomen op een aandeel met bijzondere zeggenschapsrechten, maar met het begrip worden alle constructies 'either in law or in the company's constitution, made by Member States with respect to companies in their jurisdiction, typically companies that have been privatized, and that confer to a Member State certain powers of control over those companies, or the ability to prevent certain shareholders to acquire control over those companies' bedoeld.⁶⁹ Met 'gouden aandeel'- jurisprudentie bedoel ik derhalve alle jurisprudentie van het HvJ EU met betrekking op de vormgeving van overheidsinvloed in ondernemingen via vennootschapsrechtelijke constructies en specifieke regulering die binnen het bereik van de vrijverkeersbepalingen valt.

De relevante verdragsbepalingen en hun onderlinge verhouding

Voor de overheidsonderneming kunnen met name de vrijverkeersbepalingen van goederen,⁷⁰ vestiging,⁷¹ diensten⁷² en kapitaal⁷³ relevant zijn.⁷⁴

68 Voor het belang van jurisprudentie voor de uitleg van de werking van de vrijverkeersbepalingen zie J.F. Appeldoorn en G.T. Davies, *Vier vrijheden. Een inleiding tot het recht van de Europese interne markt*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003 en Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 487-488.

69 Zie J.W. Winter, 'Ius Audacibus. The future of EU company law', in: M. Tison e.a. (red.), *Perspectives in Company Law and Financial Regulation. Essays in Honour of Eddy Wymeersch*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, p. 52.

70 De voor het vrije verkeer van goederen relevante bepalingen zijn art. 28 VWEU tot en met art. 37 VWEU. Voor de inrichting van de overheidsonderneming zijn de bepalingen met betrekking tot vrij verkeer van goederen minder relevant. Ik noem een aantal artikelen en bespreek hier echter kort in het bijzonder de artt. 34 en 35 VWEU omdat deze inzicht geven in het schema waaraan beperkingen worden getoetst op verenigbaarheid met het vrij verkeer van goederen. Deze artikelen bevatten rechtstreeks werkende verboden van twee categorieën handelsbelemmeringen, kwantitatieve maatregelen en maatregelen die eenzelfde beperkende werking hebben. Art. 34 VWEU bepaalt: 'Kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden.' Art. 35 VWEU luidt: 'Kwantitatieve uitvoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden.' Art. 36 VWEU bevat een exceptiemogelijkheid ten aanzien van deze verboden. In art. 36 VWEU staat: 'De bepalingen van de artikelen 34 en 35 vormen geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen.' Art. 37 VWEU ziet op nationale monopolies van commerciële aard.

Vennootschappen worden op grond van artikel 54 VWEU voor wat betreft de

-
- 71 Het vrije verkeer van vestiging is geregeld in de artikelen 49 tot en met 55 VWEU. Ik noem hier kort de artikelen die inzicht geven in het schema waaraan beperkingen worden getoetst op verenigbaarheid met het vrij verkeer van vestiging. Art. 49 VWEU bevat het verbod op belemmering van vrij verkeer van vestiging. Het artikel luidt voluit: 'In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.
- De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van art. 54, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.' De verdragsexceptie op het in art. 49 VWEU geformuleerde verbod staat in art. 52 VWEU: '1. De voorschriften van dit hoofdstuk en de maatregelen uit hoofde daarvan genomen doen niet af aan de toepasselijkheid van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen waarbij een bijzondere regeling is vastgesteld voor vreemdelingen welke bepalingen uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn.'
- 72 Het vrij verkeer van diensten wordt geregeld in de artikelen 56 tot en met 62 VWEU. Hoewel het vrije verkeer van diensten in het algemeen van groot belang is voor rechtspersonen, waaronder derhalve ook (kapitaal)vennootschappen, zal deze voor de overheidsonderneming die een nationaal publiek belang behartigt, minder relevant zijn. Ik bespreek hier echter kort de artikelen die inzicht geven in het schema waaraan beperkingen worden getoetst op verenigbaarheid met het vrij verkeer van diensten. Art. 56 VWEU (oud art. 49 VEG) bevat het verbod: 'In het kader van de volgende bepalingen zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.' Vanwege de verwijzing in art. 62 VWEU naar de artikelen 51 tot en met 54 VWEU, moet voor de verbodsexceptie van belemmering van het vrij verkeer van diensten derhalve worden gekeken naar art. 52 VWEU en geldt ook voor dienstenverkeer dat vennootschappen gelijk worden gesteld met onderdanen.
- 73 Het vrij verkeer van kapitaal wordt gegarandeerd door de artikelen 63 tot en met 66 VWEU. Bij de bespreking van de vrij verkeerregels wordt met name aandacht besteed aan de gouden aandelen jurisprudentie. Ik bespreek hier kort de artikelen die inzicht geven in het schema waaraan beperkingen worden getoetst op verenigbaarheid met het vrij verkeer van kapitaal. De verbodsbepaling staat in lid 1 van art. 63 VWEU (oud art. 56 VEG): 'In het kader van de bepalingen van dit hoofdstuk zijn alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden.' De verdragsexceptie in lid 1 sub b van art. 65 (oud art. 58 VEG) luidt: '1. Het bepaalde in art. 63 doet niets af aan het recht van de lidstaten: b) alle nodige maatregelen te nemen om overtredingen van de nationale wetten en voorschriften tegen te gaan, met name op fiscaal gebied en met betrekking tot het bedrijfseconomisch toezicht op financiële instellingen, of te voorzien in procedures voor de kennisgeving van kapitaalbewegingen ter informatie van de overheid of voor statistische doeleinden, dan wel maatregelen te nemen die op grond van de openbare orde of de openbare veiligheid gerechtvaardigd zijn.'
- 74 Het vrij verkeer van werknemers en betalingsverkeer komen bij de weergave van de relevante artikelen en hun onderlinge verhouding derhalve niet aan de orde.

in het artikel genoemde regels met betrekking tot het vrije verkeer van vestiging en diensten gelijkgesteld met onderdanen van de lidstaten.⁷⁵

De bepalingen met betrekking tot deze fundamentele vrijheden hebben in beginsel (bijna) allemaal dezelfde structuur. De verbodsbepaling waarin belemmeringen van het vrije verkeer worden verboden, wordt in beginsel steeds opgevolgd door een bepaling waarin limitatief de excepties op het verbod zijn opgenomen.⁷⁶ Ook de schematische toetsing door het HvJ EU van maatregelen aan deze bepalingen van vrij verkeer zijn onder alle vrijheden op grote lijnen hetzelfde.⁷⁷ Deze vrijverkeerstoetsing wordt hieronder besproken.

In het kader van dit onderzoek lijkt artikel 37 VWEU wellicht relevant.⁷⁸ Dit artikel reguleert publieke monopolies op goederen, zoals artikel 106 VWEU voorwaarden aan de uitvoering van publieke diensten stelt.⁷⁹ Indien sprake is van een publiek monopolie met betrekking tot goederen vindt toetsing plaats onder hetzij artikel 37 VWEU, hetzij de artikelen 34 en 35 VWEU.⁸⁰ De huidige benadering van het HvJ EU is echter dat artikel 37 VWEU bijna nooit van toepas-

75 Werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag vallen niet onder het verbod van het artikel. Zie art. 51 VWEU.

76 Dit geldt niet voor art. 30 VWEU.

77 Er valt convergentie te herkennen in de interpretatie van de vrijverkeersbepalingen vanwege toegepaste assimilatietechnieken bij de vrijheden onderling, hoewel er zeker verschillen zijn. Zo is er discussie omtrent de vraag of het in het Keck arrest geformuleerde omtrent het toepassingsbereik van de vrijheid van goederen ook van toepassing is op de vrijheid van kapitaal. Zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 500. Slot meent dat hiervoor een opening is zie P.J. Slot, 'Overheid en markt: golden shares en andere instrumenten', *AA* 2012, p. 51.

78 In art. 37 VWEU staat: '1. De lidstaten passen hun nationale monopolies van commerciële aard aan in dier voege dat elke discriminatie tussen de onderdanen van de lidstaten wat de voorwaarden van de voorziening en afzet betreft is uitgesloten. De bepalingen van dit artikel zijn van toepassing op elk lichaam waardoor een lidstaat de invoer of de uitvoer tussen de lidstaten in rechte of in feite rechtstreeks of zijdelings beheerst, leidt of aanmerkelijk beïnvloedt. Deze bepalingen zijn eveneens van toepassing op de door een staat gedelegeerde monopolies.

2. De lidstaten onthouden zich ervan enige nieuwe maatregel te treffen welke tegen de in lid 1 vermelde beginselen indruist of de draagwijdte van de artikelen inzake het verbod op douanerechten en kwantitatieve beperkingen tussen de lidstaten beperkt.

3. Wanneer er een monopolie van commerciële aard bestaat, dat een regeling ter vergemakkelijking van de afzet of van de valorisatie van landbouwproducten omvat, dienen bij de toepassing van de bepalingen van dit artikel gelijkwaardige waarborgen te worden gegeven voor de werkgelegenheid en de levensstandaard van de betrokken producenten'.

79 Zie H.J. van Harten, 'Over innemen en afscheiden; tussen vrij verkeer en alcoholmonopolie', *NTER* 2007/10, p. 185-190.

80 Gesteld dat de handelsbelemmering in casu de invoer van producten betreft en niet de uitvoer omdat art. 35 VWEU dan het toepasselijke verdragsartikel zou zijn.

sing is, en dit artikel zal derhalve in dit onderzoek buiten beschouwing blijven.⁸¹

De vrijverkeerstoets

De vrijverkeerstoets is zoals gezegd in grote lijnen hetzelfde voor de verschillende vrijheden. Allereerst geldt dat indien er secundaire regelgeving is, hieraan wordt getoetst in plaats van aan primaire Europese regelgeving zoals de relevante verdragsregels.⁸² Dit geldt voor zover er sprake is van volledige en uitputtende harmonisatie. Bij gedeeltelijke harmonisatie, wordt voor de niet geharmoniseerde onderdelen getoetst aan de in de hierboven genoemde verdragsregels neergelegde verboden en excepties.⁸³ Onder de vrijverkeersbepalingen zijn ongerechtvaardigde belemmeringen van het vrije verkeer verboden. Als beperkingen zijn bijvoorbeeld voor het vrij verkeer van goederen te beschouwen 'iedere handelsbelemmering van de lidstaten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren.'⁸⁴ Voor het vrij verkeer van diensten geldt bijvoorbeeld dat belemmeringen alle maatregelen zijn die de uitoefening van de fundamentele vrijheden van het Verdrag belemmeren of minder aantrekkelijk maken.⁸⁵ De betwiste overheidsmaatregelen die als handelsbelemmering moeten worden aangemerkt mogen niet willekeurig discrimineren of een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten zijn. Om de belemmering te rechtvaardigen moet sprake zijn van een legitieme rechtvaardigingsgrond. Die kan worden gevonden in de limitatieve opsommingen van de (met de verbodsbepalingen corresponderende) verdragsbepalingen met exceptiemogelijkheid of in de in

81 Deze betreft slechts belemmerende overheidsmaatregelen in de vorm van een invoer- of uitvoermonopolie. De regulering van de verkoop van goederen valt aldus reeds buiten het toepassingsbereik van het artikel. Zie HvJ EG 5 juni 2007, nr. C-170/04, *Jur.* 2007, p. I-4071 (*Rosengren e.a./Riksläkaren*) en H.J. van Harten, 'Over innemen en afscheiden; tussen vrij verkeer en alcoholmonopolie', *NTER* 2007/10, p. 188. Zie de recente uitspraak HvJ EU 12 april 2012, nr. C-456/10, nog niet gepubliceerd (*ANETT*) waarin art. 37 VWEU niet relevant werd geacht.

82 Zie HvJ EG 5 oktober 1977, nr. 5/77, *Jur.* 1977, p. 1555 (*Carlo Tedeschi tegen Denavit Commerciale s.r.l.*) voor het vrij verkeer van goederen en in een algemenere context HvJ EU 18 juni 2009, nr. C-303/07, *Jur.* 2009, p. I-05145 (*Aberdeen*).

83 Wel wordt de richtlijn geïnterpreteerd in het licht van de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer. Zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 499.

84 De in de rechtspraak in het kader van het vrij verkeer van goederen ontwikkelde Dassonville-formule – die *mutatis mutandis* analoog van toepassing kan zijn op andere vrijverkeersbepalingen – geeft een omschrijving van een handelsbelemmering door een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking die zeer breed is. Hieronder valt namelijk 'iedere handelsregeling der lidstaten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren.' Zie HvJ EG 11 juli 1974, nr. 8/74, *Jur.* 1974, p. 837, r.o. 5 (*Dassonville*).

85 Zie HvJ EG 30 november 1995, nr. C-55/94, *Jur.* 1995, p. I-4165 (*Reinhard Gebhard t. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*).

het Cassis de Dijon-arrest⁸⁶ geformuleerde 'Rule of Reason' redenering. Dwingende behoeften die niet onder de in de verdragsexcepties genoemde rechtvaardigingsgronden vallen, kunnen in bepaalde gevallen ook worden ingeroepen ter rechtvaardiging van overheidsmaatregelen die de tussenstaatse handel belemmeren. Indien een beroep wordt gedaan op een rechtvaardiging, moet deze wel de toets van de evenredigheid doorstaan. De betwiste overheidsmaatregel moet geschikt zijn om het gestelde doel te verwezenlijken, niet verder gaan dan noodzakelijk en leiden tot een evenredige uitkomst.⁸⁷ Als de omstreden nationale maatregelen de evenredigheidstoets doorstaan, zijn zij onder de vrijverkeersbepalingen toegestaan, ook al wordt het vrije verkeer hierdoor belemmerd.

Nationale overheidsmaatregelen worden derhalve niet steeds doorkruist ten behoeve van het vrije verkeer.⁸⁸ Echter, de beleidsvrijheid van lidstaten is wel beperkt in die zin dat een publiek belang slechts ter rechtvaardiging kan worden ingeroepen wanneer wordt voldaan aan de evenredigheidstoets.

2.5.2 Gouden aandelen en het vrij verkeer van kapitaal en vestiging

In deze paragraaf wordt de 'gouden aandeel'-jurisprudentie geanalyseerd. Bij deze analyse speelt de vraag in hoeverre overheden het publiek belang kunnen behartigen door het houden van bijzondere aandelen in privaatrechtelijk ingerichte vennootschappen, al dan niet in combinatie met een publiekrechtelijke regulering.

De eerste drie arresten waarin dergelijke overheidsmaatregelen aan de vrijverkeersbepalingen werden getoetst, lieten weinig hoop voor het voortbestaan van mogelijkheden tot overheidsingrijpen via vennootschapsrechtelijke constructies.⁸⁹ Niet alleen moet de maatregel vanwege een legitiem publiek belang zijn ingesteld, maar bovendien moet de maatregel evenredig zijn om het gewenste doel te bereiken. Deze evenredigheid van de maatregelen blijkt het grootste probleem voor het doorstaan van de toets van het HvJ EU.

In de zaak *Commissie/Portugal* had de overheid in het kader van de privatisering van een aantal staatsondernemingen – mede om aldus de overheids-schuld te verminderen⁹⁰ – wetten aangenomen waarin werd bepaald dat slechts een maximum van 25% van de aandelen in handen van buitenlandse ondernemingen mocht zijn en bovendien dat de verkrijging van een deelneming boven de 10% slechts met een vergunning van de Portugese minister

86 HvJ EG 20 februari 1979, nr. C-120/78, jur. 1979, p. 649 (*Cassis de Dijon*).

87 Zie J. H. Jans, 'Evenredigheid revisited?', *SEW* 2000/7-8, p. 270-282.

88 Ook maatregelen tegen misbruik van de verkeersbepalingen kunnen worden toegelaten. Zie HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97, jur. 1999, p. I-01459, r.o. 39 (*Centros*).

89 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-503/99, jur. 2002, p. I-4809 (*Commissie/België*), HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-483/99, jur. 2002, p. I-4781 (*Commissie/Frankrijk*) en HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-367/98, jur. 2002, p. I-4731 (*Commissie/Portugal*).

90 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-367/98, jur. 2002, p. I-4731, r.o. 10 (*Commissie/Portugal*).

van Financiën mogelijk was.⁹¹ Het betrof derhalve een nationale regeling die investeerders uit andere lidstaten verbood meer dan een bepaald aantal aandelen te verwerven en die verwerving van deelneming boven het gestelde maximum in bepaalde nationale ondernemingen aan voorafgaande vergunning onderworpen. Dit wierp een belemmering van het vrij verkeer van kapitaal op.⁹² Het HvJ EU erkende dat lidstaten weliswaar belang kunnen hebben bij overheidsinvloed in geprivatiseerde ondernemingen die diensten van algemeen belang of strategisch belang leveren, maar oordeelde dat een beroep op artikel 345 VWEU de vrijverkeersbepalingen niet buiten werking kon stellen. Op deze vrijverkeersbepalingen was in casu geen uitzondering mogelijk, aangezien het de Portugese overheid ontbrak aan een geldige rechtvaardigingsgrond. De wet, die de maatregelen instelde, gaf aan dat de omstreden maatregelen met name vanwege economische overwegingen waren opgesteld. Zuiver economische overwegingen kunnen geen rechtvaardigingsgrond opleveren en de Portugese constructie werd derhalve afgekeurd.

De zaak *Commissie/Frankrijk* betrof bijzondere rechten die de Franse Staat zich had voorbehouden ten aanzien van de privatisering van een Franse petroleum onderneming. Zij behield zich het recht voor twee bestuursleden te benoemen en hield aandelen met bijzondere zeggenschap. Bovendien moest voor een deelneming boven een tiende, een vijfde of een derde deel van het kapitaal in de onderneming, steeds toestemming van de minister van Economische Zaken verkregen worden. Ook hier was het vrij verkeer van kapitaal in het geding.⁹³ Ten slotte behield de Franse overheid zich een vetorecht voor ten aanzien van beslissingen om bepaalde activa over te dragen of hierop zekerheid te verlenen.⁹⁴ Het belang van de Franse Staat om een minimale bevoorrading van aardolieproducten te waarborgen, werd door het HvJ EU erkend als legitiem publiek belang en kon dienen als eventuele rechtvaardigingsgrond. De genomen maatregelen doorstonden de evenredigheidstoets echter niet. De regelingen gingen verder dan noodzakelijk om een minimale bevoorrading van aardolieproducten te waarborgen aldus het HvJ EU,⁹⁵ omdat de overheid een te ruime bevoegdheid had voorbehouden. Het HvJ EU overwoog hiertoe dat het stelsel van maatregelen ten behoeve van de rechtszekerheid moest voldoen aan objectieve criteria die niet-discriminatoir en voor de betrokken ondernemingen vooraf kenbaar zouden zijn. Een dergelijke discretionaire bevoegdheid van lidstaten om een – weliswaar legitiem – publiek belang te waarborgen zou het vrije verkeer onaanvaardbaar aantasten en was om die

91 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-367/98, *Jur.* 2002, p. I-4731, r.o. 13-14 (*Commissie/Portugal*).

92 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-367/98, *Jur.* 2002, p. I-4731, r.o. 38-40 (*Commissie/Portugal*).

93 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-483/99, *Jur.* 2002, p. I-4781, r.o. 38 (*Commissie/Frankrijk*). Een afzonderlijke toetsing aan het vrije verkeer van vestiging bleef uit omdat reeds een schending van het vrij verkeer van kapitaal was geconstateerd. Zie dezelfde uitspraak, r.o. 56.

94 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-483/99, *Jur.* 2002, p. I-4781, r.o. 9-10 (*Commissie/Frankrijk*).

95 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-483/99, *Jur.* 2002, p. I-4781, r.o. 51 (*Commissie/Frankrijk*).

reden niet toelaatbaar. Bovendien stond voor de door de restrictieve maatregel benadeelde personen, geen rechtsmiddel open.⁹⁶

Alleen in het arrest *Commissie/België* oordeelde het HvJ EU dat de betwiste maatregel een het vrije verkeer van kapitaal belemmerende overheidsmaatregel betrof,⁹⁷ die gerechtvaardigd kon worden met beroep op een legitiem belang, omdat deze voldeed aan de evenredigheidstoets.⁹⁸ De Belgische overheidsmaatregelen omtrent aandelen met bijzondere zeggenschapsrechten waren zeer specifiek. Het betrof geen systeem van voorafgaande goedkeuring, maar een regeling van verzet met strikte verzetstermijnen. Bovendien waren de aan het aandeel verbonden rechten slechts van toepassing op beslissingen betreffende strategische activa van specifiek aangewezen vennootschappen. Het HvJ EU achtte deze maatregelen toelaatbaar omdat recht werd gedaan aan de hierboven genoemde criteria van rechtszekerheid.⁹⁹ Ook had de Commissie niet bewezen dat minder vergaande maatregelen mogelijk waren.¹⁰⁰ Deze bewijslast leek derhalve bij de Commissie te liggen.

Ook uit dit laatste arrest blijkt dat hetgeen gerechtvaardigd kan worden op grond van een publiek belang, strikt moet worden opgevat omdat het een afwijking van de fundamentele vrijverkeersbepalingen betreft.¹⁰¹ Desalniettemin bestaat er enige ruimte voor overheidsinvloed via vennootschapsrechtelijke constructies.

Een tweede serie 'gouden aandeel' arresten verduidelijkte de invulling van de bestaande ruimte.¹⁰² Het HvJ EU achtte in deze zaken in aanvulling op de eerdere jurisprudentie bijzondere zeggenschap ten aanzien van 'beheersbeslissingen' wel toelaatbaar, maar bijzondere zeggenschap ten aanzien van fundamentele beslissingen (fusie, splitsing, ontbinding en wijziging vennootschapsrechtelijke doel) niet. Niet alle fundamentele beslissingen beperken zoals in de eerste reeks 'gouden aandeel'-jurisprudentie de mogelijkheid voor potentiële investeerders om een deelneming in het aandelenkapitaal te verwerven. Denk bijvoorbeeld aan een wijziging van het vennootschapsrechtelijke doel. Het is daarom de vraag of deze besluiten (of regulering hieromtrent) als

96 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-483/99, *Jur.* 2002, p. I-4781, r.o. 47 (*Commissie/Frankrijk*).

97 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-503/99, *Jur.* 2002, p. I-4809, r.o. 39 (*Commissie/België*). De Commissie meende dat ook het vrij verkeer van vestiging in het geding was, maar het Hof oordeelde dat een eventuele belemmering van het vrij verkeer van vestiging om dezelfde redenen genoemd in r.o. 43-55 bij de behandeling van de rechtvaardiging van de belemmering van het vrije verkeer van kapitaal, zou kunnen worden gerechtvaardigd.

98 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-503/99, *Jur.* 2002, p. I-4809 (*Commissie/België*).

99 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-483/99, *Jur.* 2002, p. I-4781, r.o. 52 (*Commissie/Frankrijk*).

100 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-483/99, *Jur.* 2002, p. I-4781, r.o. 53 (*Commissie/Frankrijk*).

101 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-483/99, *Jur.* 2002, p. I-4781, r.o. 47 (*Commissie/Frankrijk*).

102 Zie HvJ EG 13 mei 2003, nr. C-463/00, *Jur.* 2003, p. I-04581 (*Commissie/Spanje*), HvJ EG 13 mei 2003, nr. C-98/01, *Jur.* 2003 I-04641 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*). Als derde serie kan worden gezien HvJ EG 28 september 2006, nr. C-282/04 en C-283/04 (gev.), *Jur.* 2006, p. I-09141 (*Commissie/Nederland*).

beperkingen van het vrij verkeer moeten worden gezien. Bovendien ben ik met Drijber¹⁰³ van mening dat juist fundamentele beslissingen, met inachtneming van de vrijverkeerstoets, tot de toegestane bevoegdheid van lidstaten zouden moeten behoren:

‘Het Hof overweegt dat de voorafgaande goedkeuring op grond van de Spaanse wetgeving betrekking had op ‘fundamentele beslissingen in het bestaan van de onderneming’, terwijl de Belgische goedkeuring alleen maar nodig was voor een aantal specifieke ‘beheersbeslissingen’.

Ik zou ook hier menen dat het argument kan worden omgedraaid. Het strookt *juist* met het evenredigheidsbeginsel om het middel van voorafgaande goedkeuring voor te behouden aan alleen de meest ingrijpende ondernemingsbeslissingen (met structurele of onomkeerbare gevolgen), maar beheersbeslissingen (wat daaronder ook moet worden verstaan) integraal over te laten aan het bestuur van de vennootschap.¹⁰⁴ De lijn die het HvJ EU hanteert, houdt in dat de aan de lidstaat voorbehouden bevoegdheden die mogelijkheden tot (preventief) ingrijpen bieden, eerder als onevenredig worden beoordeeld. In de Belgische constructie betrof de overheidsmaatregel waarin de overheidsinvloed was vormgegeven, geen *ex ante* maar *ex post* toetsing. Deze is minder ingrijpend dan preventief toezicht en derhalve eerder aanvaardbaar als gerechtvaardigde inbreuk op de vrijheden. Politiek gezien kan een dergelijke minder doeltreffende vorm van overheidsingrijpen echter als onvoldoende worden geacht. Nederland zou bijvoorbeeld bij de verkoop van energiebedrijven niet alleen achteraf de mogelijkheid willen hebben om verkoop van aandelen bijvoorbeeld tegen te gaan, maar ook vooraf.

Zoals zal worden besproken in paragraaf 3.3.3 van dit hoofdstuk, zou een belangenafweging geïnspireerd door de toets bij het verlenen van ontheffing van het kartelverbod, het evenredigheidsbeginsel kunnen invullen op een wijze die beter recht doet aan de behartiging van het publieke belang. Een concrete uitwerking hiervan zou kunnen betekenen dat in bepaalde gevallen *ex ante* controle mogelijkheden door de overheid die een inbreuk opleveren voor de vrijheden wél kunnen worden gerechtvaardigd. De moeite die het HvJ EU zich in andere zaken heeft getroost om bepaalde discriminerende maatregelen die waren gericht op de bescherming van publieke belangen zoals milieubescherming te sauveren, geldt echter nog niet voor de hierboven besproken bijzondere vennootschapsrechtelijke constructies.¹⁰⁵ Overigens behoudt een lidstaat

103 Zie B.J. Drijber, ‘Gouden aandelen verder in de min’, *NTER* 2003/7-8, p. 185.

104 Zie B.J. Drijber, ‘Gouden aandelen verder in de min’, *NTER* 2003/7-8, p. 185.

105 Zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 502.

mijns inziens wanneer deze een meerderheidsbelang bezit, steeds de reguliere,¹⁰⁶ bij het aandeelhouderschap behorende vennootschapsrechtelijke bevoegdheden zoals besproken in hoofdstuk 4.

Gesteld kan worden dat de huidige lijn van het HvJ EU ten aanzien van eigendomsregelingen van overheden in vennootschappen in de 'gouden aandeel'-jurisprudentie, een afschrikwekkende werking heeft op het handelen van overheden via privatiseringsverboden. Ondanks het feit dat nog moet worden bezien of absolute privatiseringsverboden afgeschermd worden van toetsing aan de vrijheden vanwege de afscherming van artikel 345 VWEU, kan deze stelling worden geïllustreerd met de volgende noemenswaardige zaak in de discussie over de verhouding van privatiseringsverboden en de verhouding met de vrijheden, de zaak *Essent/Delta*.¹⁰⁷ Een kwaliteitseis in de statuten van energiebedrijf Delta hield in dat de aandelen in kwestie slechts door publieke aandeelhouders zouden mogen worden gehouden. De aandelen in Delta werden gehouden door drie provincies en 19 gemeenten. Deze statutaire regeling hield in feite een privatiseringsverbod in. In deze zaak (*Essent/Delta*) wilde het grotendeels in private handen zijnde Duitse RWE, aandelen overnemen die (in)direct werden gehouden door decentrale overheden. Er ontstond een verschil van mening over de vraag of dit wel of niet toegelaten was in verband met de in de statuten opgenomen kwaliteitseis. Indien de in de statuten opgenomen kwaliteitseis ongeldig zou zijn op grond van de vrijheden zoals neergelegd in de Verdragen, zou met de aandelenoverdracht aan RWE niet in strijd met de statuten worden gehandeld.¹⁰⁸ De juridische grondslag van de regeling die privaatrechtelijk is, verschilt van de privatiseringsverboden in de hierboven genoemde energiezaken die op wettelijke regelingen beruisten.¹⁰⁹ Op 17 mei 2011 hebben Delta en het Duitse RWE aangegeven tot een minnelijke schikking te zijn gekomen, waarbij een intentieverklaring is getekend dat RWE slechts een belang van 30% krijgt in de kerncentrale en Delta een belang van 70% behoudt.¹¹⁰ Aldus is door de decentrale overheden als aandeelhouders in Delta gekozen om invloed via het meerderheidsaandeelhouderschap te bewerkstelligen en van een algeheel privatiseringsverbod af te zien.

106 Wanneer het geen bijzondere afwijking van het gemene vennootschapsrecht betreft dat uitsluitend ten gunste van de publieke investeerders is ingevoerd. Zie HvJ EG 23 oktober 2007, nr. C-112/05, *jur.* 2007, p. I-08995, r.o. 61 (*Commissie/Duitsland*).

107 Zie HR 21 januari 2011, *LJN* BO5290 (*Essent/Delta*).

108 Saillant detail is overigens dat RWE voor 16 procent mede in handen is van Duitse decentrale overheden.

109 Zie HR 24 februari 2012, *LJN* BQ9210, BQ9212 en BQ9214 (*Essent; Eneco; Delta/Staat*).

110 Zie *Het Financieele Dagblad* 17 mei 2011, 'Kerncentrale Borssele 1 voor 30% naar Duitsers'.

2.6 Tussenconclusie

Als een absoluut privatiseringsverbod door artikel 345 VWEU wordt beschermd, zou dit de lidstaten de gelegenheid geven om bij de transitie van publieke diensten naar (gedeeltelijke) privatisering een voorfase te creëren. De lidstaten zouden een beslissing om te privatiseren vooraf kunnen laten gaan door een absoluut privatiseringsverbod zonder dat dit volledige toepassing van de verdragsregels met zich brengt.

Enerzijds is het standpunt te verdedigen dat de keuze voor een absoluut privatiseringsverbod behoort tot de keuzevrijheid van lidstaten om een onderneming tot de publieke sector te rekenen en dat een andere zienswijze het neutraliteitsbeginsel van artikel 345 VWEU zou uithollen. Anderzijds zouden lidstaten economische activiteiten onder het mom van een absoluut privatiseringsverbod af kunnen schermen van de verdragsbepalingen waardoor een ongewenst ongelijk speelveld ontstaat. In feite is het de vraag of ook overheidslichamen – als publieke aandeelhouders die wegens een absoluut privatiseringsverbod hun aandelen niet kunnen verkopen aan private partijen – een beroep kunnen doen op de inbreuk die het privatiseringsverbod maakt op hun aandeelhoudersrechten en vrijheid van kapitaal. Mijn verwachting is dat de huidige lijn – waarbij lidstaten beleidsvrijheid hebben met betrekking tot de toekenning van eigendomsrechten, maar de uitoefening van die rechten onder toetsing van de verdragsregels valt – gehandhaafd blijft en dat het absolute privatiseringsverbod wordt getoetst onder de verdragsregels omdat artikel 345 VWEU anders een te grote ruimte voor afscherming van de verdragsregels zou bieden.

Artikel 345 VWEU kent de beleidsvrijheid aan de lidstaten toe om eigendom te reguleren en eigendomsrechten toe te kennen. Nationale beslissingen om al dan niet te privatiseren vallen derhalve op basis van deze toegekende bevoegdheid op basis van artikel 345 VWEU in beginsel buiten het toepassingsbereik van het Europese recht. De *uitoefening* van eigendomsrechten wordt echter wel onder het Europees recht getoetst. De scheidslijn tussen de vrijheid om eigendomssystemen te regelen en de uitoefening van die eigendomsrechten die door de lidstaat zijn toegekend is echter niet steeds evident. Het is de vraag of een (absoluut) privatiseringsverbod wordt gevrijwaard van toepasselijkheid van de fundamentele verdragsregels. Aangezien artikel 345 VWEU een uitzonderingsbepaling op de toepasselijkheid van verdragsregels betreft, past enerzijds een enge uitleg.

Anderzijds zou ondanks dit uitgangspunt artikel 345 VWEU mijns inziens vanwege de systematiek van het verdrag en de bewoordingen van het artikel zelf aldus kunnen worden uitgelegd dat een absoluut privatiseringsverbod op grond van artikel 345 VWEU wordt afgeschermd van de toetsing aan de

verdragsregels.¹¹¹ In het licht van de huidige benadering van het HvJ EU acht ik het echter waarschijnlijker dat ook een absoluut privatiseringsverbod niet wordt gevrijwaard van toetsing aan de verdragsregels, de vrijheden in het bijzonder. Of een absoluut privatiseringsverbod tot de beleidsvrijheid behoort die door artikel 345 VWEU wordt beschermd, moet nog blijken uit toekomstige uitspraken van het HvJ EU. Wellicht zal het HvJ EU zich over deze kwestie uitspreken bij de beantwoording van de prejudiciële vragen van de Hoge Raad in de zaken *Essent*, *Eneco* en *Delta/Staat*.¹¹²

Indien het HvJ EU in de bovengenoemde zaken echter anders zou oordelen en het privatiseringsverbod geen bescherming geniet, zou verhelderd worden dat artikel 345 VWEU niet slechts een bepaling over de toepasselijkheid van verdragsregels is, maar ook betrekking heeft op de verdeling van bevoegdheden tussen de Europese Unie en de lidstaten waarbij niet alleen de uitoefening van de bevoegdheden, maar ook de toekenning ervan, steeds voor toetsing aan de verdragsregels open staat.

3 ARTIKEL 106 LID 1 VWEU EN DE OVERHEIDSONDERNEMING IN HET MEDEDINGINGSRECHT

Zoals gezien is artikel 106 VWEU een belangrijk artikel bij de beoordeling van de vraag of de verdragsregels met betrekking tot de fundamentele vrijheden van toepassing zijn op overheidsondernemingen. Even belangrijk is het artikel echter met betrekking tot de uitleg en werking van de mededingingsrechtelijke bepalingen in het Europees verdrag. In deze paragraaf wordt nader in gegaan op het eerste lid van artikel 106 VWEU. In paragraaf 4 wordt vervolgens ingegaan op het belang van het tweede lid voor overheidsondernemingen.

3.1 Openbare bedrijven en overheidsondernemingen

Het eerste lid van artikel 106 VWEU bevestigt dat gedragingen van lidstaten met betrekking tot overheidsondernemingen niet buiten de toepassing van de verdragsbepalingen vallen. Artikel 106 lid 1 VWEU luidt namelijk:

111 Zie nader A. Verhoeven, 'Privatisation and EC Law: Is the European Commission "Neutral" with Respect to Public versus Private Ownership of Companies?', *International and Comparative Law Quarterly* 1996, p. 863 en J.H.M. van Erp, 'Europees privaatrecht en rechtsvergelijking (2). Wat wordt nu eigenlijk verstaan onder "Europees privaatrecht" en bestaat er "Europees" goederenrecht?', *WPNR* 2000/6408, p. 476.

112 Zie het verzoek om een prejudiciële beslissing, ingediend door de Hoge Raad op 29 februari 2012 – Staat der Nederlanden tegen *Essent NV* en *Essent Nederland BV*. Zie HvJ EU 26 mei 2012, nr. C-105/12, C-106/12, C-107/12, *Jur.* 2012, p. 12.

‘De lidstaten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van de Verdragen, met name die bedoeld in de artikelen 18 en 101 tot en met 109’.¹¹³

Het artikel eist van lidstaten dat zij geen maatregelen nemen of in stand houden die strijdig zijn met Europees recht. En hoewel in het bijzonder wordt verwezen naar artikel 18 VWEU (discriminatieverbod) en de artikelen 101 tot en met 109 VWEU (mededingingsregels), mogen dergelijke maatregelen ook niet strijdig zijn met andere verdragsbepalingen of secundair recht. Onder overheidsmaatregelen worden wetten, reguleringen, bestuursrechtelijke bepalingen en praktijken en alle andere van overheidswege uitgevaardigde instrumenten verstaan. Voor de interpretatie van het begrip ‘maatregel’ kan worden aangesloten bij Richtlijn 70/50/EEG.¹¹⁴ Maatregelen hoeven geen bindend effect te hebben om als maatregel te kwalificeren. Wel is bepalend dat de maatregel van overheidswege wordt opgelegd.¹¹⁵ In het artikel wordt daarbij gesproken over ‘openbare bedrijven’ en ‘ondernemingen waaraan de lidstaten bijzondere of uitsluitende rechten verlenen’. Voor wat betreft de definiëring van bijzondere of exclusieve uitsluitende rechten, lijkt een functionele interpretatie de voorkeur te hebben boven een formalistische invulling ervan, vanwege het nuttig effect van het Unierecht.¹¹⁶

Openbare bedrijven zijn nader gedefinieerd in de Transparantierichtlijn.¹¹⁷ Artikel 2 onder b van de Transparantierichtlijn omschrijft een openbaar bedrijf als volgt:

¹¹³ Zie *PbEU* 2008, C 115/90.

¹¹⁴ Zie Richtlijn 70/50/EEG van de Commissie van 22 december 1969 gebaseerd op de bepalingen van art. 33 lid 7, houdende opheffing van de maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbepalingen, niet bedoeld in andere krachtens het EEG-Verdrag vastgestelde bepalingen, *PbEG* 1970, L 13/29-31.

¹¹⁵ En hoewel in het bijzonder wordt verwezen naar artikel 18 VWEU (discriminatieverbod) en de artikelen 101 tot en met 109 VWEU (mededingingsregels), mogen dergelijke maatregelen ook niet strijdig zijn met andere verdragsbepalingen of secundair recht. Onder overheidsmaatregelen worden wetten, reguleringen, bestuursrechtelijke bepalingen en praktijken en alle andere van overheidswege uitgevaardigde instrumenten verstaan. Voor de interpretatie van het begrip ‘maatregel’ kan worden aangesloten bij Richtlijn 70/50/EEG van de Commissie van 22 december 1969 gebaseerd op de bepalingen van art. 33 lid 7, houdende opheffing van de maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbepalingen, niet bedoeld in andere krachtens het EEG-Verdrag vastgestelde bepalingen, *PbEG* 1970, L 13/29-31. Maatregelen hoeven geen bindend effect te hebben om als maatregel te kwalificeren. Wel is bepalend dat de maatregel van overheidswege wordt opgelegd. Zie nader A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 576-577.

¹¹⁶ R. Whish en D. Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press 2012, p. 225.

¹¹⁷ Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, *PbEU* 2006, L 318/17-25.

‘elk bedrijf waarover overheden rechtstreeks of middellijk een dominerende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of de desbetreffende regels. De mogelijkheid om dominante invloed uit te kunnen oefenen wordt vermoed, wanneer de overheden, al dan niet rechtstreeks, ten aanzien van het bedrijf:

- i) de meerderheid van het geplaatste kapitaal van dat bedrijf bezitten,
- ii) over de meerderheid van de stemrechten verbonden aan de door genoemd bedrijf uitgegeven aandelen beschikken of
- iii) meer dan de helft van de leden van het orgaan van bestuur, van beheer of van toezicht van genoemd bedrijf kunnen benoemen.’

Zowel controle via de zeggenschapsrechten van aandelen, als controle via institutionele verbondenheid maken een bedrijf aldus tot een openbaar bedrijf. De begrippen openbaar bedrijf en bedrijven waaraan de lidstaten bijzondere of exclusieve rechten hebben verleend, sluiten elkaar niet uit omdat het geen complementaire of tegengestelde begrippen zijn. Een openbaar bedrijf kan aldus een van overheidswege toegekend bijzonder of exclusief recht hebben.¹¹⁸

Deze elementen uit de definitie van openbaar bedrijf maken niet zonder reden deel uit van de in hoofdstuk 1 gegeven definitie van de overheidsonderneming. De begrippen ‘openbaar bedrijf’ en ‘overheidsonderneming’ vertonen weliswaar enige overlap, maar de definitie van ‘openbaar bedrijf’ is ruimer aangezien ook een publiekrechtelijk ingerichte onderneming onder dit begrip valt. Dit in tegenstelling tot het begrip overheidsonderneming dat uitdrukkelijk ziet op privaatrechtelijk ingerichte ondernemingen. In het vervolg hanteer ik steeds de term overheidsonderneming. Wanneer ik doel op een onderneming die publiekrechtelijk is ingericht wordt dit expliciet aangegeven.

3.2 De verhouding tussen artikel 106 lid 1 VWEU en artikel 345 VWEU: overheidsonderneming en bijzondere of exclusieve rechten

Het in artikel 345 VWEU neergelegde neutraliteitsbeginsel heeft zoals besproken in paragraaf 2 slechts betrekking op de toekenning van eigendomsrechten.

¹¹⁸ Zie voor een omschrijving van de begrippen bijzondere of uitsluitende rechten nader art. 2 onder f en g Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, *PbEU* 2006, L 318/17-25 of *PbEU* 2006, L 318/17 en zie zaak HvJ EG 19 maart 1991, nr. C-202/88, *Jur.* 1991, p. I-1223 (*Frankrijk/Commissie*) en HvJ EG 10 maart 1983, nr. 172/82, *Jur.* 1983, p. 555 (*Syndicat national des fabricants raffineurs d’huile de graissage en anderen tegen Groupement d’intérêt économique “Inter-Huiles” en anderen*). Een eerste dergelijke omschrijving vond plaats in het kader van procedures voor het HvJ EU met betrekking tot telecommunicatiediensten. Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 575-576.

Er bestaat discussie over de vraag of het verlenen van een monopolie op zich reeds in strijd is met verdragsregels, of dat de lidstaten op grond van het in artikel 345 VWEU neergelegde neutraliteitsbeginsel, de vrijheid hebben om een monopolie toe te kennen. Een voorbeeld van een dergelijk publiek monopolie is het Zweedse alcoholmonopolie.¹¹⁹

Indien een overheidsonderneming een van overheidswege toegekend monopolie (voor diensten) bezit, moet de lidstaat overeenstemming hiervan met Europees recht verzekeren op grond van artikel 106 lid 1 VWEU.¹²⁰ Het HvJ EU stelt weliswaar dat het gunnen van exclusieve rechten op zichzelf niet wordt verboden door de verdragsregels (zie artikel 345 VWEU), maar dat het de lidstaten wel verboden is de mededingingsregels van hun effectiviteit te ontdoen.¹²¹ Wanneer een (toegekend) monopolie potentieel aanzet of kan leiden tot misbruik van de machtspositie door de onderneming, wordt de toekenning van dat monopolie in strijd met de verdragsregels geacht. De benadering van het HvJ EU laat weinig ruimte over voor lidstaten om een monopolie toe te kennen:¹²² het vergunnen van exclusieve rechten levert in beginsel een schending van artikel 106 lid 1 VWEU op, hoewel het tegendeel van een schending bewezen kan worden indien een objectieve rechtvaardiging voor de exclusiviteit bestaat.¹²³

Deze benadering holt de betekenis van het hierboven besproken artikel 345 VWEU enigszins uit.¹²⁴ Het organiseren van economische activiteiten door het verlenen van exclusieve rechten aan bepaalde ondernemingen is derhalve moeilijker geworden, of zoals Craig en De Búrca stellen:

'Agnosticism as to forms of economic organization has been replaced by a more strident belief in the operation of free markets, unless the state can provide special justification for the privileges accorded.'¹²⁵

119 Zie H.J. van Harten, 'Over innemen en afscheiden; tussen vrij verkeer en alcoholmonopolie', *NTER* 2007/10, p. 185-190. Over monopolies zie nader V. Kronenberger, 'A Model of the Transformation Process of Statutory Monopolies in European Community Law: From Practice to Theory', *European Business Organization Law Review* 2001/2, p. 301-338.

120 Voor een toegekend monopolie betreffende goederen geldt art. 37 VWEU dat wordt besproken bij het vrij verkeer van goederen in par. 6.1 van dit hoofdstuk.

121 De begrippen van art. 106 VWEU worden zodanig uitgelegd dat deze geen afbreuk mogen doen aan het nuttig effect van de overige verdragsbepalingen. Zie nader Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 689.

122 Zie voor een aantal categorieën die in ieder geval strijd opleveren met art. 106 VWEU A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 596-598.

123 Zie P. Craig en G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1080 en A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 585-598.

124 Zo ook A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 575-576.

125 Zie P. Craig en G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1080.

3.3 De overheidsonderneming in het mededingingsrecht

3.3.1 Inleiding

Hierboven is de toepasselijkheid van de verdragsregels op grond van artikel 106 lid 1 VWEU (met relevantie voor de overheidsondernemingen) besproken. Wanneer geen beroep kan worden gedaan op de uitzondering van artikel 106 lid 2 VWEU, zijn de verdragsregels met betrekking tot de fundamentele vrij verkeersbepalingen, mededingings- en staatssteunbepalingen onverkort van toepassing op de overheidsonderneming. In deze paragraaf wordt de overheidsonderneming in het Europese mededingingsrecht besproken.¹²⁶ Hieronder worden het kartelverbod en het verbod van misbruik van machtspositie toegepast op de overheidsonderneming. De staatssteunregels worden in de volgende paragraaf besproken.

In deze paragrafen wordt steeds besproken in hoeverre een bijzondere afweging van belangen of een bijzondere behandeling van de overheidsonderneming kan plaatsvinden, indien de overheidsonderneming op grond van artikel 106 lid 2 VWEU geen uitzonderingspositie heeft.

3.3.2 De verhouding tussen de verschillende relevante normatieve bepalingen voor de overheidsonderneming

De doelstelling van de interne markt, de vrijverkeersbepalingen, het mededingingsrecht en de staatssteunregels verhouden zich als volgt. De vrijverkeersbepalingen beogen belemmeringen die de totstandkoming van de interne markt verhinderen weg te nemen door (overheids)maatregelen op verenigbaarheid met de interne markt te toetsen. Het mededingingsrecht beoogt hetzelfde voor belemmeringen van het functioneren van de interne markt te bereiken door het marktgedrag van ondernemingen te normeren.¹²⁷ Om ten slotte de daad-

126 Het Nederlandse mededingingsrecht is georiënteerd op het Europese mededingingsrecht en sluit hierbij zoveel mogelijk aan maar zal verder buiten beschouwing blijven. Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3 (MvT), p. 3, 7 en 10. De regeling met betrekking tot toezicht bij concentraties door de Europese Commissie op basis van de Concentratieverordening om voorafgaand aan een fusie toezicht te houden op het eventueel verkrijgen van een machtspositie blijft buiten beschouwing. Zie Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de EG-concentratieverordening), *PbEU* 2004, L 24/1–22.

127 De normadressaten van art. 101 VWEU zijn ondernemingen. Ook lidstaten dienen het artikel in acht te nemen. Zij mogen het nuttige effect niet teniet doen. Lidstaten mogen ondernemingen niet aanmoedigen om de mededingingsrechtelijke verboden te overtreden. Zie in dit verband met betrekking tot de voorganger van art. 102 VWEU, art. 82 EG-Verdrag, HvJ EG 21 september 1988, nr. 267/86 *Jur.* 1988, p. 4769 (*Van Eycke/ASPA*). Hoewel dit arrest het verbod op het maken van misbruik van een machtspositie betrof, kan een analoge redenering worden gevolgd voor de verplichtingen die lidstaten hebben ten aanzien van

werkelijke concurrentie te bevorderen, beoogt het staatssteunbeleid concurrentievervalsing door overheidsfinanciering te voorkomen door investeringen van de overheid te toetsen aan het zogenaamde ‘*economy investor*’ beginsel.

3.3.3 Het kartelverbod van artikel 101 VWEU

Algemeen

Concurrentiebeperkende afspraken of onderling afgestemde gedragingen als bedoeld in artikel 101 VWEU zijn voor zowel overheidsondernemingen als reguliere ondernemingen verboden. Omdat de overheidsonderneming in dit kader in beginsel geen van reguliere ondernemingen afwijkende positie inneemt, kan een uitgebreide bespreking achterwege blijven. Slechts voor zover specifiek voor de overheidsonderneming relevant worden enkele opmerkingen bij dit artikel gemaakt.

Het kartelverbod

Artikel 101 VWEU verbiedt in het eerste lid onder meer alle overeenkomsten tussen ondernemingen, die de tussenstaatse handel ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.¹²⁸ Artikel 101 lid 1 VWEU geeft een – overigens geenszins extensieve – opsomming van gevallen die als verboden moeten worden beschouwd. Het betreft een lijst van voorbeelden. Dergelijke verboden¹²⁹ overeenkomsten zijn op grond van artikel 101 lid 2 VWEU van rechtswege nietig.¹³⁰ De overheid mag ondernemingen niet behulpzaam zijn bij het overtreden van het kartelverbod.¹³¹ Ook op afspraken tussen overheidsondernemingen onderling kan artikel 101 VWEU van toepassing zijn.¹³² Overeenkomsten gesloten door overheidsondernemingen in strijd

het kartelverbod in art. 101 VWEU. De lidstaten hebben een onthoudingsplicht. Zie HvJ EG 16 november 1977, nr. 13/77, *Jur.* 1977, p. 2115 (*Inno/Atab*).

128 Ook worden alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen verboden, maar deze blijven buiten beschouwing. Zie nader A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 171-183.

129 De nietigheid betreft slechts de verboden in de individuele bepalingen tenzij deze onsecheidbaar zijn van de overige bepalingen. Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 186.

130 Additionele sancties zijn mogelijk en door de overeenkomst gelaedeerde personen kunnen schadevergoeding eisen. Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 122-123.

131 Zie HvJ EG 4 mei 1988, nr. 30/87, *Jur.* 1988, r.o. 34 (*Corinne Bodson tegen SA Pompes funèbres des régions libérées*).

132 Zie Commissie beschikking 16 januari 1991, zaak IV/32.732 (*IJsselcentrale e.a.*), *PbEG* L 028 van 2 februari 1991, p. 32-46. waar afzonderlijke energiemaatschappijen aanvoerden dat zij tezamen met de door hun opgerichte joint venture een opzichzelfstaande economisch entiteit vormden. Dit werd afgewezen nu zij alle afzonderlijke rechtspersonen waren, niet door een enkele natuurlijke dan wel rechtspersoon werden bestuurd en in staat waren om

met artikel 101 VWEU kunnen derhalve nietig zijn, hetgeen een doorkruising van overheidsbeleid kan betekenen.¹³³

Op grond van artikel 101 lid 3 VWEU kan de Commissie (een groep van) afspraken, besluiten of gedragingen buiten het toepassingsbereik van artikel 101 lid 1 VWEU plaatsen.¹³⁴ Er moet dan sprake zijn van een bijdrage tot verbetering van de productie of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang. Wel is dan vereist dat een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, er geen disproportionele beperkingen aan de betrokken ondernemingen worden opgelegd en de mededinging niet voor wezenlijk deel van de betrokken producten wordt uitgeschakeld. Zo kunnen bijvoorbeeld crisiskartels toelaatbaar worden geacht.¹³⁵

Er bestaat derhalve ruimte om onder artikel 101 VWEU de negatieve effecten op de mededinging af te wegen tegen bepaalde positieve effecten.¹³⁶

Over de vraag of deze afweging onder artikel 101 lid 1 (ongunstige beïnvloeding) of onder artikel 101 lid 3 VWEU (mogelijke verbetering) behoort plaats te vinden, bestaat discussie.¹³⁷ Gezien de systematiek van het VWEU, ligt het

hun eigen bedrijfsvoering onafhankelijk in te richten. Zie ook R. Whish en D. Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press 2012, p. 95.

133 Indien een overheidsonderneming mededingingsbeperkende overeenkomsten sluit, zullen deze onder art. 101 VWEU nietig kunnen worden verklaard, tenzij de overheidsonderneming niet de vrijheid had om anders te handelen vanwege nationale regelgeving. Indien een lidstaat zijn deelneming in een overheidsonderneming gebruikt om overheidsbeleid uit te werken, zal deze getoetst worden als een nationale maatregel die mogelijk strijd oplevert met de vrijverkeersbepalingen. Wel moet worden opgemerkt dat concessie-overeenkomsten niet onder het kartelverbod vallen. 'Dit artikel slaat niet op concessie-overeenkomsten tussen gemeenten handelend in hun hoedanigheid van overheid, en ondernemingen belast met de uitvoering van een openbare dienst'. Zie HvJ EG 4 mei 1988, nr. 30/87, *Jur.* 1988, r.o. 18 (*Corinne Bodson tegen SA Pompes funèbres des régions libérées*).

134 Zie nader hierover A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 253. Voor de geldende groepsvrijstellingen op basis van dit artikel zie de website van de Commissie <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>.

135 Zie hierover nader D.W.L.A. Schrijvershof, 'Mededingingsrecht in economisch zware tijden: de (on)mogelijkheden voor crisiskartels', *Tijdschrift Mededingingsrecht in de praktijk* 2012/1, p. 9-20.

136 Zie J.W. van de Gronden, 'Niet-economische belangen en het mededingingsrecht: het Europese en Nederlandse kader', in: J.W. van de Gronden en K.J.M. Mortelmans (red), *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer: Kluwer 2001, p. 27.

137 De belangenafweging vindt plaats in de context van de mededingingsbeperkende gedraging en opgemerkt moet worden dat de Europese Commissie het standpunt aanhangt dat een belangenafweging slechts plaats kan vinden indien aan de overige voorwaarden van art. 101 lid 3 wordt voldaan. Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 246.

in de rede om de visie van de Europese Commissie te volgen, en de belangenafweging plaats te laten vinden onder artikel 101 lid 3 VWEU.¹³⁸ Interessant in het kader van dit onderzoek is de vraag of onder artikel 101 VWEU ruimte is voor een afweging van de negatieve economische effecten tegen andere belangen, zoals een door de overheidsonderneming behartigd publiek belang.¹³⁹ Wanneer gekeken wordt naar de wisselwerking tussen het mededingingsbeleid, andere doelstellingen van de Europese Unie en rechtspraak van het HvJ EU kan worden gesteld dat ook andere belangen doordringen in het mededingingsrecht.¹⁴⁰

Voor de overheidsonderneming kan worden beargumenteerd dat bevoegdheden tot ingrijpen voor de overheid weliswaar een beperkende invloed op de mededinging hebben, maar dat het feit dat de publieke taak niet in de publieke sector plaatsvindt, maar door een onderneming, mededingingsbevorderend is.

Toetsingskader gebaseerd op belangenafweging ontheffing kartelverbod

De afweging tussen publieke en economische belangen is niet eenvoudig. In het huidige kader van 'de fundamentele vrijheden' worden mijns inziens publieke belangen slechts toegelaten als geconditioneerde uitzonderingen waarbij *ex ante* controle nauwelijks mogelijk lijkt.

Maar hoewel niet eenvoudig, is het wellicht mogelijk om de negatieve mededingingsbeperkende effecten van overheidcontrole op publieke taakbeartiging door de overheidsonderneming, af te wegen tegen andere positieve effecten. Een aan het publieke belang aangepast toetsingskader, dat gebaseerd is op de belangenafweging bij de toets voor ontheffing van het kartelverbod zou hierbij richting kunnen geven. Er zijn op grond van artikel 101 lid 3 VWEU vier criteria voor het kunnen geven van een ontheffing van het kartelverbod:

138 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 231-240.

139 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 244-247.

140 Zie J.W. van de Gronden en K.J.M. Mortelmans, 'Conclusies: Het mededingingsrecht en niet-economische belangen: 2003 Het cruciale jaar?', in: J.W. van de Gronden en K.J.M. Mortelmans (red), *Mededingingen niet-economische belangen*, Deventer: Kluwer 2001, p. 316-317. Weatherill stelt zelfs dat met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, mogelijk een subtiele wijziging in het stellen van prioriteiten heeft plaatsgevonden voor wat betreft de afweging van het interne markt doel tegenover andere belangen. Hij zegt hierover: '(...) it cannot be excluded that the Court might conclude that the prominence of the Union's commitment to undistorted competition has been reduced and that it accordingly carries less weight than it has done hitherto when pitched against other concerns (...). Zie S. Weatherill, *Cases and Materials on EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 264-265.

- de overeenkomst moet een bijdrage leveren aan de verbetering van de productie of van de distributie van de producten of leiden tot verbetering van de technische of economische vooruitgang;
- een billijk aandeel van de voordelen van de overeenkomst moet ten goede komen aan de gebruikers;
- de mededingingsbeperkingen moeten onmisbaar zijn voor de te bereiken doelstelling;
- er moet voldoende restconcurrentie overblijven.¹⁴¹

Om tot een voor de overheidsonderneming geschikt toetsingskader te komen, zullen deze criteria enigszins aangepast geïnterpreteerd moeten worden. Zo moet in plaats van 'overeenkomst', 'overheidsinvloed op overheidsondernemingen' worden gelezen en moeten de voorwaarden niet in het kader van de verkoop van producten, maar het leveren van diensten worden gezien. Het eerste criterium kan aldus worden verstaan dat de overheid bij de publieke taakbehartiging door de overheidsonderneming, met name het publieke belang voor ogen heeft. Het tweede criterium kan inhouden dat voldoende is dat de overheid nastreeft dat de overheidsonderneming een van overheidswege opgelegd plafond voor winstmaximalisatie kent, opdat de winst die de overheidsonderneming maakt, voor een deel ten goede komt aan de publieke taakbehartiging. Het derde criterium kan als een invulling van het geschiktheids criterium van de vrijverkeerstoets worden gezien en het vierde criterium zal betekenen dat de ratio van overheidsinvloed voldoende wordt gemotiveerd. Het rekening houden met het belang van de publieke taak past bij het kader dat artikel 3 VEU en artikel 14 VWEU schetsen voor diensten van algemeen economisch belang geleverd door overheidsondernemingen.

Echter, vooralsnog wordt er van uitgegaan dat de bewoordingen van artikel 101 VWEU weinig ruimte lijken te laten voor het meewegen van andere belangen dan de effecten op de mededinging. De mogelijkheden voor de afweging van publieke belangen tegenover de negatieve economische effecten op de mededinging lijken aldus beperkt.

3.3.4 *Het verbod op misbruik van machtspositie ex artikel 102 VWEU*

Algemeen

Artikel 102 VWEU verbiedt ondernemingen¹⁴² om misbruik te maken van een machtspositie op de interne markt, wanneer de tussenstaatse handel hierdoor ongunstig wordt beïnvloed. In deze paragraaf wordt aangetoond dat overheids-

141 Zie ook HvJ EG 13 juli 1966, gev. zaken nrs. 56/64 en 58/64, *Jur.* 1966, p. 449 (*Consten-Grundig*).

142 Zowel individueel of gezamenlijk, in die zin dat een collectieve dominante positie mogelijk is.

ondernemingen door haar bijzondere positie bijna zonder uitzondering onder toetsing van dit artikel vallen.¹⁴³

Niet het hebben van een machtspositie, maar het misbruik maken ervan is verboden.¹⁴⁴ Het vaststellen van het hebben van een machtspositie en het misbruik ervan maken zijn twee afzonderlijke toetsen.¹⁴⁵ Dit geeft aan dat bepaald gedrag voor een niet-dominante onderneming toelaatbaar kan zijn, terwijl dit voor een onderneming met machtspositie misbruik in de zin van artikel 102 VWEU oplevert.¹⁴⁶ Hieronder licht ik de begrippen machtspositie en misbruik nader toe omdat deze met name bepalend zijn voor de mate van vrijheid voor de lidstaten om nationaal beleid uit te voeren door middel van het deelnemen aan het economisch verkeer via privaatrechtelijke constructies, zoals de overheidsonderneming.

Machtspositie

Een machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU is op grond van jurisprudentie 'een economische machtspositie van een onderneming, die deze in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de betrokken markt te verhinderen doordat zij sterk genoeg is om zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk de consumenten te gedragen'.¹⁴⁷ Het criterium is derhalve in hoeverre de onderneming zich onafhankelijk kan gedragen binnen een bepaalde markt.¹⁴⁸ Daarbij is van belang in welke mate de onderneming invloed kan uitoefenen op de voorwaarden waaronder mededinging binnen die markt plaatsvindt.¹⁴⁹ Er bestaat een machtspositie als er sprake is van (een dominante) marktmacht op de relevante markt. De huidige benadering van de Commissie en het HvJ EU is dat vrij

143 Het feit dat de afwezigheid of de beperking van de mededinging op een bepaalde markt zijn oorzaak vindt in of in de hand wordt gewerkt door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, staat geenszins in de weg aan toepassing van het verbod van misbruik van machtspositie. Zie HvJ EG 4 mei 1988, nr. 30/87, *Jur.* 1988, r.o. 26 (*Corinne Bodson tegen SA Pompes funèbres des régions libérées*).

144 Het artikel bevat vijf constitutieve elementen. De entiteit moet gekwalificeerd kunnen worden als onderneming (1) volgens de eerder genoemde functionele definitie van het HvJ EU. De onderneming moet bovendien een machtspositie hebben (2) op de interne markt of een substantieel deel daarvan (3), en hiervan misbruik maken (4). En de tussenstaatse handel moet negatief worden beïnvloed (5).

145 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 291.

146 Zie HvJ EG 9 november 1983, nr. 322/81, *Jur.* 1983, p. 3461, r.o. 57 (*NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin/ Commissie*).

147 Zie HvJ EG 14 februari 1978, nr. 27/76, *Jur.* 1978, p. 274-275 (*United Brands*).

148 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 285.

149 Zie HvJ EG 13 februari 1979, nr. 85/76, *Jur.* 1979, p. 461 (*Hoffmann-LaRoche&Co*).

eenvoudig een machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU wordt aangenomen, aangezien de relevante markt zeer eng wordt geïnterpreteerd.¹⁵⁰

Er is een aantal indicatoren dat wijst op het hebben van marktmacht. De grootte van het marktaandeel vormt hierbij de belangrijkste factor. Indien het marktaandeel van een onderneming ten minste 50% van de markt is, bestaat het weerlegbare vermoeden dat deze onderneming een dominante positie heeft en hoe hoger het marktaandeel, des te eerder marktmacht wordt aangenomen.¹⁵¹ Het marktaandeel wordt zowel absoluut als in verhouding tot het aandeel van concurrerende ondernemingen bekeken en ook de eventuele duur van de periode waarin het aandeel wordt gehouden. Hoewel een marktaandeel onder de 40% het ontbreken van marktmacht aannemelijk maakt, bestaat er geen 'veilige haven'-drempel.¹⁵²

Onder de andere factoren die mee kunnen spelen bij het bepalen of sprake is van marktmacht zijn in het bijzonder voor de overheidsonderneming de volgende twee indicatoren van belang. Allereerst worden wettelijke monopolies en specifieke regulering zoals een verplicht vergunningstelsel, automatisch gezien als hindernissen van markttoegang die in ieder geval wijzen op het hebben van marktmacht.¹⁵³ Ten tweede is ook de toegang tot de kapitaalmarkt – indien een grote investering nodig is om de markt te betreden – een indicatieve factor van marktmacht.¹⁵⁴ Vanwege deze benadering ten aanzien van het vaststellen van een machtspositie door het HvJ EU en de Commissie zullen overheidsondernemingen bijna steeds worden beschouwd als ondernemingen met een machtspositie.¹⁵⁵ De overheidsonderneming zal immers door middel van een wettelijk monopolie of bijzondere rechten bijna steeds de relevante markt beheersen. En ook wanneer de overheidsonderneming geen

150 Indien de relevante markt namelijk nauw wordt afgebakend, zal eerder sprake zijn van marktmacht leidend tot dominantie en derhalve een machtspositie. Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 292-324. Zie voor de handhavingsprioriteiten van de Europese Commissie de Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van art. 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, *PbEU* C45/2, preambule 1 en 9 en A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 366-368.

151 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 327-329.

152 Zie Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van art. 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, *PbEU* C45/2, onder 14.

153 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 342-343.

154 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 345-346.

155 Zie bijv. zaak C-209/98, *Jur.* 2000 p. I-03743 (*Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) tegen Københavns Kommune*) en nader E. Steyger, 'Hybride organisaties in Europeesrechtelijk perspectief', *Bestuurswetenschappen* 2010/5, p. 74-87.

groot marktaandeel heeft – maar de overheid haar institutionele verbondenheid met de onderneming bijvoorbeeld heeft beperkt tot het houden van een aandeel met bijzondere zeggenschap – zal de overheidsonderneming al snel als dominant worden beschouwd. Wanneer de kosten voor markttoegang hoog zijn, kan de overheid en daarmee wellicht ook de overheidsonderneming een betere toegang tot de kapitaalmarkt hebben, dan een reguliere onderneming. Wanneer de toegangskosten tot een markt hoog zijn en de betrokken diensten niet, of niet onder dezelfde voorwaarden zouden kunnen worden aangeboden, kan de overheid het garanderen van die diensten middels een overheidsonderneming als onderdeel van haar publieke taak zien. En diezelfde reden voor overheidsingrijpen – namelijk de hierboven genoemde hoge markttoegangskosten – is in combinatie met de bevoorrechte positie van de overheid tot de kapitaalmarkt, reden om een machtspositie aan te nemen.

Misbruik

Als vaststaat dat de overheidsonderneming een machtspositie onder artikel 102 VWEU heeft, zal moeten worden bezien of het gedrag van die onderneming als misbruik in de zin van artikel 102 valt te kwalificeren. Een dominante onderneming heeft ten aanzien van de mededinging onder Europees recht een bijzondere verantwoordelijkheid.¹⁵⁶ Zo kan een weigering om te leveren of het discrimineren van afnemers – hetgeen een onderneming zonder machtspositie wel is toegestaan¹⁵⁷ – misbruik opleveren onder artikel 102 VWEU.¹⁵⁸ Het is zelfs mogelijk dat een bepaalde overeenkomst voldoet aan de voorwaarden van artikel 101 lid 3 VWEU ter vrijstelling van het kartelverbod, maar desalniettemin verboden is op grond van artikel 102 VWEU.¹⁵⁹

Artikel 102 VWEU bevat een niet-limitatieve opsomming van (categorieën van) gevallen waarin sprake kan zijn van misbruik.¹⁶⁰ Misbruik kan gelegen zijn in het exploiteren van de consumenten of het uitsluiten of beperken van concurrentie.¹⁶¹ Het huidige toezicht concentreert zich op de laatste vorm van misbruik. De grens tussen hetgeen is toegestaan omdat dit behoort tot

156 Zie HvJ EG 9 november 1983, nr. 322/81, *Jur.* 1983, p. 3461, r.o. 57 (*NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin/ Commissie*) en zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 366-368.

157 Zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 667.

158 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 357.

159 Zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 668.

160 Zie HvJ EG 21 februari 1973, nr. 6/72, *Jur.* 1973, p. 215 (*Europemballage Corp & Continental Can Inc./Commissie*), r.o. 26 en zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 361-362.

161 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 358.

normale concurrentie en hetgeen is verboden omdat het misbruik van de machtspositie oplevert, is niet eenvoudig aan te geven.¹⁶²

Voor de overheidsonderneming is van belang, dat gedrag – ook wanneer er geen financieel of ander voordeel uit voortvloeit – als misbruik kan kwalificeren, zelfs wanneer geen misbruik wordt beoogd.¹⁶³ Daarbij moet worden opgemerkt dat wanneer de dominante positie het gevolg is van een toekenning van een wettelijk monopolie in beginsel steeds sprake zal zijn van misbruik in de zin van artikel 102 VWEU.¹⁶⁴ De mogelijkheid om eventueel gedrag dat kwalificeert te rechtvaardigen met een beroep op publieke belangen, wordt niet expliciet geboden door artikel 102 VWEU. Het artikel bevat anders dan artikel 101 VWEU namelijk geen uitdrukkelijke uitzonderingsmogelijkheid. In het arrest Hilti¹⁶⁵ deed de producent van schiethamers, nagels en patroonstrips ter rechtvaardiging van de koppelverkoop van patroonstrips en nagels – kwalificerend als misbruik in de zin van artikel 102 VWEU – een beroep op de behartiging van publieke veiligheid. De onderneming had een dergelijke taak niet opgelegd gekregen door de Britse overheid, maar achtte het zelf noodzakelijk het gebruik van niet door haar zelf geproduceerde patronen voor de door haar geïmporteerde schiethamers vanuit veiligheidsredenen te voorkomen.¹⁶⁶ Het Gerecht van Eerste Aanleg oordeelde dat het in de context van haar overige gedragingen, waarschijnlijker was dat de onderneming haar machtspositie probeerde te versterken dan dat zij daadwerkelijk een publiek belang probeerde te behartigen. De daarover beslissende rechtsoverwegingen luiden:

‘118 Zoals de Commissie heeft gesteld, bestaat er in het Verenigd Koninkrijk wetgeving die de verkoop van gevaarlijke producten en misleidende uitingen ten aanzien van de eigenschappen van een produkt strafbaar stellen. Ook zijn er de nodige bevoegde instanties om die wetgeving te handhaven. Onder deze omstandigheden is het zeker niet aan een onderneming die een machtspositie inneemt, [om] op eigen initiatief maatregelen te nemen om producten die zij al of niet terecht als gevaarlijk of althans van mindere kwaliteit dan haar eigen producten beschouwt, te elimineren.’

162 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 368-375.

163 Zie HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76, *Jur.* 1979, p. 461 (*Hoffmann-La Roche & Co*), r.o. 91.

164 Dit wordt de ‘automatisch misbruik’ theorie van het HvJ EU genoemd. Zie V. Kronenberger, ‘A Model of the Transformation Process of Statutory Monopolies in European Community Law: From Practice to Theory’, *European Business Organization Law Review* 2001/2, p. 307.

165 Zie GvEA 12 december 1991, nr. T-30/89, *Jur.* 1991, p. II-01439 (*Hilti AG/Commissie van de Europese Gemeenschappen*).

166 De onderneming leverde bepaalde eindverbruikers of distributeurs alleen patroonstrips wanneer tegelijkertijd met deze strips de daarbij passende hoeveelheid nagels werd besteld. De onderneming vertoonde nog andere gedragingen die hier echter buiten bespreking blijven.

De bewoordingen ‘op eigen initiatief’ laten mijns inziens aldus wel ruimte voor private ondernemingen om ter rechtvaardiging van handelingen een beroep te doen op de behartiging van hun door de bevoegde autoriteiten toegekende publieke belangen. Ook de Europese Commissie lijkt hiervan uit te gaan gezien de volgende overweging in een mededeling omtrent de handhaving van artikel 102 VWEU:

‘De vraag of de gedraging *objectief noodzakelijk en evenredig* is, dient te worden beantwoord op basis van factoren die extern zijn aan de onderneming met een machtspositie. Uitsluitingsgedrag kan bijvoorbeeld worden beschouwd als objectief noodzakelijk uit met het karakter van het betrokken product verband houdende veiligheids- of gezondheidsoverwegingen. Toch dient bij de bewijsvoering dat dit soort gedrag objectief noodzakelijk is, rekening te worden gehouden met het feit dat het normaal de taak is van overheden om voor de volksgezondheid en veiligheid normen vast te stellen en deze te doen naleven. Het is zeker niet aan een onderneming die een machtspositie inneemt, om op eigen initiatief maatregelen te nemen om producten die zij, al of niet terecht, als gevaarlijk of althans van mindere kwaliteit dan haar eigen producten beschouwt, te elimineren’.¹⁶⁷

De bepaling in de Commissiemededeling geeft weer dat om te bezien of er sprake is van een objectieve rechtvaardiging voor gedrag dat als misbruik kwalificeert onder artikel 102 VWEU, beoordeeld dient te worden of de gedraging evenredig is om het gestelde doel te bereiken. Deze werkwijze lijkt op de toets van evenredigheid die onder de vrijverkeersregels plaatsvindt ter beoordeling of er een objectieve rechtvaardigingsgrond is voor op de vrijverkeersbepalingen inbreukmakende overheidsmaatregelen (*‘Rule of Reason’-redenering*).¹⁶⁸

Overheidsinvloed onder artikel 102 VWEU

De invloed die de overheid op de onderneming zelf wenst te hebben, wordt vormgegeven door vennootschapsrechtelijke constructies en/of specifieke regulering. Hiermee wordt een mate van invloed bewerkstelligd die veelal als een machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU wordt beschouwd. Ook vanwege de vormgeving van overheidsinvloed via privaatrechtelijke instrumenten zullen overheidsondernemingen bijna steeds onder het verbod op misbruik van machtspositie vallen. Hierdoor wordt de overheid beperkt in haar beleidsvrijheid om afspraken te maken die wel gemaakt kunnen worden door regulie-

¹⁶⁷ Zie Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van art. 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, *PbEU* 2009, C 45/2, onder 29.

¹⁶⁸ Er is in het algemeen feit dat er een mate van convergentie te zien tussen de interpretatie van de vrijverkeersbepalingen en de mededingingsregels. Zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 500.

re ondernemingen. Het is de vraag in hoeverre gedrag dat als misbruik kan worden gekwalificeerd onder artikel 102 VWEU door de betrokken overheidsonderneming met een beroep op een toegekend publiek belang, objectief kan worden gerechtvaardigd. De toekomst zal dit moeten uitwijzen, vooralsnog is objectieve rechtvaardiging van misbruikgedrag op grond van publieke taakbehartiging nauwelijks mogelijk.¹⁶⁹

4 ARTIKEL 106 LID 2 VWEU. DIENSTEN VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG EN DE STAATSTEUNREGELS

4.1 Algemeen

Hierboven is de verplichting uiteengezet van lidstaten om de verdragsregels met betrekking tot de in artikel 106 lid 1 VWEU omschreven ondernemingen, waaronder overheidsondernemingen, onverkort na te leven. Deze onverkorte toepassing van de verdragsregels kan echter vanuit het standpunt van een lidstaat onwenselijk zijn wanneer aan dergelijke ondernemingen een dienst van algemeen economisch belang is toevertrouwd. Hoewel er geen algemene uitzondering voor dergelijke publieke diensten bestaat – toekomstige liberaliseringsprocessen zouden hierdoor namelijk kunnen worden geblokkeerd¹⁷⁰ – biedt artikel 106 lid 2 VWEU bepaalde ondernemingen¹⁷¹ onder voorwaarden een uitzonderingspositie voor de toepasselijkheid van verdragsregels.¹⁷²

Artikel 106 lid 2 luidt als volgt:

‘De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang [...],¹⁷³ vallen onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of

169 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 376.

170 Zie nader W. Sauter, ‘Services of General Economic Interest and Universal Service in EU law’, *ELR* 2008, p. 174.

171 Ondanks het feit dat ook dit lid zich evenals het eerste lid van art. 106 VWEU richt tot de lidstaten, kan een onderneming zich (bijvoorbeeld ter verdediging van het maken van misbruik van een machtspositie ex art. 102 VWEU) beroepen op de derogerende werking van art. 106 lid 2 VWEU. Zie W. Sauter, ‘Services of General Economic Interest and Universal Service in EU law’, *ELR* 2008, p. 169. Anders zie N. Dunne, ‘Knowing When to See It: State Activities, Economic Activities, and the Concept of Undertaking’, *Columbia Journal of European Law* 2010/16, p. 431-432.

172 Voor een vergelijking met dergelijke Nederlandse mededingingsrechtelijke regels zie W. Sauter, ‘Diensten van algemeen economisch belang en universele dienstverplichtingen in de gezondheidszorg’, *M&M* 2008/1, p. 4-12.

173 ‘...of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie’, De in het artikel genoemde fiscale monopolies komen nauwelijks meer voor, zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 690.

in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie.'

Het belang van de uitzonderingspositie voor ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang is groot, en door liberalisering van in het verleden bestaande staatsmonopolies zelfs groter geworden.¹⁷⁴ Hierbij kan niet alleen gedacht worden aan ongestoorde energievoorziening, maar ook aan de reeds genoemde ambulancediensten of afvalverwerking.¹⁷⁵ Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon waarbij voor het eerst het begrip 'diensten van algemeen belang' in primaire communautaire wetgeving is opgenomen door toevoeging van een Protocol met betrekking tot diensten van algemeen belang, zal het belang van de uitzondering alleen maar toenemen.¹⁷⁶ Allereerst zullen lidstaten graag gebruik maken van de derogerende werking van artikel 106 lid 2 VWEU aangezien volgens de huidige benadering van het HvJ EU afwijking van de toepasselijke regels (op de aanvullende uitzondering van artikel 106 lid 2 VWEU voor diensten van algemeen belang en fiscale monopolies na) slechts mogelijk is wanneer de toepasselijke regels daarin zelf voorzien zoals de verdragsexcepties een aan de verbodsbepalingen van de vrijheden derogerende werking hebben.¹⁷⁷ Ten tweede zal de uitzondering voor diensten van algemeen economisch belang onverminderd de belangstelling van lidstaten hebben, omdat zij onder de huidige stand van zaken ten aanzien van artikel 106 lid 2 VWEU, de mogelijkheid hebben om diensten van algemeen economisch belang grotendeels naar eigen inzicht in te richten.¹⁷⁸ Want:

174 Dit vanwege de verruimde betekenis van het begrip dienst van algemeen economisch belang, zie A.D.L. Knook, 'Nieuwe regelgeving diensten van algemeen economisch belang', *BR* 2012/2, nr. 13.

175 Zie HvJ EG 25 oktober 2001, nr. C-475/99, *Jur.* 2001, p. I-8089 (*Ambulanz Glöckner/Landkreis Südwestpfalz*) en HvJ EG 25 juni 1998, nr. C-203/96, *Jur.* 1998, p. I-4075 (*Chemische Afvalstoffen Dusseldorp e.a.*).

176 Zie Protocol nr. 26, betreffende de diensten van algemeen belang, *PbEU* 2007, C 306/158-159. Zie bijv. voor de liberalisering in zorgmarkten W. Sauter, 'Diensten van algemeen economisch belang en universele dienstverplichtingen in de gezondheidszorg', *M&M* 2008/1, p. 4-12.

177 Zie bijvoorbeeld de mogelijke verdragsexcepties van art. 36 VWEU die afwijking van art. 34 VWEU en art. 35 VWEU toestaat.

178 Zie de Mededeling van de Commissie 'Communautaire richtsnoeren voor de toepassing van de staatssteunregels in het kader van de snelle uitrol van breedbandnetwerken' (*PbEU* 2009, C 235, p. 7).

‘Bij gebrek aan Europese harmonisatie genieten de Lidstaten een aanzienlijke beleidsvrijheid bij de instelling en vormgeving van diensten van algemeen economisch belang.’¹⁷⁹

4.2 Uitzondering diensten van algemeen economisch belang

Indien een onderneming als bedoeld in artikel 106 lid 2 VWEU een bijzondere taak vervult, welke taak in het gedrang komt indien de verdragsregels onverkort worden toegepast, kan de toepassing van de verdragsregels worden genuanceerd.¹⁸⁰ Om de vraag te beantwoorden of een beroep kan worden gedaan op de derogerende werking van artikel 106 lid 2 VWEU, dient te zijn voldaan aan de in dit artikel gestelde voorwaarden. Alvorens toe te komen aan de vraag of sprake is van een dienst van algemeen economisch belang, moet eerst worden vastgesteld of sprake is van een *onderneming* die diensten van algemeen economisch belang verricht.

Het in het Europese recht gehanteerde ondernemingsbegrip dat reeds in hoofdstuk 1 aan de orde kwam, wordt aldus geïnterpreteerd door het HvJ EU dat de vraag of sprake is van een onderneming niet afhankelijk is van de gekozen nationale organisatievorm. Het is een autonoom en functioneel begrip waarbij het doorslaggevende criterium de aanwezigheid van een economische activiteit is.¹⁸¹ Dit criterium is nader uitgewekt in de rechtspraak van het HvJ EU en ‘gecodeerd’ in een Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels.¹⁸² Aangezien het tweede lid een uitzondering op het verdrag betreft, hanteert het HvJ EU een zeer strikte uitleg van de in dit artikel bedoelde ondernemingen.¹⁸³

179 Zie S.A.C.M. Lavrijssen en D. Özmis, ‘Naar een effectief toezicht op de woningcorporaties. Balanceren tussen staat en markt’, *RegelMaat* 2010/3, p. 109-122, i.h.b. noot 8. Zie nader over diensten van algemeen economisch belang, W. Sauter, ‘Services of General Economic Interest and Universal Service in EU law’, *European Law Review* 2008/33-2, p. 167-193.

180 Zo kan compensatie voor het uitvoeren van een dienst van algemeen economisch belang – indien wordt voldaan aan bepaalde voorwaarden – worden gekwalificeerd als verenigbare steun. Zie nader met betrekking tot staatssteun par. 4 en par. 7 van dit hoofdstuk. Overigens kan geen beroep op de uitzondering worden gedaan wanneer dit een inbreuk op het belang van de Unie van de ontwikkeling van het handelsverkeer oplevert, op grond van de laatste zin van art. 106 lid 2 VWEU.

181 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 565-568.

182 Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie, *PbEU* 2012, C 8/4.

183 Zie HvJ EG 27 maart 1974, nr. 127/73, *Jur.* 1974, p. 313 (*BRT/SABAM*), HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-242/95 *Jur.* 1997, p. I-4449 (*GT-Link*) en HvJ 10 december 1991, nr. C-179/90, *Jur.* 1991, p. I-5889, nr. 27 (*Merci Convenzionali Porto di Genova/Siderurgica Gabrielli SpA*). Zie nader P. Craig en G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1080-1081.

4.3 Discretionaire bevoegdheid lidstaten tot wettelijke aanwijzing onderneming en publieke taak als dienst van algemeen economisch belang

De ondernemingen moeten specifiek door de lidstaten zijn belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang. Het louter toekennen van een exclusief of bijzonder recht in de zin van het eerste lid is niet voldoende. Er moet sprake zijn van een specifiek door de overheid opgedragen taak. Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU betekent dit dat vereist is dat de taak van overheidswege, dat wil zeggen bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan, is toegekend.¹⁸⁴ Het belang om een publieke taak uitdrukkelijk op te nemen in de statuten geeft niet alleen uitdrukking aan het feit dat de overheidsonderneming een deel van de publieke taak op zich heeft genomen zodat de institutionele vennootschapsrechtelijke verhoudingen hierdoor mede bepaald worden, maar is ook een verlengstuk van de wettelijke opgedragen taak. Voor de overheidsonderneming is het derhalve van belang dat om een beroep op de aan de verdragsregels derogerende werking van artikel 106 lid 2 VWEU te kunnen doen, de dienst expliciet moet zijn toegekend, de dienst in het publiek belang noodzakelijk wordt geacht en de aanbieder een verplichting moet hebben deze dienst aan te bieden.¹⁸⁵

De wens van de Rijksoverheid dat alle door publiek aandeelhouderschap te behartigen publieke belangen zo duidelijk mogelijk moeten worden omschreven in overeenstemming met statutaire bevoegdheden,¹⁸⁶ kan worden gezien als een aanzet om te voldoen aan deze voorwaarde, maar een wettelijke toekenning (bij wet of door concessie) lijkt vooralsnog noodzakelijk.¹⁸⁷ De publieke taakbehartiging door de overheidsonderneming moet van overheidswege zijn opgelegd.

Naast het feit dat er sprake moet zijn van een specifiek aan een onderneming wettelijk opgedragen taak, dient op grond van het tweede lid sprake te zijn van een dienst van algemeen economisch belang. Diensten van algemeen economisch belang moeten worden onderscheiden van reguliere economische activiteiten en diensten van algemeen (niet-economisch) belang. Voor reguliere economische activiteiten kan de uitzondering van artikel 106 lid 2 VWEU niet opgaan en gelden de verdragsregels derhalve onverkort. Voor diensten die *niet* economisch van aard zijn, heeft de uitzondering voor wat betreft de

184 Zie HvJ EG 27 april 1994, nr. C-293/92, *Jur.* 1994, p. I- 1477, r.o. 47-49 (*Almelo/NV Energiebedrijf IJsselmij*).

185 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 601-606.

186 Zie het rapport van de stuurgroep voorgezeten door H. Vijlbrief, *Professioneel aandeelhouderschap: nu en straks*, Bevindingen van de stuurgroep visie netbeheer, 2 maart 2011, p. 2.

187 Toekenning hoeft evenwel niet op individuele basis te geschieden, dit kan ook op sectoraal niveau geschieden. Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 601.

mededingingsregels en staatssteunbepalingen geen relevantie, daar deze reeds buiten het toepassingsbereik van deze regels vallen.¹⁸⁸

In de verdragstekst wordt geen definitie van diensten van algemeen economisch belang gegeven.¹⁸⁹ Voor een algemene omschrijving van diensten van algemeen economisch belang kan worden verwezen naar de omschrijving van de Commissie:

‘DAEB’s zijn economische activiteiten die het algemeen belang dienen en die de markt, zonder het overheidsoptreden, anders niet (of niet onder dezelfde voorwaarden inzake kwaliteit, veiligheid, betaalbaarheid, gelijke behandeling of algemene toegang) had verricht. De openbaredienstverplichting waarmee de dienstverrichter wordt belast, waarbij het criterium “algemeen belang” als leidraad dient, moet ervoor zorgen dat de dienst wordt verricht onder voorwaarden waarmee de publieke taak kan worden vervuld.’¹⁹⁰

Het verband tussen diensten van algemeen economisch belang en dergelijke (universele) openbaredienstverplichtingen kan als volgt worden gezien: ‘Uit rechtspraak van het HvJ EU blijkt dat het gaat om diensten (zoals post, energie, ambulancediensten) die de Lidstaten onderwerpen aan verdergaande verplichtingen (universele dienstverplichtingen) dan normale diensten. Deze verplichtingen moeten garanderen dat deze diensten van goede kwaliteit en betaalbaar zijn en daadwerkelijk voor de burger beschikbaar zijn.’¹⁹¹

Zoals gezegd zijn er geen harmoniserende maatregelen op dit terrein aangenomen en bestaat er aanzienlijke ruimte voor de lidstaten om een eigen beleid

188 Zie art. 2 Protocol nr. 26, betreffende de diensten van algemeen belang gehecht aan het VWEU en VEU, *PbEU* 2007, C 306/158-159: ‘De bepalingen van de Verdragen doen op generlei wijze afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om niet-economische diensten van algemeen belang te verrichten, te doen verrichten en te organiseren’. Zie nader P.J. Slot, M.H. Park en A. Cuyvers, ‘Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd’, *M&M* 2007/4, p. 101-112.

189 Dit is waarschijnlijk omdat het begrip dynamisch is en het wenselijk werd geacht de lidstaten een grote, bijna absolute vrijheid te geven om dit begrip te definiëren en te organiseren. Zie nader W. Sauter, ‘Services of General Economic Interest and Universal Service in EU law’, *ELR* 2008, p. 174-176.

190 Zie de Mededeling van de Commissie ‘Een kwaliteitskader voor diensten van algemeen belang in Europa’, COM(2011) 900 definitief, p. 3. Recentelijk heeft de Commissie een nieuwe gids uitgebracht met een nadere toelichting. De omschrijving van DAEB blijft gelijk. Zie het werkdokument van de Commissie ‘Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang’, SWD(2013) 53 final/2.

191 Zie S.A.C.M. Lavrijssen en D. Özmis, ‘Naar een effectief toezicht op de woningcorporaties. Balanceren tussen staat en markt’, *RegelMaat* 2010/3, p. 109-122, i.h.b. noot 8. Zie nader over diensten van algemeen economisch belang, W. Sauter, ‘Services of General Economic Interest and Universal Service in EU law’, *European Law Review* 2008/33-2, p. 167-193.

te voeren ten aanzien van het instellen van diensten van algemeen economisch belang,¹⁹² zij het onder toezicht van de Europese Commissie en het HvJ EU.¹⁹³ Dit gaat zelfs zover dat de toegang tot een markt geheel mag worden afgesloten om te verzekeren dat de betrokken dienst van algemeen economisch belang kan worden verricht. Dit kan niet alleen wanneer producten of diensten anders niet rendabel zijn, maar ook wanneer minder of niet rendabele sectoren gecompenseerd moeten worden.¹⁹⁴ Deze discretionaire vrijheid is bevestigd in art. 1 Protocol nr. 26 bij VWEU en VEU betreffende de diensten van algemeen belang.¹⁹⁵ Met betrekking tot het aanwijzen en organiseren van diensten van algemeen economisch belang bepaalt het artikel het volgende:

‘De gedeelde waarden van de Unie met betrekking tot diensten van algemeen economisch belang in de zin van artikel 14 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie omvatten met name:

- de essentiële rol en de ruime discretionaire bevoegdheid van de nationale, regionale en lokale autoriteiten om diensten van algemeen economisch belang te verrichten, te doen verrichten en te organiseren op een manier die zoveel mogelijk in overeenstemming is met de behoeften van de gebruikers;
- de diversiteit tussen verschillende diensten van algemeen economisch belang en de verschillen in de behoeften en voorkeuren van de gebruikers die kunnen voortvloeien uit verschillende geografische, sociale of culturele omstandigheden;
- een hoog niveau van kwaliteit, veiligheid en betaalbaarheid, gelijke behandeling en de bevordering van de algemene toegang en van de rechten van de gebruiker.’

192 In het kader van de hierboven besproken discretionaire bevoegdheid van de lidstaten om een dienst van algemeen economisch belang aan te wijzen, wil ik er op wijzen dat de Kaderregeling in het bijzonder van belang is in de discussie omtrent de bevoegdheid van de lidstaten om een dienst van algemeen economisch belang aan te wijzen. Zie Mededeling van de Commissie – EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, *PbEU* 2012, C8/15. In het oorspronkelijke voorstel van de Kaderregeling werd de bevoegdheid van lidstaten om een dienst van algemeen economisch belang aan te wijzen beperkt. De voorgestelde Kaderregeling bepaalde namelijk dat diensten die al onder marktcondities en prijs- en toegangsvoorwaarden in overeenstemming met het openbaar belang werden geleverd (of geleverd zouden kunnen worden) door ondernemingen, niet meer zouden kunnen worden gedefinieerd als dienst van algemeen economisch belang. Hierop is in de definitieve tekst teruggekomen. Er geldt voor de aanwijzingsbevoegdheid van lidstaten derhalve nog steeds dat slechts wordt gezien of geen sprake is van een marginale beoordelingsfout. Wel wijzen de woorden ‘tenzij bepalingen in de Uniewetgeving een strengere norm bevatten’ op de mogelijkheid dat toekomstige Europese regelgeving de discretionaire aanwijzingsbevoegdheid kan inperken. Zie nader L. Hancher en W. Sauter, ‘Het nieuwe Altmark-pakket vastgesteld door de Commissie’, *M&M* 2012/1, p. 31.

193 Zie P.J. Slot, M.H. Park en A. Cuyvers, ‘Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd’, *M&M* 2007/4, p. 112.

194 Zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 692-693.

195 Zie *PbEU* 2008, C 115/308.

Er is derhalve een beleidsvrijheid die bestaat zolang de Europese wetgever geen maatregelen neemt om deze bevoegdheid in te perken.¹⁹⁶ De discretionaire bevoegdheid van lidstaten om diensten van algemeen economisch belang te definiëren wordt echter wel onder Europees recht getoetst. Hoewel het definiëren van diensten van algemeen economisch belang aldus behoort tot de bevoegdheid van de lidstaten, wordt deze discretionaire bevoegdheid beperkt door de jurisprudentie van het HvJ EU en het hierop gebaseerde Altmark-pakket dat hieronder wordt besproken, waarin een aantal begrippen nader wordt uitgewerkt.¹⁹⁷ De Europese Commissie ziet er op grond van het hieronder te bespreken artikel 106 lid 3 VWEU bovendien op toe dat de betreffende maatregelen voldoen aan de vereisten van noodzakelijkheid en geschiktheid en niet in strijd met het belang van de Unie zijn.¹⁹⁸

De uiteindelijke beoordeling of inderdaad sprake is van een dienst van algemeen economisch belang wordt momenteel casuïstisch bepaald door het HvJ EU.¹⁹⁹ Er is kritiek op deze praktijk waarbij het rechtscollege *de facto* oordeelt over de vraag of al dan niet sprake is van een activiteit van algemeen economisch belang. Het zou beter zijn deze bevoegdheid te laten aan politieke instituties die daartoe democratisch verkozen zijn,²⁰⁰ temeer daar in de jurisprudentie veelal sprake is van een gebrekkige motivatie voor wat betreft de vraag wat al dan niet onder een dienst van algemeen economisch belang moet worden verstaan.²⁰¹

Alleen wanneer de vervulling van de bijzonder toevertrouwde taak aan onverkorte toepassing van eventueel toepasselijke verdragsbepalingen in de weg staat, zal een uitzonderingspositie voor wat betreft die dienst van algemeen economisch belang worden toegestaan. Dit zogenaamde proportionaliteitsbeginsel²⁰² wordt in het arrest Corbeau²⁰³ als volgt ingevuld. Artikel 106 lid 2

196 Zie nader L. Hancher en W. Sauter, 'Het nieuwe Altmark-pakket vastgesteld door de Commissie', *M&M* 2012/1, p. 31.

197 Zie W. Sauter, 'De herziening van het Altmark-pakket. Nieuwe regels voor staatssteun en diensten van algemeen economisch belang', *M&M* 2011/6, p. 224-230. Het Altmark-pakket wordt hieronder besproken.

198 Zie W. Sauter, 'Diensten van algemeen economisch belang en universele dienstverplichtingen in de gezondheidszorg', *M&M* 2008/1, p. 6 en Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 691.

199 Zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 691 en A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 609-616.

200 Zie J. Meulman, 'Na het Groenboek over Diensten van Algemeen Belang: naar een horizontale aanpak van overheidsinterventie?', *SEW* 2004/3, p. 98-107.

201 Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 691.

202 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 606-608.

VWEU staat de lidstaten toe 'aan ondernemingen die zij belasten met het beheer van diensten van economisch belang, alleenrechten te verlenen die de toepassing van de mededingingsregels van het verdrag kunnen belemmeren, *voor zover* die beperkingen van de mededinging – of zelfs een uitsluiting van elke mededinging – van andere marktdeelnemers *noodzakelijk zijn* om te verzekeren dat de houders van die alleenrechten de hun opgedragen bijzondere taak vervullen.²⁰⁴ Artikel 106 lid 2 VWEU wordt in de volgende paragraaf, in het bijzonder in het kader van de staatssteunregels, behandeld.

4.4 De uitzondering van artikel 106 lid 2 VWEU en de verhouding tot staatssteunregels

Voor de beoordeling of de financiering van een dienst van algemeen economisch belang voldoet aan staatssteunregels (die in de volgende paragraaf nader aan de orde komen), is op grond van de jurisprudentie van het HvJ EU en artikel 106 lid 3 VWEU een bijzonder rechtskader geschapen, namelijk de leer van de compensatiebenadering. Deze compensatiebenadering is één van de twee verschillende benaderingen die zijn ontwikkeld in de rechtspraak over de toepassing van staatssteunregels ex artikel 107 VWEU op vergoedingen voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang.²⁰⁵ Niet steeds zal in geval van een dienst van algemeen economisch belang een beroep op de derogerende werking van artikel 106 lid 2 VWEU noodzakelijk zijn. Voor de vergoeding die een onderneming van de overheid krijgt voor het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang bestaat namelijk op grond van de door het HvJ EU gevolgde compensatiebenadering de mogelijkheid dat deze niet wordt aangemerkt als staatssteun. Hierdoor is een beroep op de uitzonderingspositie die kan worden verkregen via artikel 106 lid 2 VWEU overbodig.

Het onderscheid tussen de twee benaderingen, te weten de compensatiebenadering en de staatssteunbenadering, is dus van belang vanwege de aanmeldverplichting op grond van het *standstill*-beginsel in artikel 108 lid 3 VWEU. De compensatiebenadering zou lidstaten vrijstellen van deze aanmeldplicht wanneer het compensatie voor diensten van algemeen economisch belang betreft, omdat in deze visie compensatie geen voordeel oplevert en derhalve

203 Zie HvJ EG 19 mei 1993, nr. C-320/91, *Jur.* 1993, p. I-2533 (*Corbeau*) en HvJ EG 27 april 1994, nr. C-393/92, *Jur.* 1994, p. I-1477 (*Almelo/NV Energiebedrijf IJsselmij*).

204 Zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 692.

205 Zie L. Hancher, T. Ottervanger en P.J. Slot, *EU State Aids*, Londen: Sweet & Maxwell 2012, p. 116-118 en F.D. Schild, 'Staatssteun en diensten van algemeen economisch belang: supersnel internet en oud papier', *AA* 2006/3, p. 182-187.

niet als staatssteun kwalificeert.²⁰⁶ Een beroep op artikel 106 lid 2 VWEU om te derogeren aan de staatssteunbepalingen is dan niet meer nodig. Volgens de staatssteunbenadering is weliswaar sprake van steun, maar kan deze eventueel als verenigbare steun worden aangemerkt op basis van artikel 106 lid 2 VWEU. In het Altmark-arrest koos het HvJ EU uitdrukkelijk voor de compensatiebenadering.²⁰⁷ Het bepaalde in het Altmark-arrest is gecodificeerd en uitgewerkt in een pakket van maatregelen dat onlangs is vernieuwd en wordt aangeduid als het Altmark-pakket.²⁰⁸

4.4.1 Het Altmark-arrest

In het Altmark-arrest²⁰⁹ worden vier voorwaarden gesteld voor de kwalificatie als compensatie van financiële steun aan een onderneming die een dienst van algemeen economisch belang verricht. In de eerste plaats moet de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen en moeten die verplichtingen duidelijk omschreven zijn. In de tweede plaats moeten de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld, om te vermijden dat de compensatie een economisch voordeel bevat waardoor de begunstigde onderneming ten opzichte van concurrerende ondernemingen kan worden bevoordeeld. In de derde plaats mag de compensatie niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen, geheel of gedeeltelijk te dekken. In de vierde plaats wanneer de met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet is gekozen in het kader van een openbare aanbesteding waarbij de kandidaat kan worden geselecteerd die deze diensten tegen de laagste kosten voor de gemeenschap kan leveren, moet de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig

206 Dit is een groot voordeel omdat de financiële afspraken dan niet eerst de goedkeuring van de Europese Commissie behoeven voordat deze ter uitvoering kunnen worden gelegd. Zo ook A.D.L. Knook, 'Nieuwe regelgeving diensten van algemeen economisch belang', *BR* 2012/2, nr. 13.

207 Enerzijds kan men beargumenteren dat art. 106 lid 2 VWEU betekent dat indien aan de voorwaarden van de uitzondering wordt voldaan, de vergoeding in het geheel geen staatssteun betreft. Dit is de compensatiebenadering. Anderzijds gaat de staatssteunbenadering ervan uit dat eerst bepaald moet worden of er sprake is van staatssteun, waarna eventueel op basis van art. 106 lid 2 VWEU een vrijstelling kan worden toegepast en sprake kan zijn van verenigbare steun. Zie HvJ EG 24 juli 2003, nr. C-280/00, *Jur.* 2003, p. I-7747 (*Altmark*).

208 Zie nader de volgende paragraaf en voor een vergelijking tussen het oude en het nieuwe Altmark-pakket: L. Hancher en W. Sauter, 'Het nieuwe Altmark-pakket vastgesteld door de Commissie', *M&M* 2012/1, p. 29-31.

209 Zie HvJ EG 24 juli 2003, nr. C-280/00, *Jur.* 2003, p. I-7747 (*Altmark*).

met middelen is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen. Als een overheidsmaatregel voldoet aan deze vier cumulatieve voorwaarden is *geen* sprake van steun en is een beroep op artikel 106 lid 2 VWEU om onder de onverkorte toepassing van de staatssteunbepalingen uit te komen, overbodig.

Mocht aan één of meer van voormelde voorwaarden niet worden voldaan, dan is sprake van een steunmaatregel,²¹⁰ die op grond van de uitzondering van artikel 106 lid 2 VWEU echter eventueel alsnog verenigbaar met het verdrag kan worden verklaard.²¹¹

4.4.2 Het Altmark-pakket

Om de Altmark-voorwaarden te verduidelijken en voorzieningen voor bepaalde maatregelen die niet aan de Altmark-voorwaarden voldoen te treffen,²¹² heeft de Commissie een pakket maatregelen genomen dat tezamen wordt aangeduid als het Altmark-pakket.²¹³

210 Althans, als ook aan de andere criteria van art. 107 lid 1 VWEU is voldaan.

211 Zie HvJ EG 24 juli 2003, nr. C-280/00, *Jur.* 2003, p. I-7747, r.o. 88-94 (*Altmark*) en W. Sauter, 'De herziening van het Altmark-pakket. Nieuwe regels voor staatssteun en diensten van algemeen economisch belang', *M&M* 2011/6, p. 225.

212 Zie W. Sauter, 'De herziening van het Altmark-pakket. Nieuwe regels voor staatssteun en diensten van algemeen economisch belang', *M&M* 2011/6, p. 225.

213 Het huidige Altmark-pakket bestaat uit een Besluit (Besluit van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van art. 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen, *PbEU* 2012, L7/3), een Kaderregeling (EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, *PbEU* 2012, C8/15), een Mededeling (Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie, *PbEU* 2012, C8/4) en een Verordening (Verordening (EU) Nr. 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen, *PbEU* 2012, L114/8). Het Besluit bevat onder andere een groepsvrijstelling voor de aanmeldverplichting van art. 108 lid 3 VWEU voor ondernemingen onder een bepaalde drempelwaarde en voor bepaalde aangewezen groepen ondernemingen zoals ziekenhuizen. Het Besluit bevat ook voorschriften voor de compensatie zoals rapportageverplichtingen. Het is mogelijk om een redelijke winst te maken op de dienst van algemeen economisch belang. Als wordt voldaan aan de voorwaarden in het Besluit, is de steun verenigbaar met de interne markt op grond van art. 106 lid 2 VWEU. De Kaderregeling is een aanvulling op het Besluit in die zin dat grote ondernemingen die niet voldoen aan de in het Besluit gestelde drempelwaarde, op individuele basis toch eenzelfde uitzonderingspositie als onder het Besluit kunnen krijgen voor de financiering van de door hen verrichte dienst van algemeen economisch belang indien zij aan dezelfde materiële

Beknopt weergegeven is de verhouding tussen de onverkorte toepassing van staatssteunbepalingen op de vergoeding voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang, het Altmark-pakket en de uitzonderingsbepaling van artikel 106 lid 2 VWEU als volgt. Indien voldaan wordt aan de voorwaarden van het Altmark-arrest²¹⁴ of de 'De minimis Verordening',²¹⁵ is de vergoeding niet te kwalificeren als steun en valt deze derhalve niet onder de staatssteunbepalingen. Een beroep op de derogerende werking van artikel 106 lid 2 VWEU is dan niet nodig. Als niet wordt voldaan aan ofwel de Altmark-criteria ofwel de Verordening, kan de compensatie toch nog als verenigbaar met de interne markt worden beschouwd op grond van artikel 106 lid 2 VWEU. Het Vrijstellingsbesluit geeft vrijstellingen voor de aanmeldverplichting en verduidelijkt voor bepaalde groepen van ondernemingen dat zij onder de uitzonderingsbepaling van artikel 106 lid 2 VWEU vallen. De Kaderregeling doet dit voor bepaalde ondernemingen die niet onder het Besluit vallen, maar materieel wel in dezelfde positie verkeren. Het is mogelijk dat in een dergelijk geval door de Europese Commissie extra voorwaarden aan de dienst van algemeen economisch belang worden gesteld, om onder de uitzondering van

normen voldoen. In de Mededeling wordt een aantal begrippen dat van belang is voor de toepassing van de uitzonderingsbepaling nader uitgewerkt zoals het begrip onderneming, economische activiteit en openbaar gezag. Deze zijn in hoofdstuk 1 aan de orde gekomen. Ook worden de voorwaarden van de uitzondering van art. 106 lid 2 VWEU en de relatie met aanbestedingsregels nader toegelicht. Zie uitgebreid W. Sauter, 'De herziening van het Altmark-pakket. Nieuwe regels voor staatssteun en diensten van algemeen economisch belang', *M&M* 2011/6, p. 224-230. De Verordening ten slotte, is een *de minimis* regeling die slechts van toepassing is op diensten van algemeen economisch belang in de zin van art. 106 lid 2 VWEU. Indien onder de in deze Verordening gestelde drempelwaarden wordt gebleven, is geen sprake van steun. Het oorspronkelijke Altmark-pakket uit 2005 bestond uit de Commissiebeschikking over de toepassing van art. 86 lid 2 VEG (de voorganger van art. 106 lid 2 VWEU) op staatssteun in de vorm van verleende compensatie voor openbare diensten aan bepaalde ondernemingen belast met de uitvoering van diensten van algemeen economisch belang, *PbEU* 2005, L 312/67 en de Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst *PbEU* 2005, C 297/4. Daarnaast vond ook een wijziging van de Transparantierichtlijn plaats middels Richtlijn 2005/81/EG van de Commissie van 28 november 2005 tot wijziging van Richtlijn 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, *PbEU* 2005, L 312/47. De huidige Transparantierichtlijn is de eerder genoemde Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, *PbEU* 2006, L 318/17.

214 Zie HvJ EG 24 juli 2003, nr. C-280/00, *Jur.* 2003, p. I-7747 (*Altmark*).

215 Zie Verordening (EU) Nr. 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen, *PbEU* 2012, L114/8.

artikel 106 lid 2 VWEU te kunnen vallen. De Mededeling verduidelijkt relevante begrippen en de verhouding met aanbestedingsregels.²¹⁶

Verder moeten lidstaten, alvorens een dienst van algemeen economisch belang aan te wijzen, een openbare raadpleging houden om de behoefte die bestaat aan de betreffende dienst te bepalen. Indien er strijd met de openbare aanbestedingsregels blijkt te zijn, kan geen beroep worden gedaan op de uitzondering van artikel 106 lid 2 VWEU, omdat dit dan in strijd met het belang van de Europese Unie zou zijn. De Europese Commissie kan nadere voorwaarden stellen voor ondernemingen die onder de regeling willen vallen.

4.5 Staatssteunregels voor overheidsondernemingen

Indien niet wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 106 lid 2 VWEU heeft de overheidsonderneming die een dienst van algemeen economisch belang verleent geen uitzonderingspositie en valt deze onder de volledige werking van de staatssteunregeling van artikel 107 VWEU. De overheidsonderneming die dergelijke diensten verleent kan zich ondanks het feit dat volgens de lidstaat een legitieme publieke taak wordt uitgeoefend, niet beroepen op een bijzondere behandeling. Er is dan slechts ruimte voor een bijzondere behandeling voor zover de overheidsonderneming een beroep kan doen op één van de in artikel 107 VWEU genoemde uitzonderingsbepalingen.

4.5.1 Definitie staatssteun ex artikel 107 VWEU

Het staatssteunverbod wordt vanwege het gevaar dat de marktwerking verstoord kan worden wanneer lidstaten hun eigen economische doelen nastreven, ruim geïnterpreteerd.²¹⁷ De staatssteunregels zijn neergelegd in artikel 107 VWEU en volgende.²¹⁸ Voor de toetsing aan het handelen van (lidstaten met betrekking tot) overheidsondernemingen beperkt dit onderzoek zich tot een bespreking van het in artikel 107 VWEU neergelegde materiële toepassings-

216 Zie nader A.D.L. Knook, 'Nieuwe regelgeving diensten van algemeen economisch belang', *BR* 2012/2, nr. 13.

217 Deze ruime uitleg houdt in dat de criteria om onder het verbod te vallen zowel in de jurisprudentie van de Europese rechters als in de besluitenpraktijk van de Europese Commissie erg ruim worden uitgelegd. Zie P.C. Adriaanse, 'Vergoedende maatregel of steunregel?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 642.

218 Art. 108 en 109 VWEU betreffen procedurele aspecten en blijven in dit onderzoek buiten beschouwing.

bereik.²¹⁹ Op grond van dit artikel is staatssteun verboden, tenzij het Verdrag in een uitzondering voorziet.²²⁰ Artikel 107 VWEU geeft geen definitie van het begrip staatssteun, maar indien aan de volgende vier uit het artikel te destilleren criteria is voldaan, is er sprake van verboden staatssteun.²²¹

Ten eerste moet er sprake zijn van steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd.²²² De steun hoeft niet direct door een staat te zijn verleend, ook wanneer steun met staatsmiddelen wordt bekostigd is sprake van staatssteun. Dat wil zeggen dat een bevoordeling door zowel publieke als private organen onder het bereik van artikel 107 VWEU kan vallen.²²³ Derhalve is het niet alleen mogelijk dat een overheidsonderneming wordt geconfronteerd met een beroep op artikel 107 VWEU als *ontvanger*,²²⁴ maar tevens als *verstrekker* van steun. Dit criterium betekent voor de overheidsonderneming dat de Staat direct betrokken moet zijn geweest bij de desbetreffende steunverlening.²²⁵ Zo werd in de zaak *Kwekerij Gebroeders Van der Kooy BV*²²⁶ bepaald dat de door de Gasunie aan zekere bedrijven berekende (gunstige) tarieven staatssteun inhielden. De vaststelling van de hoogte van het tarief werd namelijk aan de Nederlandse Staat toegerekend. Dit niet alleen vanwege het feit dat de Nederlandse Staat direct dan wel indirect 50% van de aandelen in de privaatrechtelijk rechtspersoon Gasunie hield, maar voorts omdat:

‘de minister van Economische Zaken bevoegd [is] de door Gasunie toegepaste tarieven goed te keuren, hetgeen, ongeacht hoe die bevoegdheid wordt uitgeoefend,

219 Art. 107 VWEU luidt: ‘Behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen [...] vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.’

220 Daarbij is te denken aan de onder art. 106 lid 2 VWEU bestaande uitzondering voor diensten van algemeen economisch belang. Zie par. 4.2 van dit hoofdstuk.

221 Zie nader over privaatrechtelijke handhaving van staatssteunregels P.C. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun* (diss. VU), Kluwer: Deventer 2006.

222 Het begrip staat moet ruim worden opgevat. Ook decentrale overheden kunnen in dit kader steun verlenen.

223 Zie voor een uitgebreid jurisprudentieoverzicht P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1091, i.h.b. noot 109.

224 Althans indirect, nu de Lidstaat de in overtreding zijnde adreessaat is op grond van art. 107 VWEU.

225 Zie HvJ EG 16 mei 2002, nr. C-482/99, *Jur.* 2002, p. I-4397 (*Frankrijk/Commissie*) en HvJ EG 26 juni 2008, nr. T-443/03, *Jur.* 2008, p. II-1161 (*Sociedade Independente de Comunica, SA/Commissie*).

226 HvJ EG 2 februari 1988, C-67, C-68 en C-70/85, *Jur.* 1988, p. 219 (*Kwekerij Gebroeders Van der Kooy/Commissie*).

de Nederlandse regering de mogelijkheid geeft een tarief dat haar niet past, te blokkeren.²²⁷

Op grond daarvan overweegt het Hof: '...dat Gasunie bij de vaststelling van de gastarieven geenszins volledig autonoom handelt, maar onder toezicht van de overheid staat en haar aanwijzingen volgt'²²⁸ mede op grond waarvan de gunstige tarifiering als een steunmaatregel van de Staat in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU wordt gezien.

Of sprake is van 'steunmaatregelen van de staat' in de zin van artikel 107 VWEU, wanneer deze worden verleend door een private rechtspersoon, is niet steeds helder. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het verschil van inzicht tussen de Commissie en de ECB, in het kader van de verstrekking van liquiditeitssteun door nationale centrale banken.²²⁹ Voorafgaand aan het faillissement van Lehman Brothers oordeelde de Commissie op grond van de zogenaamde Northern Rock-criteria nog dat maatregelen die mogelijk maakten dat gezonde banken met tijdelijke liquiditeitsproblemen (aanvullende) liquiditeiten tegen onderpand bij 'hun' centrale bank konden krijgen, geen staatssteun inhielden.²³⁰ Dit ging echter alleen op, onder de voorwaarde dat de maatregel niet verzekerd was door een garantie van de overheid ten behoeve van de liquiditeitssteun verstrekken centrale bank.²³¹ De invulling van deze voorwaarde was nu juist het probleem bij de steunverlening door de Nationale Bank van België aan Fortis Bank België en Dexia. De banken voldeden aan de Northern Rock-criteria, maar omdat alle kredieten die de Nationale Bank van België verleende ter handhaving van de financiële stabiliteit automatisch genoten van een waarborg van de Belgische staat, kwalificeerde de Commissie de liquiditeitssteun toch als overheidssteun. De Belgische overheid – met rugdekking van de ECB – was het hier niet mee eens.²³² Het betrof volgens haar een

227 HvJ EG 2 februari 1988, C-67, C-68 en C-70/85, *Jur.* 1988, p. 219, r. o. 36 (*Kwekerij Gebroeders Van der Kooy/Commissie*).

228 HvJ EG 2 februari 1988, C-67, C-68 en C-70/85, *Jur.* 1988, p. 219, r. o. 37 (*Kwekerij Gebroeders Van der Kooy/Commissie*).

229 Zie H. Gilliams, 'Steun aan financiële instellingen na Lehman: een 'stresstest' voor de regels inzake staatssteun', *SEW* aug 2010, nr. 7/8, p. 281.

230 Zie bijvoorbeeld het oordeel van de Commissie met betrekking tot de steunverlening aan Northern Rock dat de maatregel geen staatssteun betrof aangezien 1). de betrokken bank solvent was, 2). onderpand had verstrekt dat van hoge kwaliteit was, 3). de bank een 'strafrente' betaalde op de faciliteit, en 4). de betrokken nationale bank, te weten de Bank of England in het geval van Northern Rock, op eigen initiatief handelde, en derhalve niet op instructie van de overheid. Zie nader H. Gilliams, 'Steun aan financiële instellingen na Lehman: een 'stresstest' voor de regels inzake staatssteun', *SEW* aug 2010, nr. 7/8, p. 281.

231 H. Gilliams, 'Steun aan financiële instellingen na Lehman: een 'stresstest' voor de regels inzake staatssteun', *SEW* aug 2010, nr. 7/8, p. 281, noot 9.

232 Zie het advies van de ECB gegeven op verzoek van het ministerie van Financiën van België van 8 oktober 2008, (CON/2008/46), in het bijzonder punt 4.3, raad te plegen via <www.ecb.int/ecb/legal/pdf/en_con_2008_46_f_sign.pdf>.

organieke garantie om de autonomie van de Nationale Bank bij het verlenen van liquiditeitssteun te verzekeren en geen maatregelspecifieke garantie waardoor geen sprake van steun door de Staat zou zijn. De Europese Commissie rekende derhalve in dit geval het handelen van een centrale bank toe aan de staat, ongeacht de mate van autonomie.²³³ Hiermee is niet gezegd wanneer steun door een private rechtspersoon gezien moet worden als staatssteun, maar is wel het hoog casuïstisch gehalte benadrukt.

Het tweede criterium in artikel 107 VWEU is selectiviteit. Dit houdt in dat de steun ten goede moet komen aan *bepaalde* ondernemingen.²³⁴ Algemene maatregelen van economische stimulans, zoals algemene belastingmaatregelen, zijn niet aan te merken als staatssteun omdat specificiteit ontbreekt.²³⁵

Ten derde moet de steun een *voordeel* verschaffen dat de desbetreffende ondernemingen niet op commerciële gronden via de markt zouden hebben verkregen.²³⁶ Niet alleen steun in de vorm van leningen, maar ook in de vorm van overheidsdeelneming in het kapitaal van de onderneming kan aldus onder het regime van artikel 107 VWEU vallen.²³⁷ Zo werd ook de garantieverlening door de Nederlandse Staat aan ING NV aangemerkt als steunverlening.²³⁸ Bij de beoordeling of sprake van een voordeel is, is het 'market economy investor' beginsel, oftewel het beginsel van een goed geïnformeerde particuliere investeerder handelend in een markteconomie, van belang. Slechts voor zover de overheid niet marktconform handelt, is sprake van een voordeel. Indien private

233 Deze criteria zijn neergelegd in de Bankenmededeling, zie Mededeling betreffende de toepassing van de staatssteunregels op maatregelen in het kader van de huidige wereldwijde financiële crisis genomen met betrekking tot financiële instellingen, *PbEU* 2008, C 270/8, punt 51. Zie nader H. Gilliams, 'Steun aan financiële instellingen na Lehman: een 'stresstest' voor de regels inzake staatssteun', *SEW* aug 2010, nr. 7/8, p. 281.

234 Entiteiten die niet te kwalificeren zijn als onderneming vallen buiten de reikwijdte van het artikel.

235 Deze maatregelen blijven binnen het bereik van de soevereiniteit van de lidstaten. Het exacte onderscheid tussen staatssteun en algemene maatregelen van economisch of fiscaal beleid valt soms echter lastig aan te geven. Zie P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1089.

236 Zie voor een overzicht van de door de Commissie opgestelde lijst met voorbeelden van vormen van voordeel, P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1088.

237 Barents geeft een uitgebreid overzicht van voorbeelden van staatssteun; niet alleen directe financiële betalingen kunnen als steun worden gezien, maar steun kan ook bestaan uit garantielingen, lagere kosten voor diensten of goederen door de staat, of een onder staatsinvloed staand bedrijf. Zie R. Barents, 'The Competition Policy of the EC', in: P.J.G. Kapteyn en VerLoren van Themaat, *The Law of the European Union and the European Communities*, Kluwer 2008, p. 852-853, en de aldaar genoemde jurisprudentie.

238 De steunmaatregelen aan ING vielen in twee onderdelen uiteen. Ten eerste een kapitaalinjectie van 10 miljard euro in 2008 door de Nederlandse staat in ruil voor effecten zonder stemrecht. En ten tweede een garantieverstrekking begin 2009 met betrekking tot een pakket zogenaamde Alt-A hypotheeken, welke zich in de portefeuilles van Amerikaanse dochterondernemingen van ING bevonden.

investeerd onder dezelfde voorwaarden hebben geïnvesteerd in een onderneming, is het niet nodig om het handelen van de overheid onder diezelfde voorwaarden te toetsen. Er kan dan worden uitgegaan van de veronderstelling dat sprake is van marktconform handelen. Echter, dit gaat niet op wanneer de private investeringen zijn gedaan, *nadat* de overheid heeft geïnvesteerd.²³⁹

Het vierde criterium is dat de steun moet leiden tot (dreigende) vervalsing van de mededinging op de gemeenschappelijke markt of tot ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten.

4.5.2 Uitzonderingsmogelijkheden op het staatssteunverbod

Staatssteun kan worden toegestaan wanneer de Commissie – na aanmelding – een beroep op één van de verdragsuitzonderingen op het staatssteunverbod honoreert. Er zijn drie verdragsuitzonderingen: namelijk ten eerste die in het reeds besproken artikel 106 lid 2 VWEU, ten tweede die in artikel 107 lid 2 en ten derde die in artikel 107 lid 3 VWEU.

Hierbij moet onderscheid worden gemaakt tussen twee situaties. In de eerste plaats de situatie dat wordt voldaan aan artikel 107 lid 1 VWEU, maar niet aan lid 2 of 3. Wanneer in dat geval wel aan de vereisten van 106 lid 2 is voldaan, kan steun gerechtvaardigd zijn. In de tweede plaats bestaat er de situatie dat op een onderneming verplichtingen met betrekking tot diensten van algemeen belang rusten op grond van nationaal of gemeenschapsrecht. Wanneer het steun betreft ter compensatie van de kosten om de dienst van algemeen belang door de onderneming uit te voeren, is er zoals eerder besproken met betrekking tot de Altmarkuitzondering, geen sprake van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. De consequentie hiervan is dat deze steun ook niet hoeft te worden aangemeld in de zin van artikel 108 VWEU.

Artikel 106 lid 2 VWEU waaronder de reeds besproken Altmarkuitzondering, is uitgebreid ter sprake gekomen in paragraaf 4.

Artikel 107 lid 2 en lid 3 VWEU luiden:

‘2. Met de interne markt zijn verenigbaar:

- a) steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers op voorwaarde dat deze toegepast worden zonder onderscheid naar de oorsprong van de producten;
- b) steunmaatregelen tot herstel van de schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen;
- c) steunmaatregelen aan de economie van bepaalde streken van de Bondsrepubliek Duitsland die nadeel ondervinden van de deling van Duitsland, voor zover deze steunmaatregelen noodzakelijk zijn om de door deze deling berokkende economi-

²³⁹ Zie C.T. Dekker en M. Duman, ‘Kroniek staatssteun 2008-2009’, *SEW* 129 juni 6 2010, p. 231 en GvEA EG 24 september 2008, nr. T-20/03, *Jur.* 2008, p. II-2305 (*Kahla*).

sche nadelen te compenseren. Vijf jaar na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon kan de Raad op voorstel van de Commissie een besluit tot intrekking van dit punt vaststellen.

3. Als verenigbaar met de interne markt kunnen worden beschouwd:

- a) steunmaatregelen ter bevordering van de economische ontwikkeling van streken waarin de levensstandaard abnormaal laag is of waar een ernstig gebrek aan werkgelegenheid heerst en van de in artikel 349 bedoelde regio's, rekening houdend met hun structurele, economische en sociale situatie;
- b) steunmaatregelen om de verwezenlijking van een belangrijk project van gemeenschappelijk Europees belang te bevorderen of een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat op te heffen;
- c) steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken, mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad;
- d) steunmaatregelen om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen, wanneer door deze maatregelen de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in de Unie niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad;
- e) andere soorten van steunmaatregelen aangewezen bij besluit van de Raad, op voorstel van de Commissie.'

Op grond van artikel 109 VWEU kunnen verordeningen over de toepassing van de artikelen 107 en 108 VWEU worden vastgesteld. Deze kunnen de voorwaarden voor de toepassing van artikel 108 lid 3 VWEU bepalen en de van die aanmeldprocedure vrijgestelde soorten van steunmaatregelen. Op grond van artikel 107 lid 3 sub e VWEU kan de Raad ook bij besluit, op voorstel van de Commissie, soorten van steunmaatregelen aanwijzen die als verenigbaar met de interne markt kunnen worden beschouwd. Op grond van dit artikel is Verordening 994/98 aangenomen.²⁴⁰ Artikel 1 van deze verordening bepaalt dat groepsvrijstellingsverordeningen kunnen worden aangenomen.²⁴¹ Op basis van artikel 2 van deze verordening kan van bepaalde maatregelen van overheidssteun 'gezien de ontwikkeling en de werking van de gemeen-

²⁴⁰ Zie Verordening (EG) nr. 994/98 van de Raad van 7 mei 1998 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen. *PbEG* 1998, L 142/1. Verordening 733/2013 heeft het toepassingsgebied van Verordening (EG) nr. 994/98 uitgebreid en haar naam gewijzigd. De vrijstellingsmogelijkheid van Verordening 994/98 is nu mede relevant voor bepaalde maatregelen voor infrastructuurprojecten die als steun bekostigd met staatsmiddelen worden gezien. Het betreft projecten die relatief beperkte steunbedragen vergen. Zie Verordening (EU) Nr. 733/2013 van de Raad van 22 juli 2013 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 994/98 betreffende de toepassing van de artikelen 92 en 93 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen, zie *PbEU*, L 204/11.

²⁴¹ Voor een overzicht van de verschillende aangenomen verordeningen, zie http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/compilation/state_aid_01_08_13_en.pdf.

schappelijke markt', worden bepaald dat deze niet voldoet aan alle criteria van het staatssteunverbod in artikel 107 lid 1 VWEU en derhalve wordt vrijgesteld van de in artikel 108 VWEU bedoelde aanmeldingsprocedure, op voorwaarde dat de aan eenzelfde onderneming over een zekere periode toegekende steun een bepaald vastgesteld bedrag niet overschrijdt.²⁴² Wanneer overheidssteun de desbetreffende vastgestelde *de minimis* drempel niet overschrijdt en voldoet aan de overige gestelde voorwaarden is deze derhalve verenigbaar met de interne markt.

De verordeningen die op basis van de artikelen 1 en 2 van Verordening 994/98 zijn vastgesteld, hebben op basis van artikel 4 van Verordening 994/98 slechts geldigheid voor een bepaalde periode.²⁴³ Steunregelingen die uit hoofde van een van een dergelijke verordening zijn vrijgesteld zijn dat slechts gedurende de tijdsspanne waarin de desbetreffende verordening van kracht is.

Vanwege de vele verschillende diensten die overheidsondernemingen kunnen verrichten is het mogelijk dat bepaalde overheidssteun onder een van de vrijstellingsverordeningen valt. Hoewel bij het nemen van deelnemingen door de overheid in het kapitaal van vennootschappen of het uitbreiden van overheidsinvloed die als overheidssteun kan worden gezien, rekening moet worden gehouden met de staatssteunbepalingen, gaat het echter te ver om in het kader van de vennootschapsrechtelijke inrichting van de overheidsonderneming de uitzonderingsmogelijkheden van artikel 107 leden 2 en 3 VWEU en alle (potentieel relevante) vrijstellingsverordeningen en te bespreken. De vrijstellingsverordening 360/2012 wordt wel afzonderlijk behandeld bij de bespreking van de mogelijkheden om financiering voor diensten van algemeen economisch belang vrij te stellen in paragraaf 4.4.2 van hoofdstuk 5.²⁴⁴ Het is van belang om te realiseren dat bij (gedeeltelijke) nationalisering eventueel mogelijkheden bestaan om de overheidssteun op basis van vrijstellingsverordeningen vrij te stellen.²⁴⁵

242 Zie bijvoorbeeld Verordening (EG) nr. 1535/2007 van de Commissie van 20 december 2007 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op de-minimissteun in de landbouwproductiesector *PbEU* 2007, L 337/35.

243 Wel kunnen de verordeningen worden verlengd, hetgeen soms geschied zonder een uitgebreide beoordeling om de heropening van een juridisch en politiek debat te voorkomen. Zie Leigh Hancher, Tom Ottervanger, Piet Jan Slot, *EU State Aids*, Sweet & Maxwell: London 2012, p. 24.

244 Verordening (EU) nr. 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen, *PbEU* 2012, L 114/8.

245 Wel kan worden opgemerkt dat bepaalde vrijstellingen niet zien op de steun aan een onderneming in moeilijkheden. Zie bijvoorbeeld art. 1 lid 6 sub c Verordening (EG) nr. 800/2008 van de Commissie van 6 augustus 2008 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag met de gemeenschappelijke markt verenigbaar worden verklaard („de algemene groepsvrijstellingsverordening”) *PbEU* 2008,

Voor wat betreft de intentie van de Nederlandse overheid met betrekking tot overheidsinvloed in (overheids)ondernemingen kan onderscheid worden gemaakt tussen tijdelijke en permanente overheidsinvloed. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de nationaliserings- en of steunmaatregelen aan financiële instellingen na het uitbreken van de financiële crisis. De overheidsinvloed die bij de nationalisering van Fortis NV en ABN-AMRO NV werd uitgeoefend bestond uit de benoeming van voormalig minister Zalm.²⁴⁶ De staatsdeelneming (die als staatssteun kan worden gekwalificeerd) werd slechts tijdelijk beoogd.²⁴⁷ De vormen van tijdelijke overheidsinvloed in financiële instellingen vallen buiten het bestek van dit onderzoek. Over de maximale duur van een dergelijke tijdelijke deelneming bestaat echter geen consensus en het is derhalve niet geheel duidelijk welk onderscheidend criterium de Nederlandse overheid voor tijdelijke of permanente deelnemingen (die als een vorm van steun met staatsmiddelen bekostigd kunnen worden aangemerkt) hanteert. Een duidelijke grens ten aanzien van permanente en tijdelijke overheidsinvloed ontbreekt zoals mede blijkt uit het feit dat de 'tijdelijke' overheidsinvloed en steun aan ABN AMRO reeds een aantal jaren voortduren zonder dat duidelijkheid bestaat omtrent de terugtrekking door de overheid.²⁴⁸ Opgemerkt moet echter ook worden dat de Nederlandse overheid dan wel onderscheid maakt tussen haar verschillende deelnemingen, voor wat betreft de duur van overheidsinvloed, maar dat de intentie van de overheid bij een maatregel irrelevant is voor de toepassing van de mededingingsregels. Voor de kwalificatie van een maatregel als staatssteun wordt gekeken naar de effecten van de maatregel.²⁴⁹ Evenals permanente steun, kan ook tijdelijke steun derhalve wanneer aan de overige voorwaarden van de bepaling is voldaan, onder het staatssteunverbod vallen.²⁵⁰

De focus in dit onderzoek ligt op staatssteun aan overheidsondernemingen omdat lidstaten vanwege publieke belangen permanente invloed zullen willen

L 214/3.

246 Zie <http://www.abnamro.com/en/about-abn-amro/corporate-governance/managing-board/gerrit-zalm.html>.

247 Het tijdelijk karakter van de staatsdeelnemingen in Fortis Bank Nederland, ASR, Fortis Corporate Insurance en RFS Holdings (de Staat heeft het Fortis-deel in deze holding waarin ABN AMRO), heeft altijd voorop gestaan. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 12. Zie ook nader de brief van de minister van Financiën aan de Tweede Kamer van 24 januari 2011 over het exitbeleid van financiële deelnemingen, *Kamerstukken II* 2010/11, 28 165, nr. 117.

248 Zie <http://www.nrc.nl/nieuws/2013/08/23/kabinet-beursgang-abn-amro-beste-optie-maar-nu-nog-niet/>. Eventuele terugtrekking door de overheid in financiële instellingen die systeemrelevant zijn, moet zorgvuldig worden overwogen. Wellicht dat een permanente overheidsaanwezigheid de voorkeur verdient boven tijdelijke overheidsinvloed. Zie <http://www.nrc.nl/nieuws/2013/08/17/kamer-sterke-twijfels-bij-volledige-beursgang-abn-amro/>.

249 Zie HvJ EU 22 december 2008, nr. C-487/06P, *Jur.* 2008, p. I-10515 (*British Aggregates*).

250 Zie http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result&case_title=ABN%20AMRO voor de zaak ABN Amro http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/230806/230806_1235915_338_2.pdf.

hebben in ondernemingen die van (strategisch) publiek belang zijn. De tijdelijke overheidsinvloed in financiële instellingen die in het kader van de financiële crisis hulp behoeften vallen in beginsel buiten het bestek van dit onderzoek omdat deze vanwege het ontbreken van duurzame verbondenheid mijns inziens niet als overheidsondernemingen te kwalificeren zijn. Echter, het politieke debat over de duur en wijze van verbondenheid is nog gaande en wijzigingen zouden snel kunnen volgen. Voor het geval de overheidsinvloed in deze instellingen toch een permanent karakter krijgen en de financiële instellingen daarmee tot overheidsondernemingen verworden, een enkel woord over de uitzonderingsmogelijkheid van artikel 107 lid 3 sub b VWEU voor staatssteun aan financiële instellingen.

Gezien de recente ontwikkelingen met betrekking tot de redding van ondernemingen in de financiële sector die door sommigen een nutsfunctie worden toegedicht, wordt derhalve ook aan tijdelijke overheidsinvloed en mogelijke steun een enkel woord gewijd. Staatssteun kan worden gegeven voor reddings- of herstructureringsoperaties en in geval een onderneming hulp nodig heeft met het voorzien in operationele kosten.²⁵¹ Met betrekking tot deze mogelijkheden heeft de Europese Commissie richtlijnen opgesteld.²⁵² Voor de overheidsonderneming zou elk van de bovengenoemde uitzonderingscategorieën het behartigen van een publiek belang kunnen toestaan, maar in het kader van de financiële crisis heeft artikel 107 lid 3 sub b VWEU in het bijzonder de aandacht gekregen in het kader van de steunverlening aan financiële instellingen. Deze uitzondering is in het bijzonder relevant voor de overheidsonderneming die al dan niet tijdelijk wordt aangegaan om de financiële stabiliteit te bevorderen en zal in de volgende paragraaf nader worden toegelicht.

4.5.3 Artikel 107 lid 3 sub b VWEU als uitzondering voor financiële instellingen

Bij de beoordeling of sprake is van staatssteun wordt aan de hand van het 'market economy investor principle' bezien of sprake is van een voordeel. Indien de overheid niet marktconform gehandeld heeft, kan de maatregel (indien ook aan de overige elementen wordt voldaan) als steun worden gekwalificeerd. Het beginsel vindt normaliter toepassing op overheidshandelen op een functionerende markt. Het probleem tijdens een financiële crisis, is dat (financiële) markten niet functioneren als gewoonlijk. Het feit dat een markt niet functioneert, is dan de reden voor het overheidsingrijpen. Doordat niet gezegd kan worden dat een particuliere investeerder hetzelfde zou hebben gehandeld als de overheid, kan het ingrijpen lastig als marktconform worden

251 Zie P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1085.

252 Zie Mededeling van de Commissie – Communautaire richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden, *PbEU* 2004, C 244/2.

aangemerkt. Overheidsingrijpen leidt dan derhalve steeds tot een voordeel.²⁵³ Tijdens de financiële crisis werd overheidsingrijpen teneinde financiële instellingen overeind te houden door de Europese Commissie derhalve stelselmatig aangemerkt als steun.^{254,255} Dat wil niet zeggen dat de steun daarom ook onverenigbaar met de markt en derhalve verboden was. Steun kan immers worden toegestaan indien deze voldoet aan de voorwaarden van een van de verdragsuitzonderingen. Om onzekerheid omtrent de beoordeling van reddingssteun aan financiële instellingen tijdens de financiële crisis weg te nemen, vaardigde de Europese Commissie de Herkapitalisatiemededeling uit.²⁵⁶ Hierin verklaarde de Europese Commissie bepaalde steunmaatregelen verenigbaar met de gemeenschappelijke markt als 'steunmaatregelen om een ernstige verstoring van de economie van een lidstaat op te heffen'²⁵⁷ op grond van haar bevoegdheid daartoe ex artikel 107 lid 3 VWEU.²⁵⁸ Wel achtte de Europese Commissie het nodig onderscheid te maken tussen maatregelen om een verstoorde markt te herstellen en andere maatregelen. Steun voor fundamenteel gezonde financiële instellingen die door de buitengewone omstandigheden in moeilijkheden zijn gekomen, kan worden gelegitimeerd op grond van artikel 107 lid 3 sub b VWEU.²⁵⁹ Steun voor financiële instellingen die zelf al met

253 H. Gilliams, 'Steun aan financiële instellingen na Lehman: een 'stresstest' voor de regels inzake staatssteun', *SEW* aug 2010, nr. 7/8, p. 281.

254 Zie met name het besluit van de Europese Commissie van 12 mei 2009, N 255/2009 en N 274/2009, Aanvullende steun ten behoeve van Fortis Bank, Fortis Bank Luxemburg en Fortis Holding, *PbEU* 2009, C(2009) 3907 definitief, te raadplegen via http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/ii/doc/N-255-2009-N-274-2009-WLWL-en-12.05.2009.pdf.

255 Voor een kritische beschouwing over maatregelen genomen naar aanleiding van de kredietcrisis, zie P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'Staats(steen)rechtelijk noodrecht gewenst?', *NJB* 2008/2053, p. 2622-2626.

256 Mededeling van de Commissie – De herkapitalisatie van financiële instellingen in de huidige financiële crisis: beperkingen van steun tot het noodzakelijke minimum en bescherming tegen buitensporige mededingingsverstoringen, *PbEU* 2009, C 10/2.

257 De steun moet: (1) doelgericht zijn, zodat daarmee daadwerkelijk de doelstelling van het opheffen van een ernstige verstoring in de economie kan worden behaald; (2) evenredig zijn en niet meer bedragen dan nodig en (3) zo zijn ontworpen dat negatieve overloopeffecten naar concurrenten, andere sectoren en andere lidstaten tot een minimum beperkt blijven. Zie Mededeling van de Commissie – De herkapitalisatie van financiële instellingen in de huidige financiële crisis: beperkingen van steun tot het noodzakelijke minimum en bescherming tegen buitensporige mededingingsverstoringen, *PbEU* 2009, C 10/2.

258 Zie P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1096.

259 Zie voor de voor de crisismaatregelen ten behoeve van financiële instellingen relevante Bankenmededeling (de voormalige Mededeling betreffende de toepassing van de staatssteunregels op maatregelen in het kader van de huidige wereldwijde financiële crisis genomen met betrekking tot financiële instellingen, *PbEU* 2008, C 270/8 die per 1 augustus 2013 is vervangen door) Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing vanaf 1 augustus 2013 van de staatssteunregels op maatregelen ter ondersteuning van banken in het kader van de financiële crisis, *PbEU* 2013, C 216/1, de Herkapitalisatiemededeling, Mededeling betreffende de herkapitalisatie van financiële instellingen in de huidige financiële crisis: beperking van de steun tot het noodzakelijke minimum en bescherming tegen buitensporige

interne moeilijkheden te maken hadden, wordt beoordeeld onder de Communautaire richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden, die zijn gebaseerd op de uitzonderingsmogelijkheid van artikel 107 lid 3 sub c VWEU.²⁶⁰ Er vindt snelle goedkeuring van reddingssteun plaats, maar deze is slechts voorlopig. Pas na nader onderzoek, op grond waarvan de Commissie overtuigd moet zijn van de levensvatbaarheid op lange termijn én dat passende compenserende maatregelen zijn genomen, kan de goedkeuring definitief worden.

Gesteld kan worden dat de Europese Commissie in het aangezicht van de financiële crisis, coulant omging met uitleg van de staatssteunbepalingen.²⁶¹ Overheidsingrijpen in een overheidsonderneming die gelijk de bedoelde financiële instellingen systeemrelevant is, wordt derhalve volgens bovenstaand rechtskader beoordeeld.

4.5.4 Tussenconclusie

Ondanks het uitgangspunt van de Europese Commissie dat staatssteun slechts in zeer uitzonderlijke gevallen kan worden toegestaan, lijkt de Europese Commissie als gevolg van de financiële crisis, steun aan banken sneller (voorlopig) goed te keuren. Van belang is te constateren dat de Commissie het gebruik van artikel 107 lid 3 sub b VWEU als juridische basis voor de uitzondering op het steunverbod heeft geaccepteerd, en de financiële crisis ziet als een ernstige verstoring van de economie van een lidstaat in de zin van dit artikel. Ook andere publieke belangen kunnen in de toekomst, wanneer sprake is van een systemische dreiging, wellicht onder de werking van het artikel vallen. De constatering dat de staatssteunregels zijn opgeschort gaat echter te ver; zelfs in de uitzonderlijke situatie van de financiële crisis blijft de Europese

mededingingsverstoringen, *PbEU* 2009, C 10/2, de Mededeling slechte activa, Mededeling betreffende de behandeling van aan een bijzondere waardevermindering onderhevige activa in de communautaire banksector, *PbEU* 2009, C 72/1, de Mededeling bankherstructurering, Mededeling betreffende het herstel van de levensvatbaarheid en de beoordeling van de herstructureringsmaatregelen in de financiële sector in de huidige crisis met inachtneming van de staatssteunregels, *PbEU* 2009, C 195/9, de Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing vanaf 1 januari 2011 van de staatssteunregels op maatregelen ter ondersteuning van banken in het kader van de financiële crisis, *PbEU* 2010, C 329/7 en Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing vanaf 1 januari 2012 van de staatssteunregels op maatregelen ter ondersteuning van banken in het kader van de financiële crisis, *PbEU* 2011, C 356/7.

260 Zie Mededeling van de Commissie Communautaire richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden, *PbEU* 2004, C 244/2.

261 Zo kon reddingssteun aanvankelijk niet uit structurele maatregelen bestaan, maar werd het onderschrijven van kapitaalaandelen door overheden toegelaten en werden er niet steeds harde garanties vereist, gesteld dat de overheid voor het door haar ingebrachte kapitaal een marktconforme vergoeding kreeg. Zie nader H. Gilliams, 'Steun aan financiële instellingen na Lehman: een 'stresstest' voor de regelsinzake staatssteun', *SEW* aug 2010, nr. 7/8, p. 282-283.

Commissie vasthouden aan de regels van de interne markt en met name de staatssteunregels.

5 CONCLUSIE

In de Europese Unie bestaat een spanningsveld tussen de wens van de vervolmaking van de interne markt en de wens van lidstaten om overheidsbeleid uit te voeren via privaatrechtelijke ondernemingen.²⁶² Of onder Europees recht ruimte bestaat voor publieke taakbehartiging via overheidsondernemingen, moet worden beoordeeld aan de hand van de samenhang tussen artikel 345 VWEU, artikel 106 VWEU, de mededingingsrechtelijke verboden, de vrijverkeersjurisprudentie en de staatssteunregeling.

Artikel 345 VWEU biedt onder de huidige benadering van het HvJ EU nauwelijks mogelijkheden om overheidsmaatregelen af te schermen van toetsing aan de verdragsbepalingen.²⁶³ Wel resteert de vraag of een deel van de overheidsbevoegdheid kan worden afgeschermd van de werking van de vrijverkeersbepalingen door een absoluut privatiseringsverbod. Een dergelijk verbod zou anders dan de overheidsmaatregelen in de hierboven besproken vrijverkeersjurisprudentie toegestaan moeten zijn, aangezien dit onder artikel 345 VWEU valt. Het is echter de vraag of het HvJ EU dit ook zo ziet.

Er bestaat evenwel ruimte om rekening te houden met een door een overheidsonderneming verrichte dienst van algemeen economisch belang, doordat deze op grond van artikel 106 VWEU eventueel een uitzonderingspositie op de onverkorte toepasselijkheid van verdragsregels kan verkrijgen.²⁶⁴ Deze uitzonderingspositie geeft echter geen algemene vrijbrief. Op grond van het hierboven besprokene hebben lidstaten immers steeds de verplichting om de verdragsregels – in het bijzonder de staatssteunregels – in acht te nemen. Indien niet aan de voorwaarden van artikel 106 lid 2 VWEU wordt voldaan, zal de overheidsonderneming onder de onverkorte toepassing van de verdragsregels vallen waarbij met name de mededingingsrechtelijke verboden, vrijverkeersbepalingen en staatssteunbepalingen beperkingen kunnen inhouden voor de bevoegdheid van lidstaten de publieke taakbehartiging vorm te geven via private ondernemingen.

262 Zie P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1110.

263 Zie E. Szyszczak, 'Golden Shares and Market Governance,' (29) *LIEI* 2002 (4), 255-284 en J. Meulman, 'Reactie op "Financiële zekerheidsovereenkomsten" van prof. mr. J.H.M. van Erp in WPNR (2004) 6601. Nogmaals de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten – Een Europese barrière voor de Nederlandse implementatiewet? -', *WPNR* 2005/6615, p. 248-251.

264 P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1110.

De mogelijkheden om publieke taakbehartiging als rechtvaardigingsgrond van schendingen van de verdragsbepalingen aan te voeren, verschillen onder de mededingingsregels, de vrijverkeersregels en de staatssteunregels. Onder de mededingingsregels bestaat er geen consensus over de vraag of publieke belangen een mededingingsbeperkende gedraging kunnen rechtvaardigen. Aangezien de overheidsonderneming in geval sprake is van hoge kosten van markttoegang, snel zal worden beschouwd als een onderneming met machtspositie, zal hetgeen aan een dergelijke overheidsonderneming is toegestaan, veelal beperkter zijn dan een onderneming zonder overheidsbemoeienis of machtspositie is toegestaan.

Het is onder de verdragsbepalingen met betrekking tot de fundamentele vrijheden en staatssteun echter wel mogelijk ter rechtvaardiging van schending van de verbodsbepaling een beroep te doen op de behartiging van een publiek belang, maar dit beroep moet voldoen aan specifieke voorwaarden. Onder de vrijverkeersbepalingen kunnen publieke belangen een handelsbelemmering rechtvaardigen vanwege de expliciete verwoording van deze belangen in de desbetreffende verdragsbepalingen en de Cassis de Dijon formule. Hoewel de vrijverkeerstoets ruimte biedt voor de erkenning dat een overheidsmaatregel verband houdt met een publiek belang, heeft de evenredigheidstoets een beperkende werking voor de vormgeving van publieke taakbehartiging. Het HvJ EU vat het begrip handelsbelemmering uitermate ruim op. Hoewel begrijpelijkerwijs zuiver economische maatregelen de vrijverkeerstoets niet mogen doorstaan, kunnen vraagtekens worden gezet bij de invulling van de uitzonderingsmogelijkheid onder toetsing van de vrijverkeersbepalingen. Hetgeen de nationale overheid in lijn met coherent overheidsbeleid ziet, hoeft nog niet noodzakelijk en geschikt te zijn in de ogen van het HvJ EU. Bijkomend nadeel is dat nationale publieke belangen geenszins dominant zijn in de belangenafweging onder de vrijverkeersbepalingen. De rechtvaardiging vanwege publieke belangen wordt in de vrijverkeerstoets behandeld als afwijking van de fundamentele verdragsregelingen en derhalve als ondergeschikt aan het belang van de vervolmaking van de interne markt beschouwd.

Door de zeer brede interpretatie van handelsbelemmeringen en de rigide toepassing van het evenredigheidsbeginsel zoals uitgewerkt in het Belgische gouden aandelen arrest, hebben overheidsmaatregelen weinig kans van slagen. Deze benadering beperkt derhalve de keuzebevoegdheid van lidstaten om overheidsingrijpen vorm te geven sterk.²⁶⁵

De zeer formele benadering van hetgeen de overheid is toegestaan onder de vrijverkeersregels, biedt de mogelijkheid om een redelijk strakke grens te trekken. Afwijking van het algemene vennootschapsrechtelijke kader om bijzondere bevoegdheden voor de overheid te creëren is tot dusver niet moge-

265 Zo ook L.C. Backer, 'The Private Law of Public Law: Public Authorities as Shareholders, Golden Shares, Sovereign Wealth Funds, and the Public Law Element in Private Choice of Law', *Tul. L. Rev.* 2007-2008/82, p. 1801-1868.

lijk gebleken. Het moet mijns inziens echter wel mogelijk zijn voor de overheid om gebruik te maken van vennootschapsrechtelijke bevoegdheden bij de besluitvorming in de onderneming wanneer hierbij geen bijzondere van het nationale vennootschapsrecht afwijkende bevoegdheden worden gecreëerd. Of anders toegepast: Een rechtsvorm waarin bijzondere aandacht wordt besteed aan het publieke belang zou – indien de overheid niet in afwijking van de algemene wettelijke vennootschapsrechtelijke basisregeling voor die rechtsvorm, bijzondere rechten voor zichzelf creëert – niet in strijd met de vrijverkeersregels moeten zijn. Ook hier moet de toekomst uitwijzen of deze ruimte inderdaad bestaat.

Kortom, op de overheidsonderneming als hybride constructie van publiek- en privaatrechtelijke regelingen, kunnen de mededingingsrechtelijke (waaronder de staatssteunregeling) en vrijverkeersbepalingen cumulatief van toepassing zijn. De consequentie hiervan is dat de vrijheid van de lidstaten om de overheidsonderneming vorm te geven in meerdere opzichten beperkt is. De Europeesrechtelijke beperkingen gelden ten eerste voor de wijze waarop lidstaten trachten een van het gewone vennootschapsrechtelijke regime afwijkende positie voor zich te creëren. Ten tweede geldt ook dat de wijze van financiering van een overheidsonderneming met een dienst van algemeen economisch belang wordt begrensd. Ten derde wordt de toegestane ruimte voor handelen door de overheidsonderneming als onderneming met machtspositie ook beperkt door het Europeesrechtelijke kader.

De Verdragen behouden een bijzondere positie voor aan diensten van algemeen economisch belang in het kader gevormd door artikel 3 lid 3 VEU, artikel 14 VWEU en de in artikel 14 VWEU genoemde artikelen 93, 106 en 107 VWEU. Hierbij past een evenredigheidstoets door het HvJ EU die, in overeenstemming met de geldende verdragsbepalingen, afdoende ruimte laat aan lidstaten om effectieve controle ten aanzien van ondernemingen met een publieke taak die tot de kerntaak van de lidstaat kunnen worden gerekend (een legitiem publiek belang) uit te oefenen. De door het HvJ EU in de gouden aandeel-jurisprudentie totstandgekomen regel lijkt slechts *ex post* controle toe te staan die gezien het vennootschapsrechtelijk kader waarin de overheidsinterventie plaatsvindt, als onbevredigend moeten worden gezien. Het is, volgens dit vennootschappelijk kader, lastig voor de overheid (zeker wanneer die geen meerderheidsaandeelhouder is) om vernietiging van een overeenkomst van de overheidsonderneming met derden in naam van het publieke belang te vorderen. Doeloverschrijding die leidt tot vernietigbaarheid met externe werking jegens derden wordt immers bijna nooit aangenomen. Daarbij heeft de overschrijding van statutaire (vertegenwoordigings)bevoegdheden zoals besproken in hoofdstuk 2 en 4 geen derdenwerking, waardoor een eventuele overeenkomst niet op grond van deze overschrijding reeds aantastbaar is en de overheid de controle over een onderneming op deze wijze kan kwijtraken. Mijns inziens zou wel de vraag

gesteld kunnen worden of de met het Verdrag van Maastricht en het Verdrag van Amsterdam ingezette nieuwe lijn van redenering – het belang van het beter functioneren van diensten van algemeen economisch belang zodat deze meer in overeenstemming zijn met het onderliggende publieke belang – gevolgd moet worden bij de beoordeling van de verschillende wijzen waarop lidstaten trachten overheidsinvloed te verwezenlijken in ondernemingen in privaatrechtelijke rechtsvormen. Deze lijn zie ik doordat het evenredigheidsbeginsel heel eng wordt toegepast, niet terug in de gouden aandeel-jurisprudentie tot nu toe. Het HvJ EU vaart vooralsnog een strenge koers bij de beoordeling van gouden aandeel-achtige constructies, die zeer weinig tot geen ruimte laat aan lidstaten om *ex ante* overheidsinvloed middels controlemogelijkheden anders dan via meerderheidsaandeelhouderschap in (overheids)ondernemingen die diensten van algemeen economisch belang leveren, vorm te geven. Het publieke belang van bijvoorbeeld de energievoorziening voor een lidstaat zal er bij gebaat zijn wanneer bij de doelstellingen van de onderneming oog wordt gehouden op het publieke belang bij belangenafwegingen. Nationale overheden zullen meer dan private investeerders prioriteit geven aan de behartiging van publieke belangen, waardoor een meer genuanceerde beoordeling van instrumenten van overheidsinvloed in overheidsondernemingen door het HvJ EU gewenst lijkt. Het door de verdragen gestelde juridische kader voor diensten van algemeen economisch belang lijkt een interpretatie van de evenredigheids-toets mogelijk te maken waarbij de lidstaten ook *ex ante* controle houden op ondernemingen met een publieke taak.

Het is de bedoeling dat de concurrentie niet wordt verstoord of vervalst. Dat wat ondernemingen niet mogen, mogen ook lidstaten niet bewerkstelligen. Hetzij via publiekrechtelijke wet- en regelgeving, hetzij via een overheidsonderneming. Wat een private aandeelhouder echter wel mag, namelijk een bijzondere positie voor zichzelf creëren via vennootschapsrechtelijke overeenkomsten zoals stemovereenkomsten en statutenwijziging, lijkt tot op heden voor het behartigen van publieke belangen in privaatrechtelijk ingerichte ondernemingen niet mogelijk. *Golden share*-constructies worden streng beoordeeld door het HvJ EU en het is de vraag welke ruimte de overheid heeft om de publieke belangenbehartiging door ondernemingen met een publiek belang te verzekeren. Om aan de stringente voorwaarden van de vrijverkeersbepalingen tegemoet te komen, zou een mogelijkheid om het publieke belang in een overheidsonderneming te kunnen behartigen kunnen liggen in het creëren van een dominantere positie in de vennootschapsrechtelijk kader voor het publieke belang zonder dat hierbij een bijzondere positie voor de overheid wordt gecreëerd (zodat geen sprake is van een overheidsmaatregel).

Ik wens de overheidsonderneming niet gelijk te stellen met de overheid zodat deze wordt uitgesloten van toepasselijkheid van bepaalde verdragsbepalingen, maar ik bepleit dat juist omdat de publieke taak bij de overheidsonderneming op afstand is gezet, een bepaalde mate van controle die nodig is, wordt toege-

staan. Juist omdat de publieke dienst op afstand van de overheid wordt uitgevoerd, moet ook een *ex ante* beïnvloedingsmogelijkheid voor de overheid bestaan.²⁶⁶ Het op afstand zetten van de overheid geschiedt vaak met de gedachte dat de economische activiteiten met publiek belang zo efficiënter kunnen worden uitgevoerd dan wanneer de overheid deze zelf uitvoert. De overheid wenst niet verantwoordelijk te zijn voor het de dagelijkse uitvoering. Echter, juist omdat deze directe verantwoordelijkheid ontbreekt, bestaat het risico dat de onderneming niet de prioriteit geeft aan het publieke belang of besluiten neemt die het publieke belang kunnen schaden. Omdat de overheid de politieke eindverantwoordelijkheid voor het specifieke publieke belang draagt, is een controlemogelijkheid door de overheid wenselijk. Deze controlemogelijkheid kan zowel achteraf als vooraf geschieden. Vanwege de mogelijkheden in het vennootschapsrecht om ook vooraf invloed uit te oefenen bij besluiten die door een vennootschap worden genomen en het feit dat niet alle gevolgen van een besluit zich terug laten draaien, is het wenselijk ook deze beïnvloedingsmogelijkheden *ex ante* te benutten. In sommige gevallen is het nodig om bij besluitvorming in te grijpen als het publieke belang wordt bedreigd. De overheid heeft voor wat betreft de overheidsonderneming, zeker wanneer zij geen meerderheidsaandeelhouder is, meer ruimte nodig voor de verzekering dat het publieke belang wordt behartigd, dan dat momenteel wordt gelaten op grond van de 'gouden aandeel'-jurisprudentie. Een aangepaste belangenafweging door het HvJ EU waarbij onder de evenredigheidstoets in acht wordt genomen dat vanwege de afstand tussen overheid en overheidsonderneming, een *ex ante* toetsingsmogelijkheid nodig is, zou een uitkomst zijn. Indien dit niet wordt aangenomen, betekent verzelfstandiging in feite het prijsgeven van bijna alle *ex ante* controle mogelijkheden. Wanneer de overheid geen meerderheidsaandeelhouder is van een overheidsonderneming, is derhalve een minder effectieve controle op de publieke taak op afstand mogelijk.

266 Zie het rapport 'Verbinding verbroken? Onderzoek naar de parlementaire besluitvorming over de privatisering en verzelfstandiging van overheidsdiensten' in het kader van het parlementair onderzoek, *Kamerstukken I* 2012/13, C, B, p. 3-4 (Rapport van de tijdelijke commissie voorbereiding parlementair onderzoek privatisering/verzelfstandiging overheidsdiensten).

6 | Overheidsonderneming in de praktijk

1 INLEIDING

In de voorgaande hoofdstukken is het algemeen theoretisch juridisch kader zoals dat geldt op nationaal en Europees niveau voor de overheidsonderneming geschetst. Er zijn aandachtspunten die naar voren komen in specifieke gevallen. Deze worden verduidelijkt door de bestudering van een aantal *case studies* van overheidsondernemingen in de praktijk. In algemene zin is reeds aan de orde gekomen dat het publieke aandeelhouderschap een aanvullende rol ten opzichte van andere vormen van regulering heeft. Aan de hand van de geselecteerde *case studies*, onderzoek ik of dit uitgangspunt ook in de praktijk geldt. Gekozen is voor de behandeling van een drietal *case studies* binnen zogenoemde nuts- of netwerksectoren, namelijk die van luchtvervoer, spoorwegen en elektriciteit.¹ Het betreft een studie naar respectievelijk NV Luchthaven Schiphol, de Nederlandse Spoorwegen NV en TenneT BV. Ondanks de grote verscheidenheid aan overheidsondernemingen, is een keuze voor een beperkt aantal *case studies* gemaakt. Het onderzoek richt zich met name op overheidssturing binnen privaatrechtelijke rechtsvormen die in beginsel voor onbepaalde tijd gewenst is vanwege de politieke keuze een minimale ondergrens te verzekeren voor de behartiging van bepaalde publieke belangen. Vanuit dit perspectief zijn de overheidsondernemingen die in beginsel tijdelijk worden aangegaan – zoals de deelneming van de Staat in financiële instellingen – op het eerste gezicht minder relevant. Daarbij moet echter de kanttekening worden gemaakt dat het – zoals reeds besproken in paragraaf 3.1 van hoofdstuk 2 – de vraag is hoe tijdelijk deze tijdelijke deelnemingen in de praktijk zijn. Ondanks het voornemen van tijdelijkheid, lijkt de (soms gestage en gedeeltelijke) terugtrekking in bepaalde ‘tijdelijke’ overheidsondernemingen erop te wijzen dat ook tijdelijke overheidsdeelnemingen jarenlang kunnen worden aangehouden.² Desalniettemin heb ik ervoor gekozen deze ‘tijdelijke’ overheidsondernemingen, zoals de financiële instellingen, niet afzonderlijk te behandelen. Slechts voorzover deze elementen bevatten die interessant zijn in het kader van dit onderzoek zal hier aandacht aan worden besteed, in het

1 Zie K. Wilkeshuis, *Publieke belangen en nutssectoren. Op weg naar een juridisch afwegingskader* (diss. VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 112-114.

2 Dit is begrijpelijk omdat het niet eenvoudig is te bepalen wanneer het geschikte moment voor beëindiging van de ‘tijdelijke’ deelneming daar is.

bijzonder is daarbij te denken aan de reeds in paragraaf 4.1.2 en paragraaf 4.2.2 van hoofdstuk 4 besproken commissarissen bij ING die op ‘voordracht’ van de minister van Financiën zijn benoemd en de instelling van een stichting beheer financiële deelnemingen.

2 NV LUCHTHAVEN SCHIPHOL

2.1 Bedrijf Schiphol

2.1.1 Algemeen

In dit hoofdstuk komen vragen aan de orde met betrekking tot de discussie omtrent de verkoop van een deel van de aandelen die de Staat in de luchthaven Schiphol houdt. De volgende vragen staan centraal. Welke publieke belangen dient de NV Luchthaven Schiphol (hierna: NVLS) te behartigen?³ Op welke wijze wordt in de huidige situatie voorzien in de behartiging van deze belangen? En waarom werd overheidsaandeelhouderschap zo cruciaal beschouwd dat de geplande verkoop van een deel van de aandelen door de Staat werd afgeblazen?

Om in de volgende paragrafen tot een beoordeling te kunnen komen van de plannen van het toenmalig kabinet Balkenende II om de publieke belangen gemoeid met de exploitatie van Schiphol te waarborgen, zal ik eerst in deze paragraaf de ontstaansgeschiedenis van luchthaven Schiphol bespreken. Hierbij ligt de nadruk op een bespreking van de verschillende publieke belangen en de verhouding tussen de betrokken publieke aandeelhouders.

2.1.2 *Historie van Schiphol; van militaire vliegwei tot structuurvennootschap*

Schiphol wordt tijdens de Eerste Wereldoorlog gebruikt als militaire luchthaven. Na deze oorlog wordt Schiphol opengesteld voor de burgerluchtvaart en in 1919 vertrekt de eerste vlucht van de Koninklijke Luchtvaart Maatschappij (hierna: KLM) vanaf het vliegveld. In 1926 koopt de Gemeente Amsterdam de vliegwei Schiphol om de bezoekers van de Olympische Spelen van 1928 in Amsterdam via de lucht te kunnen ontvangen en zij neemt het beheer ervan over. Schiphol krijgt als één van de allereerste vliegvelden in Europa een verharde baan.

Schiphol wordt aanvankelijk niet direct gezien als de nationale burgerluchthaven van Nederland. Luchthavenfaciliteiten worden oorspronkelijk nog voornamelijk gezien als een deel van de gemeentelijke infrastructuur waarvoor

3 De NVLS gebruikt als handelsnaam Schiphol Group. Zie het jaarverslag van Schiphol Group 2011, p. 144 raad te plegen via de website www.schipholgroup.com. Ik gebruik hierna de afkorting NVLS wanneer ik N.V. Luchthaven Schiphol bedoel.

de gemeente de verantwoordelijkheid draagt en waarover zij de volledige zeggenschap heeft.⁴ De drie grote steden, Amsterdam, Rotterdam en Den Haag, concurreren begrijpelijkerwijs om de vestigingsplaats te worden van de nationale luchtvaartmaatschappij KLM. Maar ook de landelijke politiek mengt zich in de discussie over welke stad de vestigingsplaats van de nationale luchtvaartmaatschappij moet worden. Het is reeds in deze vroege fase duidelijk dat 'het' publieke belang van Schiphol voor de Nederlandse economie niet bestaat, maar dat er verschillende landelijke en regionale publieke belangen zijn. Na langdurig overleg valt de keuze van de KLM op Schiphol, bij Amsterdam. De voornaamste reden hiervoor is, dat de zakelijke markt die Amsterdam biedt, lucratiever lijkt te zijn dan de Haagse, meer ambtelijke markt.⁵ De luchthaven Schiphol werd door de gemeente Amsterdam gedreven als naamloze vennootschap.

Pas in 1946 krijgt Schiphol het predikaat 'nationale luchthaven'. De regering wijst, op advies van de Rijkscommissie Luchtvaartterreinen, de tot dan toe door de gemeente Amsterdam geëxploiteerde luchthaven Schiphol aan als 'wereldluchthaven van Nederland'.⁶ Er verstrijken enkele jaren voordat de meerderheid van de aandelen van de luchthaven in staatshanden wordt gebracht en de juridische kwalificatie van Schiphol als nationale luchthaven bewaarheid wordt. Dat ook de uit de Luchthaven Schiphol NV te vormen zogenaamde *nationale* onderneming in een privaatrechtelijke naamloze vennootschapsvorm moet worden gedreven, is echter niet voor iedereen een logische keuze. Hoewel de luchthaven die sinds 1951 in staatshanden is, in de privaatrechtelijke NV-vorm wordt gedreven, prefereert de burgemeester van Amsterdam de mogelijkheid om de luchthaven onder te brengen in een publiekrechtelijk orgaan op grond van de net ingevoerde Wet Gemeenschappelijke Regelingen van 1 april 1950.⁷ De achterliggende gedachte daarbij is dat de politieke en militaire belangen moeilijker te combineren zijn met het civiele luchtverkeer in de privaatrechtelijke rechtsvorm. De gemeente Amsterdam legt derhalve de nadruk op het publieke belang dat met de exploitatie van de luchthaven is gemoeid, om aldus de Staat te bewegen de privaatrechtelijke vennootschap om te zetten in een publiekrechtelijk orgaan.

Niet geheel onbelangrijk daarbij was de gedachte dat de exploitatie van Schiphol in een publiekrechtelijk orgaan gepaard zou (moeten) gaan met omvangrijke investeringen door de Staat. De Staat voelt niet veel voor een

4 A.M.C.M. Bouwens, M.L.J. Dierikx, *Op de drempel van de lucht: Tachtig jaar Schiphol*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1996.

5 Zie A.M.C.M. Bouwens, M.L.J. Dierikx, *Op de drempel van de lucht: Tachtig jaar Schiphol*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1996.

6 Op 8 oktober 1945 wordt het besluit genomen in de regering.

7 De optie om de onderneming in een staatsbedrijf te drijven wordt door de gemeente Amsterdam niet overwogen, daar zij in deze beheersvorm alle zeggenschap aan de Staat zou verliezen.

wijziging van de beheersvorm van de luchthaven, mede omdat de met de publiekrechtelijke rechtsvorm gemoeide investeringen voornamelijk ten goede zouden komen aan de door de gemeente Amsterdam vertegenwoordigde belangen.⁸ Aldus wordt besloten om de nationale luchthaven in de NV vorm te drijven. Het bovenstaande meningsverschil illustreert dat op het niveau van de Rijksoverheid en gemeentelijk niveau verschillend wordt gedacht over de financiering en rechtsvorm van Schiphol en derhalve verschil van mening bestond over de wenselijke mate van (rijks)overheidsbemoeienis. Deze problematiek is nog steeds actueel.

Hoewel er in 1956 overeenstemming wordt bereikt tussen de betrokken partijen over de oprichting van de NVLS, moet deze nog wel bij wet worden geregeld. De goedkeuring door het parlement – zoals besproken in hoofdstuk 2 – was vereist, omdat het de oprichting betrof van een privaatrechtelijke rechtspersoon die publieke taken van de overheid overneemt.⁹ Met de opmerking in de Tweede Kamer dat de totstandkoming van de NV bijzonder lang heeft geduurd,¹⁰ wordt het wetsvoorstel aangenomen.¹¹

Omdat gemeentelijke exploitatie het budget van de gemeente Amsterdam ver te boven zou gaan, geeft ook de Amsterdamse gemeenteraad haar goedkeuring, zij het niet van harte. De gemeente moet zich neerleggen bij het feit dat de exploitatie van de luchthaven een nationale aangelegenheid is geworden.¹² Wel bleef de NVLS voor de gemeente ‘min of meer controleerbaar via bestaande bestuurlijke kanalen’ door de bevoegdheden die haar publieke aandeelhouder-schap meebracht.¹³ Uiteindelijk wordt de NVLS op 22 januari 1958 opgericht.¹⁴ De overheidsdeelneming in de NVLS is een feit. De Staat wordt de belangrijkste aandeelhouder in de onderneming met 47.500 aandelen, gevolgd door de gemeenten Amsterdam – met 25.000 aandelen – en Rotterdam – met 1.000

8 Bovendien gaat het volgens de minister bij Schiphol specifiek om het commerciële karakter, *Kamerstukken II* 1957/58, p. 3012, bij brief van 8 oktober 1957.

9 De publieke functie van de luchthaven was duidelijk, maar om het gebruik van de privaatrechtelijke NV-vorm te rechtvaardigen diende met name het bedrijfsmatige karakter van de vennootschap te worden benadrukt in de statuten. Onder de huidige comptabiliteitswet is slechts de schriftelijke mededeling aan het parlement vereist. Zie hoofdstuk 3 par. 3.2.

10 Zie *Kamerstukken II* 1957/58, 8 oktober 1957, in het bijzonder p. 3005, waar de Minister wordt herinnerd aan een vier jaar eerder gemaakte opmerking met betrekking tot de totstandkoming van de nieuwe beheersvorm: ‘dat de geduldphase al enige tijd voorbij was.’

11 Zie *Kamerstukken II* 1957/58, 8 oktober 1957, p. 3016.

12 Zie hieronder met betrekking tot het Amsterdamse voorstel om de aandelen weer allemaal van de staat over te nemen.

13 Zo krijgt de gemeente Amsterdam het recht om vier commissarissen te benoemen. Ook de gemeente Rotterdam heeft – naast de minister van Verkeer en Waterstaat, die zes commissarissen benoemt – het recht om een commissaris te benoemen. Zie *Kamerstukken I* 1957/58, 10 december 1957, p. 3014 en A.M.C.M. Bouwens, M.L.J. Dierikx, *Op de drempel van de lucht: Tachtig jaar Schiphol*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1996.

14 Het streven van de minister om de oprichtingsakte van de NVLS nog in 1957 te ondertekenen wordt niet gehaald. Zie *Stb.* 1958, 21 februari, nr. 246.

aandelen.¹⁵ Dat de aandelen in deze overheidsonderneming zijn verspreid over verschillende publieke aandeelhouders, is een weerspiegeling van het feit dat verschillende publieke belangen worden behartigd. Deze spreiding brengt echter praktische problemen met zich, die mijns inziens niet onoverkomelijk hoeven te zijn. Wanneer een meningsverschil tussen de verschillende publieke aandeelhouders bestaat over de uit te zetten koers voor NVLS, is het de vraag hoe een mogelijke impasse zo objectief en gerechtvaardigd mogelijk kan worden doorbroken. Ik kom hier later op terug.

De Nederlandse Staat speelt van meet af aan een belangrijke rol in de Nederlandse luchtvaart. De ratio achter deze betrokkenheid is tweeledig. In de eerste plaats wilde Nederland aansluiten bij de bestaande praktijk in andere Europese landen. Ieder land van enige betekenis moest een eigen luchtvaartmaatschappij en een daarvoor geoutilleerde nationale luchthaven hebben, zodat het niet van andere nationale luchtvaartmaatschappijen afhankelijk is. In de tweede plaats speelden de sociaal-economische voordelen verbonden aan het bezit van een luchthaven een grote rol.¹⁶

Nadat Nederlands-Indië als lucratieve bestemming voor Schiphol wegviel, was echter een drastische wijziging van het beleid van Schiphol nodig om het nadeel van een kleine thuismarkt op te heffen. Het bedrijf zag zich gedwongen om zich te concentreren op het verbinden van steden in het buitenland. De eerste tien jaren na de oorlog hebben KLM en Schiphol een groot voordeel ten opzichte van het Duitse Lufthansa vanwege het aan Duitsland opgelegde verbod op luchtvaart.¹⁷ Schiphol wordt zodoende een belangrijke tussenstop voor overstappende passagiers en ontwikkelt zich tot een transferluchthaven bij uitstek.¹⁸

Ook de steeds verdergaande liberalisering van het luchtvaartverkeer schept nieuwe groeimogelijkheden. Nederland is het eerste Europese land dat een

15 Zie *Kamerstukken II* 1957/58, 8 oktober 1957, p. 3005. De gemeente Rotterdam kreeg in 1945 toestemming om de gemeentelijke luchthaven te blijven exploiteren, zij het dat Schiphol de nationale luchthaven zou worden. Om het nationale karakter van Schiphol te benadrukken kreeg ook de gemeente Rotterdam zeggenschap en enkele aandelen in de vennootschap.

16 *Kamerstukken II* (MvA) 1956/57, p. 2. Hoewel niet expliciet door de regering opgemerkt wordt dat een nationale luchtvaartmaatschappij in verband met de bereikbaarheid van de Nederlandse overzeese gebieden door de Nederlandse overheid als onontbeerlijk gezien. Om deze reden is de overheid de initiatiefnemer achter de lijn Amsterdam-Batavia en wordt direct na de Tweede Wereldoorlog zelfs 23 miljoen gulden beschikbaar gesteld voor de aankoop van nieuwe vliegtuigen om zo snel mogelijk weer een dienstregeling tot stand te kunnen brengen voor de verbinding met de koloniën.

17 M.L.J. Dierikx, *De vrijheid in beeld: Nederland en Amerika, 1945-nu*, Den Haag: Sdu 1997.

18 Door het Institute of Aviation Transport (IAT) wordt Amsterdam, naast Parijs, Londen en Frankfurt, reeds dan als één van de vier grote Europese Hub-vliegvelden beschouwd. Zie J. Pavaux, A. Maguet, C. Bathe, *The Potential Impact of Air Transport Liberalisation on Airport Competition in Northern Europe*, Institute of Aviation Transport (IAT): Paris 1986, p. 19 e.v. Dit ondanks het gemis van een grote thuismarkt zoals de andere drie vliegvelden die wel hadden.

zogeheten *open skies*-verdrag sluit met de Verenigde Staten.¹⁹ Deze overeenkomst tussen KLM en Northwest Airlines geldt als een belangrijke nieuwe trend in de internationale luchtvaart.²⁰

Vanaf de jaren '80 wordt de rol die de luchthaven voor de Nederlandse economie speelt, steeds sterker benadrukt: Schiphol moet zich profileren als het mondiale overslag- en distributiecentrum van Europa.²¹ De doelstelling van de onderneming wordt het bevorderen van Schiphol tot *mainport*.²² Zoals we in de volgende paragraaf zullen zien is deze doelstelling nog steeds in de strategie van de luchthaven terug te vinden.

2.1.3 De Naamloze Vennootschap Luchthaven Schiphol

Zoals hierboven uiteen is gezet wordt de luchthaven Schiphol geëxploiteerd door een NV, te weten NVLS. Deze vennootschap valt onder het structuurregime. In de volgende paragrafen wordt nader ingegaan op de doelstelling en de organisatie.

Doelstelling

In artikel 3 lid 1 van de statuten die gelden per 1 december 2008 van de NVLS is de volgende omschrijving van het doel van de vennootschap te vinden.²³

‘Het doel der vennootschap is het (doen) aanleggen van (een) luchthaven(s), alsmede het (doen) uitoefenen van het luchthavenbedrijf, waaronder begrepen het (doen) onderhouden, ontwikkelen en exploiteren daarvan, in de ruimste zin des woords, en voorts het verrichten van alle andere handelingen van commerciële of financiële aard, hetzij direct hetzij indirect verband houdende met het luchthavenbedrijf, zowel voor eigen rekening als voor rekening van, dan wel in gemeenschap of samenwerking met derden.’

In het jaarverslag van 2011 staat een nadere omschrijving van het streven van de vennootschap: ‘Schiphol Group wil duurzame waarde creëren voor haar stakeholders, die verschillende belangen hebben (...) De missie van Schiphol Group is Nederland via de Mainport Schiphol te verbinden met belangrijke

19 Een *open skies* verdrag is een overeenkomst waarbij wordt afgesproken dat de desbetreffende landen over en weer onbelemmerd van elkaars luchthavens gebruik mogen maken in afwijking van de gebruikelijke praktijk dat in beginsel voor iedere vliegbeweging toestemming is vereist.

20 M.L.J. Dierikx, *Blauw in de lucht. Koninklijke Luchtvaart Maatschappij 1919-1999*, Den Haag: Sdu 1999.

21 Zie het rapport *Schiphol naar het jaar 2000* met pakkende formuleringen van de doelstelling als ‘het Rotterdam van de lucht’ of een *gateway to Europe*, p. 379.

22 *Mainport* is de Engelse naam voor een luchthaven welke een belangrijk knooppunt van goederen- en personenvervoer is, en niet in de eerste plaats de eindbestemming hiervan.

23 De doelstelling van een NV moet op grond van art. 2:66 lid 1 BW in de statuten worden opgenomen.

steden en regio's in de wereld. Amsterdam Airport Schiphol wil Europe's preferred airport zijn en blijven, de luchthaven die waardering oogst met zijn kwaliteit, capaciteit en zijn uitgebreide netwerk van bestemmingen.²⁴

We kunnen aldus constateren dat – hoewel dit niet expliciet uit de statutaire doelstelling blijkt – de NVLS, ondanks grote deelnemingen in andere (buitenlandse) luchthavens, hoofdzakelijk is gericht op de versterking van de positie van Amsterdam Airport. Hoewel de luchthaven sterk nationaal georiënteerd is, blijkt uit de doelstelling niet dat de activiteiten van de NVLS zich dienen te beperken tot het exploiteren van een in Nederland gelegen luchthaven. Aanknopingspunten in de statuten voor de band van de NVLS met Nederland zijn te vinden in het feit dat is gekozen voor de NV-vorm, met Nederland als land van vestiging zoals wettelijk vereist en de keuze van de vestigingsplaats van de vennootschap, te weten de Nederlandse gemeente Haarlemmermeer.²⁵ Aanvankelijk konden op grond van de statuten slechts in Nederland gevestigde publiekrechtelijke lichamen deelnemen in het kapitaal van de vennootschap.²⁶ Maar mede met het oog op de samenwerking tussen de Nederlandse en Franse nationale luchtvaartmaatschappijen, heeft Aéroports de Paris een belang van 8 procent van de aandelen verworven, hetgeen mogelijk is door de ontheffing die de algemene vergadering van aandeelhouders kan verlenen op grond van artikel 4 lid 5 in de statuten.

De activiteiten van NVLS strekken zich duidelijk uit tot buiten de grenzen van Nederland. De vennootschap is niet alleen eigenaar en exploitant van Amsterdam Airport Schiphol, maar bezit ook aandelen in vennootschappen buiten Nederland. Via een dochter 'Schiphol USA Inc.' neemt de NVLS deel in JFK IAT.²⁷ Bovendien heeft de NVLS een belang in Brisbane Airport Corporation Holding Pty Ltd., de exploitant van de luchthaven van Brisbane in Australië en heeft zij een belang van 8 procent in Aéroports de Paris S.A.²⁸

24 Zie het jaarverslag van Schiphol Group 2011, p. 144 raad te plegen via de website www.schipholgroup.com. Zie overigens al in 1957 over de doelstelling tijdens de parlementaire behandeling *Kamerstukken II* 1957/58, 8 oktober 1957, p. 3006: 'de beoogde doelstelling, t.w. onze nationale luchthaven zodanig te exploiteren en verder te ontwikkelen, dat zij een voorbeeld moge zijn en blijven voor buitenlandse luchthavens.'

25 Art. 2.2 statuten Schiphol Group geldend per 1 december 2008.

26 Art. 4.4 statuten Schiphol Group luidt: 'De aandelen A en B kunnen uitsluitend worden uitgegeven en overgedragen aan en gehouden worden door: a. in Nederland gevestigde publiekrechtelijke lichamen, krachtens een besluit van de Algemene Vergadering en op door de Algemene Vergadering vast te stellen voorwaarden; (...).' Overigens wordt door het toelaten van private aandeelhouders, het behartigen van de publieke belangen lastiger, hetgeen a fortiori geldt voor buitenlandse publieke aandeelhouders.

27 Op John F. Kennedy International Airport (JFK) exploiteert deze onderneming een terminal, JFK's International Arrivals Terminal (IAT).

28 Zie het jaarverslag van Schiphol Group 2011, p. 236.

De mogelijkheid tot deelneming in buitenlandse ondernemingen door de NVLS wordt niet expliciet genoemd in de doelomschrijving. Impliciet uit het tweede lid van artikel 3 van de statuten valt echter wel op te maken dat dergelijke buitenlandse deelnemingen mogelijk zijn, mits deze ondernemingen een vergelijkbaar doel hebben 'of daaraan verwant of waarvan het doel geheel of ten dele kan strekken tot bevordering van het doel van de vennootschap, zoals dit in het vorige lid is omschreven.'²⁹

Ondanks het niet te miskennen publieke karakter van de luchthaven, wordt hier overigens in de statuten – buiten de aanwezigheid van publiekrechtelijke aandeelhouders – niet over gerept of naar verwezen. En ook in het jaarverslag wordt niet gesproken over een verdergaande doelstelling dan het bedrijfsmatige doel van de vennootschap.

Vennootschappelijk versus algemeen belang

Zoals besproken in hoofdstuk 4 is de in de statuten opgenomen doelstelling sterk verweven met het belang dat de vennootschap nastreeft bij de verwezenlijking van haar doelstelling. De vennootschap heeft een eigen, onafhankelijk van derden bestaand belang: het zogenaamde vennootschappelijk belang. In de literatuur wordt het vennootschappelijk belang ook wel voorgesteld als tegenovergesteld aan andere belangen.³⁰ Het vennootschapsbelang wordt bijvoorbeeld geplaatst tegenover het aandeelhoudersbelang of tegenover het algemeen belang. In de parlementaire geschiedenis van de Flex-Bv wordt dit treffend verwoord: 'Bij kleine vennootschappen met een beperkt aantal aandeelhouders zal het vennootschappelijk belang dichterbij het belang van de aandeelhouders dan bij een grote vennootschap met veel werknemers en maatschappelijke belangen.'³¹

Hoewel er in specifieke situaties wel degelijk sprake kan zijn van tegenstelde belangen – zeker in concernverhoudingen – ben ik zoals weergegeven in hoofdstuk 4 van mening dat het vennootschappelijk belang in beginsel een resultante is van de belangen van de verschillende bij de onderneming betrokken partijen.³² In deze paragraaf ligt de nadruk op de verhouding tussen dit vennootschappelijke belang en het zogenaamde publieke belang dat met de exploitatie van de NVLS is gemoeid.

²⁹ Art. 3.2 statuten Schiphol Group.

³⁰ Zie over de verschillende opvattingen over het vennootschapsbelang nader M.M. Mendel en W.J. Oostwouder, 'Het vennootschappelijke belang na recente uitspraken van de Hoge Raad. Een onvoldoende opgemerkte, ingrijpende ontwikkeling', *NJB* 2013/1776, 29, p. 1965-1972.

³¹ Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 3 (MvT).

³² Zie P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV* (bewerkt door J. Winter), Deventer: Kluwer 2009, p. 29 en 11. J.M.M. Maeijer, *Het belangenconflict in de naamloze vennootschap*, oratie 1964, ziet naast deze afzonderlijke belangen nog duidelijk een plaats voor een eigen belang voor de vennootschap.

Dat het vennootschappelijk belang een resultante is, blijkt ook uit de reeds eerder aangehaalde omschrijving uit het jaarverslag van het streven van de vennootschap:

‘Schiphol Group creëert duurzame waarde voor haar stakeholders door het ontwikkelen van AirportCities en het positioneren van Amsterdam Airport Schiphol als ‘Europe’s preferred airport’.³³

Het vennootschappelijk belang van de NVLS wordt derhalve met name als een verzameling van belangen van verschillende *stakeholders* gezien. Op welke wijze de behartiging van publieke belangen in de zogenaamde *stakeholder*-benadering een plaats krijgen binnen de vennootschap wordt niet geheel duidelijk. Slechts op enkele plaatsen in het jaarverslag wordt gesproken over overleg met de aandeelhouders.

De sterk nationale oriëntatie van de NVLS sluit goed aan bij de perceptie dat er in sterke mate publieke belangen zijn gemoeid met het bestaan van de luchthaven. De publieke belangen die met de exploitatie van de luchthaven samenhangen kunnen worden onderverdeeld in vier verschillende categorieën.³⁴ Deze vier categorieën kunnen voor zowel de nationale als regionale overheden meespelen. De eerste categorie betreft de belangen van milieu, veiligheid, gezondheid en ruimtelijke ordening. De tweede categorie ziet op het belang van de continuïteit van de luchthaven als vitale *mainport*. De derde categorie omvat de belangen van toegang tot de infrastructuur. En de vierde categorie omvat belangen die voortvloeien uit de eisen van Europese regelgeving die bepalen dat misbruik van economische machtspositie moet worden voorkomen. Mijns inziens zijn met name de onder de tweede en derde categorie genoemde belangen typisch voor de aan de nationale luchthaven verbonden publieke belangen. Andere private ondernemingen hebben in beginsel niet te maken met deze belangen. Hieronder ga ik kort in op de verschillende publieke belangen die Schiphol dient te behartigen.

Publieke belangen inzake milieu, veiligheid, gezondheid en ruimtelijke ordening

Er zijn verschillende negatieve externe effecten verbonden aan de exploitatie van een luchthaven. Evenals andere ondernemingen dient de NVLS haar activiteiten te verrichten binnen het door de overheid toegestane kader. De overheid stelt grenzen aan de exploitatie van de luchthaven met het oog op de belangen van milieu, veiligheid, gezondheid en ruimtelijke ordening. De behartiging van deze publieke belangen is in beginsel gewaarborgd in het Luchthaven-

³³ Zie www.schipholgroup.com.

³⁴ Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 25 435, nr. 7, p. 13 e.v.

verkeerbesluit³⁵ en het Luchthavenindelingbesluit op grond van de Wet Luchtvaart.³⁶ Aanvankelijk was het standpunt van de Nederlandse regering dat deze publieke belangen door middel van wet- en regelgeving, en het daarop gebaseerde vergunningenstelsel, voldoende werden gewaarborgd.³⁷ De laatste jaren is er echter een tendens waar te nemen dat afspraken worden gemaakt tussen de verschillende *stakeholders*, binnen het instrument van het zogenoemde stakeholdersoverleg.³⁸

Publiek belang inzake de continuïteit van de luchthaven als vitale mainport

Een hoogwaardige luchthaveninfrastructuur binnen Nederland is essentieel om een goede internationale bereikbaarheid van Nederland te verzekeren. De continuïteit van de luchthaven als vitale *mainport* is derhalve uitermate belangrijk voor de Nederlandse economie en werkgelegenheid, '...mede door uitstralingseffecten en de invloed op het vestigingsklimaat.'³⁹ Het publieke belang van de continuïteit van de luchthaven is daarom naar mijn mening een archetypisch publiek belang. De NVLS behartigt niet alleen bedrijfseconomische belangen, maar vertegenwoordigt tevens de realisatie van de publieke belangen die de Nederlandse Staat heeft bij een nationale luchthaven. Dit werd met name duidelijk op het moment dat er werd gesproken over de (gedeeltelijke) privatisering van de luchthaven.⁴⁰ Nog steeds is deze mainportfunctie een belangrijke overweging om aandelen in publieke handen te houden.⁴¹

35 Het betreft met name het gebruikmaken van het luchtruim, de veiligheid, geluidsbelasting en het milieu. Een directe plicht voor de luchthaven *sec* vloeit bijvoorbeeld voort uit art. 3.1.4 Luchthavenverkeerbesluit Schiphol: 'De exploitant van de luchthaven draagt zorg voor de beschikbaarstelling van het in het Luchthavenindelingbesluit beschreven banenstelsel voor luchthavenluchtverkeer. De exploitant kan de beschikbaarstelling beperken indien dit noodzakelijk is voor het uitvoeren van werkzaamheden aan of in verband met het banenstelsel.'

36 Met name van belang is hoofdstuk 8 in de Wet Luchtvaart 'De luchthaven Schiphol'. Art. 8.3 luidt: 'De uitoefening van de bevoegdheden die voortvloeien uit dit hoofdstuk is gericht op het bevorderen van een optimaal gebruik van de luchthaven als kwalitatief hoogwaardig knooppunt van nationaal en internationaal luchtverkeer, met inachtneming van de grenzen die met het oog op de veiligheid, de geluidbelasting, de lokale luchtverontreiniging en de geurbelasting noodzakelijk zijn.'

37 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 25 435, nr. 7, p. 13 e.v.

38 Denk bij voorbeeld aan de 'Tafel van Alders', de Commissie Regionaal Overleg luchthaven Schiphol (CROS) en het Veiligheidsplatform Schiphol. Zie het Jaarverslag Schiphol Group 2011, p. 20.

39 Zie reeds *Kamerstukken II* 2003/04, 25 435, nr. 7, p. 13.

40 Deze publieke belangen vergden naar de mening van het toenmalig kabinet Balkenende extra borging, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 25 435, nr. 7, p. 13.

41 Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 13 en p. 43.

Publiek belang inzake toegang tot de infrastructuur

Bij netwerksectoren wordt het faciliteren van vrije concurrentie als een publiek belang gezien. Ook de vrije toegang tot de infrastructuur van Schiphol is met name het soort publieke belang dat naar mijn mening inherent is aan het belang dat de luchthaven voor de Nederlandse overheid vertegenwoordigt.⁴² De toegang tot de infrastructuur van Schiphol wordt geregeld door de toekenning van landingsrechten en *slots* (start- en landingstijden) aan luchtvaartmaatschappijen. De overheid is verantwoordelijk voor het creëren en het toekennen van de landingsrechten. Samen met de overheden van de andere landen leggen zij de omvang van de rechten vast in bilaterale luchtvaartverdragen. Daarnaast vereist EU-regelgeving dat de *slots* op luchthavens met capaciteitsrestricties, zoals Schiphol, door een onafhankelijke door de overheid aangewezen slotcoördinator worden toegewezen. Vanwege deze constructie van het toekennen van landingsrechten en *slots* is de Nederlandse regering de mening toegedaan dat de toegang tot de infrastructuur niet in de directe beïnvloedingssfeer ligt van de exploitant van de luchthaven Schiphol. Dit neemt niet weg dat de overheid onder andere het belang 'van vrije toegang tot infrastructuur' en 'kostenefficiënte exploitatie van de luchthaveninfrastructuur' als redenen ziet voor overheidseigendom van de luchthaven.⁴³

Publiek belang inzake het voorkomen van misbruik van een economische machtspositie

Een efficiënte marktwerking en een doelmatig toezicht daarop vormen een duidelijk publiek belang. Om deze te bewerkstelligen stellen zoals besproken in hoofdstuk 5 het Europese en Nederlandse mededingingsrecht spelregels voor ondernemingen, zoals het verbod op het maken van misbruik van een economische machtspositie. Deze Europese eisen gelden voor zowel private ondernemingen als voor staatsondernemingen. Het gaat hier om de marktwerking in de netwerksector luchtvaart, waarvan Schiphol een infrastructuurcomponent vormt. De rechtsvorm of hoedanigheid van de aandeelhouders van een onderneming in NV-vorm hebben in beginsel geen invloed op de behartiging van dit publieke belang.

Organisatie van de NV Luchthaven Schiphol

Conform de in Boek 2 BW neergelegde structuur voor de NV, kent de NVLS enige organen die het bereiken van de doelstelling mogelijk moeten maken. Op de algemene structuur van vennootschappen is in hoofdstuk 4 reeds

42 Ook van uit militair oogpunt zou er een belang kunnen zijn. Zie hiervoor art. 8.25 Wet Luchtvaart: 'De exploitant is verplicht om in door Onze Minister van Verkeer en Waterstaat in overeenstemming met Onze Minister van Defensie aangewezen gevallen met inachtneming van de bij of krachtens deze wet of de Luchtvaartwet gestelde bepalingen, luchthavenluchtverkeer ten behoeve van de militaire luchtvaart op de luchthaven toe te laten'.

43 Door de hoge investeringskosten, wordt bovendien niet verwacht dat er concurrenten op de markt komen. Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 (herziene versie), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 145, p. 7 en p. 41.

uitgebreid ingegaan. Nu zal aan de hand van de voorliggende casus worden bekeken in hoeverre de overheid via de organen van de NVLS haar invloed kan aanwenden om bepaalde publieke belangen die een rol spelen binnen de NVLS te behartigen.

Algemene Vergadering van Aandeelhouders

Bij de NVLS is het maatschappelijk kapitaal volgens de geldende statuten sinds 31 december 2008 verdeeld in 300.000 aandelen A en 14.892 aandelen B, elk van € 454,-.⁴⁴ De aandelen luiden op naam en zijn op grond van de statuten in beginsel verplicht in handen van in Nederland gevestigde publiekrechtelijke lichamen.⁴⁵ Voor aandelen B kan een ontheffing door de vergadering van aandeelhouders voor dit vereiste worden verleend. De Staat houdt sinds 31 december 2008 69,77% van de uitgegeven aandelen A. De gemeente Amsterdam houdt 20,03% aandelen A en de gemeente Rotterdam 2,2%. Sinds 2008 houdt Aéroports de Paris S.A. een belang van 8% in aandelen B.⁴⁶ De Staat is aldus grootaandeelhouder in de vennootschap NVLS en zal zoals het zich laat aanzien voorsnog een meerderheidsbelang behouden. Interessant is de vraag in hoeverre zij haar aandeelhouderschap kan aanwenden om de met de vennootschap gemoeide publieke belangen te borgen en in hoeverre zij zich daarbij rekenschap van de belangen van de overige aandeelhouders moet geven.

De plichten voor een aandeelhouder bestaan met name uit de plicht om de aandelen vol te storten.⁴⁷ Daarnaast bestaat welhaast vanzelfsprekend de plicht voor de aandeelhoudersvergadering en mijns inziens analoog voor de aandeelhouders, om zich op grond van artikel 2:8 BW redelijk en billijk jegens de vennootschap te gedragen. Deze laatste verplichting zal vooral een rol spelen wanneer de algemene vergadering van aandeelhouders gebruikmaakt van bepaalde hieronder te bespreken wettelijke en statutaire rechten.

Bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders van de NVLS

Hoewel de algemene vergadering van aandeelhouders te beschouwen is als het hoogste orgaan binnen de vennootschap, kan zij geen concrete aanwijzingen aan het bestuur geven. Wel heeft de algemene vergadering van aandeelhouders de bevoegdheid om met betrekking tot het te vormen beleid algemene aanwijzingen aan het bestuur te geven. Een dergelijke instructie heeft zich tot op

44 Zie het Jaarverslag Schiphol Group 2012, p. 102.

45 Zie art. 4 statuten.

46 Zie het Jaarverslag Schiphol Group 2012, p. 102.

47 Zoals reeds uiteen is gezet in hoofdstuk 4, bezitten aandeelhouders op grond van Boek 2 BW bepaalde rechten en plichten. Bij een NV kan in de statuten zijn opgenomen dat slechts een deel – met een minimum van 25% – van de nominale waarde van het aandeel hoeft te worden volgestort. Op grond van art. 4.3 van de statuten mogen nog niet geplaatste aandelen niet beneden *pari* worden uitgegeven en moeten aandelen bij de uitgifte onverwijld worden volgestort.

heden nog niet voorgedaan bij de NVLS. Sterker nog, tot de wijziging van het structuurregime in 2001 heeft de overheid zich als aandeelhouder niet, dan wel nauwelijks met de bedrijfsvoering van de vennootschap beziggehouden. Dit was ook niet nodig daar haar belang voldoende werd gewaarborgd door de door haar te benoemen commissaris van overheidswege. Na de wijziging van de structuurregeling werd echter een meer actieve houding van de aandeelhouders vereist.

Naast de bevoegdheid tot benoeming van de leden van de raad van commissarissen en de bevoegdheid besluiten te nemen omtrent het uitkeren van winst,⁴⁸ is in het kader van dit onderzoek de controlebevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders van groot belang. In retrospectief kan de overheid controleren of het bestuur van de NVLS de door haar belangrijk geachte belangen afdoende heeft behartigd. Jaarlijks wordt door het bestuur een jaarrekening opgemaakt. Deze ligt ter inzage voor de aandeelhouders.

Op grond van artikel 25 lid 2 van de statuten van de NVLS gaat deze jaarrekening vergezeld van:

- ‘- een door de directie, conform het bepaalde in artikel 391, Boek 2, Burgerlijk Wetboek, uit te brengen schriftelijk verslag over de gang van zaken van de vennootschap en het gevoerde bestuur;
- de verklaring van de registeraccountant en de overige krachtens artikel 392, lid 1, Boek 2, Burgerlijk Wetboek toe te voegen gegevens.’

Opmerkelijk is wel dat hoewel de algemene vergadering van aandeelhouders een registeraccountant opdraagt de door de directie opgemaakte jaarstukken te onderzoeken, deze slechts recht heeft op inzage in de *verklaring* van de registeraccountant.⁴⁹

Naar de letter van de statuten heeft de algemene vergadering van aandeelhouders dus *geen* recht op een volledig verslag van diezelfde registeraccountant omtrent zijn onderzoek.

48 Over het jaar 2011 bedraagt het aan de aandeelhouder toekomende resultaat bijna €194 miljoen. Het voorstel tot uit te keren dividend bedraagt ruim €55 miljoen. Zie Jaarverslag Schiphol Group 2011, p. 106. Gelijk de eerste monopolie bedrijven kan men zich voorstellen dat wanneer een reservering van de winst niet noodzakelijk is, men deze winst wil laten toekomen aan de overheid. Een verlaging van de tarieven is ook een mogelijkheid maar leidt tot verstoring van de markt.

49 Zie art. 24.1 van de statuten van NVLS:

‘De algemene vergadering van aandeelhouders draagt een registeraccountant op de door de directie opgemaakte jaarstukken, bestaande uit:

- de jaarrekening, gevormd door een balans, winst- en verliesrekening en de toelichting daarop;
- het directieverslag;
- de krachtens artikel 392, lid 1, sub b tot en met i, Boek 2, Burgerlijk Wetboek aan de jaarrekening en het directieverslag toe te voegen gegevens, te onderzoeken en daarover verslag uit te brengen en een verklaring af te leggen. Deze accountant brengt dit *verslag uit aan de raad van commissarissen en aan het bestuur.*’ Cursivering JN.

Het sluitstuk van de genoemde controlebevoegdheid van de algemene vergadering van de NVLS – in de huidige situatie dus de overheid – is de goedkeuring van de jaarrekening. Daarnaast kan de algemene vergadering van aandeelhouders weigeren om over te gaan tot ‘verlening van décharge aan de directie ter zake van haar bestuur gedurende het afgelopen boekjaar’.⁵⁰

Een laatste hier te noemen bevoegdheid die niet direct met de controle op het bestuur te maken heeft, maar die een andere wijze van sturing inhoudt, betreft het recht van de algemene vergadering van aandeelhouders om te besluiten tot wijziging van de statuten. Artikel 31 lid 1 van de statuten bepaalt:

‘Besluiten tot wijziging van de statuten kunnen slechts worden genomen in een algemene vergadering van aandeelhouders, waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd en met ten minste vier/vijfde gedeelte van de in deze vergadering uitgebrachte stemmen.’

Interessant is dat wanneer de Staat wil overgaan tot vervreemding van een deel van zijn aandelen NVLS aan andere dan de in de statuten genoemde publiekrechtelijke organen, hij niet zonder de stem van de gemeente Amsterdam kan. Zoals hierboven reeds is aangegeven kan op grond van artikel 4.4 van de statuten van de NVLS slechts worden deelgenomen in het kapitaal van de vennootschap door publiekrechtelijke lichamen. Slechts op twee manieren kan hier verandering worden gebracht. Ten eerste kan deze bepaling uit de statuten alvorens tot verkoop over te kunnen gaan, gewijzigd worden. Maar op grond van artikel 31 van de statuten kan het besluit tot wijziging van deze statuten slechts worden genomen in een algemene vergadering van aandeelhouders, waarin alle geplaatste aandelen A zijn vertegenwoordigd en bovendien met ten minste vier/vijfde gedeelte van de in deze vergadering uitgebrachte stemmen. De Staat bezat slechts 75,8% van de uitgegeven aandelen A.⁵¹ Gezien de vier/vijfde eis kon de Staat derhalve de statuten niet zelfstandig wijzigen. Ten tweede zou de algemene vergadering van aandeelhouders op grond van artikel 4 lid 5 van de statuten ontheffing kunnen verlenen. Dit is echter slechts mogelijk voor aandelen B en bovendien is ook deze ontheffingsmogelijkheid om aandelen B uit te geven aan de eis van een volledig door aandelen A vertegenwoordigde aandeelhoudersvergadering gekoppeld.⁵² De Staat heeft derhalve weliswaar een meerderheidsaandeel maar is voor wezenlijke veranderingen afhankelijk van de stem van de minderheidsaandeelhouders.

⁵⁰ Art. 30 statuten NVLS.

⁵¹ Ook een welwillende gemeente Rotterdam met een belang van 2,4% van de aandelen A in de NVLS kan de Staat derhalve niet de benodigde 80% (vier/vijfde) bezorgen.

⁵² Zie art. 4 lid 5 van de statuten, waar wordt verwezen naar art. 31 betreffende de statutenwijziging.

Het bestuur van de NVLS

Het bestuur van de NVLS berust bij een uit vier personen bestaande directie.⁵³ Het bestuur is zoals reeds besproken in het vorige hoofdstuk, belast met het besturen van de vennootschap. Huizink vat de taak als volgt samen, dat:

‘de bestuurder belast is met de in Boek 2 BW genoemde bestuurstaken, zoals het besturen van de rechtspersoon, het vertegenwoordigen van de rechtspersoon, het bijeenroepen van de algemene vergadering, etc., en (...) hij is ingevolge art. 2:9 BW tegenover de NV gehouden (...) tot een behoorlijke vervulling van die werkzaamheden. Hij is verplicht tot behoorlijk boekhouden, art. 2:10 BW en staat tot de overige bij de organisatie van de vennootschap betrokkenen in een relatie die wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8, eerste lid, BW’.⁵⁴

Het bestuur van de NVLS heeft evenals een volledig in private handen zijnde onderneming een eigen taak die in beginsel los staat van het feit dat de aandelen allemaal in handen zijn van publiekrechtelijke organen. Dit is ook terug te vinden in het in de afgelopen jaren gevoerde beleid in de vennootschap.

Misschien kan zelfs gesteld worden dat het bestuur van de NVLS lange tijd een grotere vrijheid heeft gehad ten opzichte van de algemene vergadering van aandeelhouders, dan het bestuur van een volledig in private handen zijnde onderneming: het beleid van de Staat was er immers op gericht zich zoveel mogelijk afzijdig te houden van de concrete bedrijfsvoering van ondernemingen waar hij in deelnam.⁵⁵ Desalniettemin bestaat er natuurlijk wel toezicht op de concrete bedrijfsvoering door de raad van commissarissen van de NVLS.

Raad van commissarissen NVLS

De raad van commissarissen van de NVLS bestaat uit acht personen. Hoewel het aan de vennootschap gelieerde publieke belang nooit expliciet in de statuten is vastgelegd, werd tot aan de wijziging van de structuurregeling – met het oog op de behartiging van de publieke belangen – op grond van de statuten steeds een aantal commissarissen door de overheid benoemd.⁵⁶ En in de statuten van 2006 had de gemeente Amsterdam nog een benoemingsrecht voor twee commissarissen. Bij de wijziging van de statuten in 2008 is dit recht echter komen te vervallen.

Wel is er binnen de raad van commissarissen een commissie ‘Public Affairs & Corporate Responsibility’. Deze driekoppige commissie heeft volgens het jaarverslag met betrekking tot ‘public affairs’ de taak het bestuur te informeren

53 Zie het jaarverslag Schiphol Group 2011, p. 90.

54 Zie J.B. Huizink (*Rechtspersonen*), art. 2:132 BW, aant. 10.

55 Zie de ontwikkeling van het beleid met betrekking tot staatsdeelnemingen hoofdstuk 1 en 4.

56 Voor de wijziging van de statuten in 2001 bepaalden deze nog dat twee commissarissen werden benoemd door de minister van Verkeer en Waterstaat, twee commissarissen door de gemeente Amsterdam en een commissaris door de gemeente Rotterdam.

over de relatie met de aandeelhouders.⁵⁷ Het belang van de commissie lijkt echter marginaal. In 2011 werd slechts driemaal vergaderd en uit het jaarverslag blijkt niet van enig concreet handelen: De commissie heeft, zo luidt het 'aandacht besteed aan effectieve communicatie met stakeholders en aan de relatie met het ministerie van Financiën en met andere staatsdeelnemingen'.⁵⁸

Ook uit de voor de raad van commissarissen opgestelde profielschets blijkt geen plaats te zijn voor de behartiging van het publieke belang met het drijven van deze onderneming.

Profielschets voor de raad van commissarissen van NVLS

Sinds de door de wijziging van de structuurregeling ontstane nieuwe juridische realiteit, is er een profiel voor de raad van commissarissen van de NVLS opgesteld.⁵⁹ Begrijpelijk(er)wijs worden de voorwaarden waarin de gewenste kwaliteiten van de commissarissen worden omschreven, enigszins vaag gehouden. Onbegrijpelijk is echter dat iedere verwijzing naar de behartiging van het publieke belang ontbreekt.⁶⁰ Ook bij het algemene profiel van de raad van commissarissen wordt niet gesproken over een behartiging van een eventueel algemeen of publiek belang.

'De samenstelling van de raad van commissarissen zal zodanig zijn dat de combinatie van ervaring, deskundigheid en onafhankelijkheid van zijn leden (...) de raad van commissarissen het best in staat stelt zijn diverse verplichtingen jegens de vennootschap en de bij de vennootschap betrokkenen (*waaronder de aandeelhouders*)⁶¹ te voldoen (...).'⁶²

Hieruit volgt dat de raad van commissarissen de belangen van deze aandeelhouders dient te behartigen. In deze functieomschrijving/ taakomschrijving worden weliswaar de *aandeelhouders* expliciet, dat wil impliciet zeggen de Staat,

⁵⁷ Zie Jaarverslag Schiphol Group 2011, p. 90.

⁵⁸ Zie Jaarverslag Schiphol Group 2011, p. 14.

⁵⁹ Zie art. 18 statuten NVLS.

⁶⁰ Zie over de invulling van de RvC bijlage A art. 2.5 (zie website) *Profiel van de omvang en samenstelling van de Raad van Commissarissen van N.V. Luchthaven Schiphol*: 'Bij de benoeming van zijn leden streeft de Raad van Commissarissen naar een zoveel mogelijk complementaire samenstelling, waarbij, naast de voor het vervullen van de taak van commissaris benodigde algemene kennis en bestuurlijke ervaring, naar specifieke kennis wordt gestreefd op één of meerdere van de volgende voor Schiphol Group relevante gebieden: EU/globalisering, luchtvaart, vastgoed ontwikkeling/exploitatie, retail/e-business, financiën, accountancy en risk management, duurzaam ondernemen/milieu, marketing & sales, human resource management, algemene politieke, economische en sociale ontwikkelingen in de markten waarin Schiphol Group opereert, Corporate governance/vennootschapsrecht. Op de website geraadpleegd medio 2013.

⁶¹ Curs. JN.

⁶² Zie het RvC Reglement art. 3.2, op de website geraadpleegd medio 2013 en tevens de Bijlage A: 'Profiel van de omvang en samenstelling van de Raad van Commissarissen van N.V. Luchthaven Schiphol'.

de gemeenten Amsterdam en Rotterdam, genoemd, maar hierin kan mijns inziens geen verwijzing naar het algemeen belang worden gelezen. Zeker nu een deel van de aandelen, weliswaar aandelen B met beperkte rechten ten aanzien van statutenwijzigingen, in handen is gekomen van Aeroport de Paris.

Aandeelhouders- versus publiek belang: Code Tabaksblad

De NVLS is niet beursgenoteerd, maar heeft desalniettemin de bepalingen zoals die voortvloeien uit de Code Tabaksblad op een paar punten na geïmplementeerd.⁶³ Deze conformering had natuurlijk ook te maken met de plannen van de toenmalige regering om Schiphol om te zetten in een beursgenoteerde onderneming. Bij deze plannen werd veel waarde gehecht aan de zogenaamde tucht van de markt. In de notie 'Beursgang NVLS: meer mogelijkheden voor overheid en NVLS' is te lezen dat als de onderneming aan de beurs genoteerd zou zijn:

'Het bedrijf en het management worden gedwongen om een grote mate van transparantie in de bedrijfsvoering te betrachten en daarover publiekelijk aan investeerders verantwoording af te leggen.'⁶⁴

Deze redenering ging uit van een vergadering van aandeelhouders die het bedrijf en management van de onderneming kan dwingen tot transparantie. Toch werd hiermee de behartiging van het publieke belang niet zeker gesteld. Voor publieke aandeelhouders die bepaalde publieke belangen willen behartigen, is een combinatie van informatierechten met mogelijkheden tot ingrijpen of inspraak bij fundamentele wijzigingen van het beleid binnen de overheids-onderneming wenselijk.

2.2 Huidige visie met betrekking tot de NV Luchthaven Schiphol

De Nederlandse Staat heeft op dit moment een deelneming van 69,77% in het aandelenkapitaal van de NVLS. Aan het begin van deze eeuw bestond de wens

63 Deze punten hangen overwegend samen met het feit dat de NVLS niet beursgenoteerd is. Zie het jaarverlag 2011, p. 90-91. Het betreft bijv. opties als beloningscomponent, certificering van aandelen, koersgevoelige informatie of een openbare reactie op een onderhands bod op een bedrijfsonderdeel. Ook worden bepaalde bepalingen uit praktisch oogpunt niet toegepast. Zo zijn bij een AVA van de NVLS niet de voltallige RvC en de directie aanwezig; op de website lezen wij de volgende verklaring 'gezien het zeer beperkte aantal aandeelhouders achten wij de beraadslaging in deze vergadering meer gediend met een afvaardiging uit beide organen'. Zie www.schipholgroup.com, onder het kopje Corporate Governance. Op grond van dezelfde reden woont de externe accountant de algemene vergadering slechts bij op verzoek van een aandeelhouder.

64 Zie de notitie, *Beursgang NVLS: meer mogelijkheden voor overheid en NVLS ten behoeve van mainportpositie Schiphol*, bijgaand aan een brief van de staatssecretaris van VenW en de minister van Financiën, *Kamerstukken II* 2003/04, 25 435, nr. 7, p. 10.

om (een deel van) de aandelen die de Staat hield te vervreemden⁶⁵ Het werd echter nooit duidelijk of het uiteindelijke doel een volledige of gedeeltelijke vervreemding zou zijn.⁶⁶ Met name de gemeente Amsterdam, mede-aandeelhouders was bang dat haar belangen hierdoor geschaad zouden worden en zij dreigde de verkoop te blokkeren. In zijn Strategisch Akkoord heeft het toenmalig kabinet aangegeven eerst over te zullen gaan tot vervreemding van een minderheidsbelang van Schiphol, onder de voorwaarde dat de aan Schiphol gerelateerde publieke belangen adequaat zijn geborgd door middel van een wettelijke regeling. Het kabinet was van mening dat de publieke belangen zorgvuldig en adequaat werden geborgd en dat daarom kon worden overgegaan tot de verkoop van een belang in NVLS.⁶⁷ Het parlement heeft echter geëist dat de Staat in ieder geval een meerderheidsbelang blijft houden in NVLS.⁶⁸

Om de toegevoegde waarde van het aandelenbezit te illustreren zet ik eerst in paragraaf 2.2.1 de ratio achter deze (gedeeltelijke) vervreemding uiteen en ga ik in op de verschillende andere instrumenten die ter compensatie van de afstoting van het publieke aandeelhouderschap werden voorgesteld om de met de exploitatie van Schiphol gemoeide belangen te kunnen blijven waarborgen. Op de daarmee samenhangende problematiek tussen het algemeen en het vennootschapsbelang is al het een en ander aan de orde gekomen in hoofdstuk 2. Maar hier ga ik nader in op de specifieke afweging van belangen zoals die voor de NVLS gemaakt moet worden en bespreek ik in paragraaf 2.2.2 een door mij voorgestelde invulling van de privaatrechtelijke verhoudingen tussen verschillende overheidsorganen.

65 In 1997 werd door het toenmalige kabinet besloten om over te gaan tot vervreemding van de aandelen in de NVLS. Zie *Kamerstukken II* (Brief) 1996/97, 25 435, nr. 1, p. 1. In februari 2001 werd door het kabinet een eerste wetsvoorstel aan de Tweede Kamer aangeboden, zie *Kamerstukken II* (Voorstel van wet) 2000/01, 27 603, nrs. 1-2.

66 In de stukken wordt steeds gesproken over de gedeeltelijke vervreemding van aandelen, waarbij het woord 'gedeeltelijk' tussen haken is geplaatst. Zie bijv. *Kamerstukken II* (Brief) 25 435, 1996/97, nr. 1, p. 1. Op de in deze brief aangekondigde nog nader te onderzoeken vraagstukken zoals: 'of en zoja welke in het vigerende beleid passende beschermingsmaatregelen tegen ongewenste overname noodzakelijk zijn, of bijzondere statutaire bevoegdheden in dat kader aan de Staat als aandeelhouder dienen te worden verleend, omvang van het te verkopen pakket en de bestemming van de opbrengsten', wordt niet meer teruggekomen.

67 Zie de brief van de Ministers van Verkeer en Waterstaat en Financiën aan de Tweede Kamer over een in die kamer aangenomen Motie Van Rooy waarin werd gevraagd om de opportuniteit te onderzoeken van het behoud van een meerderheidsbelang van de overheid. Daarop antwoordden de ministers dat publieke belangen door regelgeving worden behartigd en dat het aandeelhouderschap daarvoor niet het geëigende middel is. Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 435, nr. 1, p. 1 (Brief).

68 Zie het amendement van Tweede Kamerlid Haverkamp, *Kamerstukken II* 2004/05, 28 074, nr. 19.

2.2.1 Afstoting aandelen NVLS: ratio en alternatieve waarborgen

Inleiding

De overwegingen voor het in 1997 genomen besluit om tot vervreemding van de aandelen te komen zijn sindsdien wezenlijk veranderd.^{69,70} Aanvankelijk concentreerde de discussie over de privatisering van Schiphol zich met name op de vraag of de vervreemding van aandelen via een beursgang van Schiphol of via de onderhandse plaatsing van aandelen NVLS zou moeten geschieden. Een dergelijke vernauwing van de discussie is mijns inziens niet wenselijk omdat men door het zwaartepunt van de discussie over privatisering van Schiphol bij de *vorm* van het vervreemden van aandelen NVLS neer te leggen, voorbijgaat aan de meer principiële vraag *of* tot een vervreemding van aandelen NVLS moet worden overgegaan en in hoeverre de rechtsvorm van deze overheidsonderneming tegemoet komt aan de wens om fundamentele beïnvloedingsmogelijkheden te blijven houden. Een positieve constatering is echter dat de discussie omtrent de wijze van aandelenvervreemding⁷¹ en de uiteenzetting van de op grond van het huidige juridische kader bestaande ingrijpingsmogelijkheden, heeft geleid tot het besef dat er meer aandacht moet worden besteed aan de inrichting van de reguliere vennootschapsrechtsfiguur, althans dat een minderheidsaandeel voor de Staat niet volstaat om het publieke belang afdoende te behartigen. In de volgende paragrafen bespreek ik de beleidsmatige en economische redenen om over te gaan tot eventuele, gedeeltelijke vervreemding van aandelen NVLS.

Conformerend aan het algemene deelnemingenbeleid

Met de wijziging van het uitgangspunt van het deelnemingenbeleid van 'privaat, tenzij...' naar 'publiek, tenzij...' ⁷² is ook de ratio achter de aanvankelijk bestaande wens tot aandelenvervreemding door de Staat komen te vervallen.⁷³ Het kabinet ziet het aandeelhouderschap van de Staat in NVLS als een effectief, aanvullend instrument voor borging van publieke belangen, omdat wet- en regelgeving niet afdoende zijn.

69 Zie *Kamerstukken II* (Brief) 1996/97, 25 435, nr. 1, p. 2.

70 Aanvankelijk golden in 2001 nog steeds dezelfde overwegingen, *Kamerstukken II* (Verslag algemeen overleg) 2005/06, 25 435, nr. 14, p. 8, waar de staatssecretaris dit standpunt nogmaals benadrukt.

71 In het kader van deze discussie zijn er verschillende, op veel punten tegenstrijdige, rapporten verschenen. Ik noem de volgende: Lazard, *Schiphol Group Privatisation options*, 12 september 2005; Sequoia, *Presentation Regarding Schiphol Group*, 3 oktober 2005 en K. Cools, *Privatisering NV Luchthaven Schiphol. Rapportage aan de Tweede Kamer door Prof. Dr. K. Cools RA*, 13 december 2005.

72 Zie hoofdstuk 1.

73 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 28 165, nr. 2, (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid).

Een veel gehoord bezwaar met betrekking tot het houden van aandelen NVLS door de overheid was dat de overheid met betrekking tot de luchthaven niet alleen regelgever en toezichthouder (denk aan de regelgeving op grond van de Wet Luchtverkeer) is, maar tevens aandeelhouder is. Hierdoor zouden verwarring en conflicten kunnen ontstaan. Met de ontvlechtingsoperatie wenste de minister:

‘de rol van de overheid in de luchtvaartsector (...) te verduidelijken.’ (...) ‘De ontvlechting moet leiden tot een versterking van de borging van de publieke belangen in termen van kwaliteit van regelgeving en overheidstoezicht.’⁷⁴

De theoretische mogelijkheid tot belangenstrijd hoeft in de praktijk echter geen problemen te geven. Als voorbeeld hiervan kan worden gedacht aan de situatie zoals deze enkele jaren geleden voorkwam. De minister van Verkeer en Waterstaat legde een dwangsom op aan NVLS toen deze de milieugrenzen overtrad. In feite heeft de Staat toen als toezichthouder maatregelen getroffen, die strijdig leken met de belangen van de Staat in hoedanigheid van aandeelhouder. Mijns inziens heeft de Staat in deze situatie echter de afweging gemaakt tussen de behartiging van het publieke belang om negatieve externe effecten bij de uitvoering van de activiteiten van NVLS te beperken en de behartiging van het belang dat de Staat als op winst gerichte aandeelhouder heeft. Zo bezien geeft dit voorbeeld naar mijn mening juist aan, dat ondanks de verschillende belangen die de Staat bij NVLS heeft, de Staat in casu terecht toch de prioriteit geeft aan de behartiging van het publieke belang van het voorkomen van negatieve externe effecten. Wat betreft de behartiging en borging van bepaalde publieke belangen, doet mijns inziens in deze specifieke situatie waarin de overheid meerdere petten op heeft, derhalve niet af aan de daadwerkelijke behartiging van het publieke belang.⁷⁵

Exploitatievergunning in combinatie met erfpacht

Bij de discussie van gedeeltelijke of volledige verkoop werden (ter compensatie van zeggenschap middels publiek aandeelhouderschap) mogelijkheden besproken voor de overheid om een bepaalde mate van inspraak en invloed te kunnen houden bij de exploitatie van NVLS. De regering heeft proberen te voorzien in verdere waarborgen om de door Schiphol vertegenwoordigde publieke belangen te behartigen door de verstrekking van een exploitatievergunning gekoppeld aan een verleend recht van erfpacht. Hoewel er nu ook

⁷⁴ Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 25 435, nr. 7, p. 8-9 (Brief).

⁷⁵ Wel wordt terecht de nodige aandacht besteed aan de beleidsvorming wanneer de overheid verschillende petten. Zie het door de Rijksoverheid ingestelde Interdepartementaal Beleidsonderzoek naar de aansturing van Nederlandse staatsdeelnemingen, Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 148. Hierin wordt gekeken naar de rolverdeling tussen de staat als beleidsmaker en de staat als aandeelhouder ten aanzien van staatsdeelnemingen, de rolinvulling door deze partijen en de afweging tussen beleidsmatige en financiële belangen.

in de wet vanuit wordt gegaan dat in ieder geval de meerderheid van de aandelen van de NVLS in handen van de overheid dienen te blijven,⁷⁶ worden de in het aanvankelijke plan ter afstoting van publiek aandeelhouderschap in NVLS voorgestelde mogelijkheden ter borging van bepaalde publieke belangen door een wijziging van de Wet luchtvaart besproken, om te illustreren dat het publiek aandeelhouderschap mijns inziens vooralsnog als de betere optie om overheidsinvloed te behouden wordt gezien.⁷⁷

Om de met Schiphol gemoeide publieke belangen te borgen, werd de verlening van een luchthavenexploitatievergunning voorgesteld. Op grond van dit publiekrechtelijke instrument, de vergunning, zou de luchthavenexploitant niet alleen het recht verkrijgen maar ook, zo stellen de ministers van Verkeer en Waterstaat en Financiën, 'de daarmee verbonden maatschappelijke plicht om de luchthaven te exploiteren'. NVLS had derhalve als exploitant van de luchthaven Schiphol een exploitatieplicht. Maar, zo was de gedachte 'om een goede exploitatie van de luchthaven, als vitale schakel in de *mainport*, te waarborgen, moet de overheid kunnen ingrijpen als de continuïteit van de essentiële luchthavenvoorzieningen in gevaar komt.'⁷⁸ Voor het volledig borgen van dit publieke belang en om de overheid van de mogelijkheid tot controle te verzekeren werd in het voorgestelde stelsel van regelgeving gekozen voor een driedelige constructie bestaande uit ten eerste de exploitatievergunning voor onbepaalde duur, welke ten tweede werd gekoppeld aan een erfpachtrecht met ten derde de mogelijkheid tot het geven van een aanwijzing. Uitgangspunt daarbij was wel dat de overheid niet onnodig of prematuur zou ingrijpen in de bedrijfsvoering van de exploitant van de luchthaven. Zij kon slechts optreden als de continuïteit van de essentiële luchthavenvoorzieningen op middellange of langere termijn gevaar liep (bijvoorbeeld als gevolg van onderinvesteringen door de exploitant in de nationale luchthaven of van te riskante investeringen elders).

Naast de exploitatievergunning zouden de gronden derhalve door de Staat in erfpacht aan de NVLS worden gegeven.⁷⁹ Door de vaste commissie van Verkeer en Waterstaat werden kritische vragen gesteld over de ratio achter de keuze voor een privaatrechtelijke regeling.⁸⁰ In het licht van de eerder

76 Zie art. 8.2a Wet Luchtvaart zoals deze naar aanleiding van het amendement Haverkamp is gewijzigd, zie *Kamerstukken II* 2004/05, 28 074, nr. 19.

77 Wijziging van de Wet luchtvaart inzake de exploitatie van de luchthaven Schiphol, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 074, nr. 1-2.

78 Zie *Kamerstukken II* (Brief) 2000/01, 25 435, nr. 7, p. 16.

79 De eigendom rust in de huidige situatie bij NVLS en Schiphol Real Estate BV, een volle dochter van NVLS.

80 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 25 435, nr. 3, zie bijv. p. 32, in het bijzonder vraag nummer 81 (Verslag schriftelijk overleg).

genoemde argumenten voor afstoting van de aandelen in de NVLS leek de keuze enigszins paradoxaal.

Daarbij kwam dat het zogenaamde sanctie-instrumentarium veel haken en ogen met zich meebracht. De minister van Verkeer en Waterstaat kon de vergunning, die voor onbepaalde tijd verleend werd, als uiterste maatregel intrekken indien de exploitant zijn wettelijke exploitatieplicht verzaakte. Hiervan zou sprake zijn wanneer de exploitant zich schuldig zou maken aan wanbeheer waardoor de continuïteit van de luchthaven in gevaar werd gebracht. Nog voordat de Kamer met kritiek kon komen op deze in de wandelingen als buiten proportioneel aangeduide optie,⁸¹ kwam de minister van Verkeer en Waterstaat⁸² met een aanvulling op dit *ultimum remedium* door de mogelijkheid tot het geven van een aanwijzing in te voegen. Hij stelde hierover:

‘Dit extra instrument biedt de regering de mogelijkheid om voorafgaand aan de feitelijke intrekking van de luchthavenexploitatievergunning reeds tijdig corrigerend in te grijpen, zonder dat het principe ‘Schiphol als bedrijf’ geweld wordt aangedaan.’⁸³

Dit hield in dat de minister de exploitant in een eerder stadium, indien er ernstige aanwijzingen waren voor zulke ongewenste ontwikkelingen, een aanwijzing kon geven om binnen een bepaalde termijn maatregelen te treffen. Deze aanwijzing kon zonodig worden gehandhaafd met bestuursdwang of een last onder dwangsom.

De effectiviteit en werkbaarheid toegekend aan de volledige intrekking van de vergunning gekoppeld aan de erfpacht, werden mijns inziens schromelijk overschat. De toepassing zou worden bemoeilijkt doordat niet duidelijk was wat verstaan moest worden onder ‘grove verwaarlozing’ of ‘wanbeheer’, waarvan sprake moest zijn wilde men aan intrekking toe komen.

Op een vraag tijdens de parlementaire behandeling of de vergunning niet al moet worden ingetrokken als er sprake is van ‘gewone’ verwaarlozing (in plaats van alleen ‘grove’ verwaarlozing en wanbeheer antwoordt de minister:

‘Het is niet de bedoeling dat de overheid zich met de dagelijkse exploitatie van de luchthaven zal bemoeien. De verantwoordelijkheid daarvoor wordt bij de exploitant gelegd («Schiphol als bedrijf»). Met de term «grove verwaarlozing en wanbeheer» wordt tot uitdrukking gebracht dat er sprake moet zijn van een ernstige situatie, anders dan die van «gewone» verwaarlozing of «onvoldoende» beheer.’⁸⁴

81 Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 25 435, nr. 13, p. 15.

82 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 25 435, nr. 2.

83 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 25 435, nr. 3, p. 2 (Verslag schriftelijk overleg).

84 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 25 435, nr. 3, p. 25 (Verslag schriftelijk overleg).

Onduidelijk bleef echter waarom, zoals de minister later stelde, structurele schending van milieu- of veiligheidsnormen weer wel kon leiden tot intrekking van de vergunning.⁸⁵

Kortom, door de moeilijkheid van het definiëren van de bij het exploiteren van een nationale luchthaven gemoeide belangen, was de behartiging van het publiek belang via een exploitatie vergunning gekoppeld aan een recht van erfpacht niet uitvoerbaar.

De Amsterdamse invloed

Lange tijd is de minister er ondanks de negatieve houding van de Amsterdamse gemeenteraad ten opzichte van de verkoop van de aandelen van de NVLS van uitgegaan dat de gemeente zou instemmen met de (gedeeltelijke) verkoop van de aandelen aan een private partij.^{86,87} De uitkomst van de Amsterdamse gemeenteraadsverkiezingen in 2006 verkleinde de kans op instemming met het besluit tot aandelen vervreemding door de gemeente Amsterdam echter aanzienlijk.⁸⁸ Eind mei 2006 is de gemeente Amsterdam met een voorstel gekomen om alle aandelen van Schiphol van de Staat over te nemen. Op deze wijze wilde Amsterdam bereiken dat het belang dat de stad had bij de handhaving van Schiphol als *mainport* in Europa door haar als aandeelhouder geborgd zou blijven.⁸⁹ De veranderde visie van de Staat op de bij de exploitatie van de luchthaven gemoeide publieke belangen, leidde tot het standpunt dat de (rijks)overheid in ieder geval een meerderheidsbelang in de NVLS zou moeten behouden.

In het jaarverslag deelnemingen wordt hierover in het algemeen gesteld dat de Staat: 'als aandeelhouder van oudsher actief [is] in de sectoren energie, infrastructuur en transport met deelnemingen als (...) Schiphol. Dit zijn veelal ook sectoren met (deels) een monopolioïde karakter; sectoren die gekenmerkt worden door hoge investeringskosten in (netwerk-) infrastructuur waardoor concurrentie niet of beperkt mogelijk is.'⁹⁰ Meer in het bijzonder ten aanzien

85 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 25 435, nr. 3, p. 25 (Verslag schriftelijk overleg).

86 Ook al wil de Staat slechts zijn eigen aandelen verkopen, dan nog is op grond van de statuten, zoals we reeds hebben gezien, de toestemming van de gemeente Amsterdam als aandeelhouder in het vermogen van de NVLS noodzakelijk.

87 Zie *Kamerstukken I* (Nadere Memorie van Antwoord) 2005/06, 28 074, E, p. 8, waar wordt gemeld dat de minister van Financiën niet verwacht dat de gemeenteraad van Amsterdam zal proberen het voornemen van de regering te blokkeren, ondanks het feit dat het in 2006 nieuw gevormde college expliciet heeft aangegeven niet bereid te zijn mee te werken aan de privatisering van Schiphol, zie 'Amsterdam blokkeert privatisering Schiphol', *NRC* 11 april 2006.

88 Dit ondanks het dreigement van de minister van Financiën dat hij de deelname van het Rijk aan het Zuidas-project, aan de rand van de hoofdstad zou kunnen frustreren.

89 Na bijna 50 jaar zouden de aandelen dan weer in handen komen van de gemeente Amsterdam.

90 Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 13.

van NVLS lezen we: 'Het publieke belang van de luchthaven Schiphol is direct verbonden met het algemeen belang van de luchtvaart in Nederland. Het gaat daarbij om het borgen en de verdere ontwikkeling van een optimale netwerk-kwaliteit in combinatie met een concurrerende en duurzame luchtvaart.'⁹¹

De borging van publieke belangen gerealiseerd?

In dit verband werden hierover terecht vragen gesteld door de vaste commissie van Verkeer en Waterstaat:

'Hoe is de investeringsbeslissing gewaarborgd? Kan een privaat Schiphol NV gedwongen worden bepaalde investeringen, ook tussentijds, te doen, dan wel juist niet te doen? Hoe zal dat geregeld zijn mede in relatie tot de ministeriële verantwoordelijkheid en de democratische controle daarop?'⁹²

Het antwoord van de minister hierop was destijds:

'De N.V. Luchthaven Schiphol heeft in de huidige situatie, met de bestaande aandelenverhoudingen, een eigen verantwoordelijkheid voor investeringen. Dit zal voor een privaat Schiphol NV niet anders zijn. Er is geen sprake van ministeriële verantwoordelijkheid op dit punt. De exploitatievergunning laat de exploitatie over aan de exploitant, zonder daaraan voorschriften te verbinden voor die exploitatie als zodanig. Indien er sprake zou zijn van onvoldoende investeringen om de luchthavenvoorzieningen op peil te houden, zodanig dat sprake is van een ernstig vermoeden van grove verwaarlozing of wanbeheer, waardoor de continuïteit van de nationale luchthaven door de exploitant in gevaar wordt gebracht, zal een aanwijzing kunnen worden gegeven voorafgegaan door een aanzegging. Als dit het beoogde effect niet heeft, zal in het uiterste geval de luchthaven exploitatie vergunning ingetrokken kunnen worden. Daarnaast wordt de marktpartijen de verplichting opgelegd tot onderhandelingen over de luchtvaarttarieven en voorwaarden, waaronder mede verstaan de kwaliteit van de betrokken faciliteiten en diensten. Hiervan mag worden verwacht dat dit een duidelijke invloed heeft op de luchtvaartinvesteringen.'⁹³

Dit antwoord heeft de Kamer niet gerustgesteld. Ondanks het pakket van regelgeving⁹⁴ waarmee onder andere de 'continuïteit van de luchthaven als vitale schakel in de mainport' gewaarborgd zouden zijn,⁹⁵ werd het door Kamerlid Haverkamp voorgestelde amendement dat het meerderheidsbelang moet worden gehandhaafd, aangenomen.

91 Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 43.

92 Zie *Kamerstukken II* (Verslag schriftelijk overleg) 2000/01, 25 435, nr. 3, p. 11.

93 Zie *Kamerstukken II* (Verslag schriftelijk overleg) 2000/01, 25 435, nr. 3, p. 11.

94 Waaronder de aanvullingen in de tweede Nota van wijziging bij het voorstel van wet tot wijziging van de Wet luchtvaart inzake de exploitatie van de luchthaven Schiphol, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 074, nr. 1 en 2.

95 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 25 435, nr. 7, p. 1.

Dit publiek belang wordt naast publiekrechtelijke regelingen volgens het Jaarverslag Staatsdeelnemingen ook geborgd door publiek aandeelhouderschap.⁹⁶

Het publieke aandeelhouderschap werd derhalve nog steeds als noodzakelijke aanvulling op andere instrumenten van overheidsinvloed gezien.⁹⁷ En hoewel de regering in eerste instantie de voorkeur leek te hebben voor de volledige vervreemding van de aandelen in de NVLS – althans nog in het midden liet in hoeverre de aandelen verkocht zouden worden –, werd de vervreemding van een meerderheidsbelang onmogelijk gemaakt door een in de Tweede Kamer aangenomen amendement.⁹⁸

De discussie werd zonder invoering van de voorgestelde maatregelen afgesloten met de aldus door de minister van Financiën geformuleerde conclusie: 'dat wij niet met Schiphol naar de beurs gaan, omdat wij het strategisch belang van Schiphol daarvoor te groot vinden en risico's zien als aandelen zich te ver buiten ons bereik bevinden en op de beurs terechtkomen.'⁹⁹

Het standpunt dat NVLS vanwege strategische overwegingen steeds onder publieke controle en alsdus in publieke handen moet blijven, is nog steeds geldig.

In een brief aan de Tweede Kamer zegt de minister van Financiën met betrekking tot het belang dat de Staat in de NVLS houdt:

'Voorzover daarover getwijfeld wordt, wil ik benadrukken dat ook de Staat een lange termijn investeerder zal zijn (gegeven het eerdergenoemde amendement), die actief gebruik zal maken van zijn wettelijke en statutaire bevoegdheden, zoals de Staat dat ook ten aanzien van andere deelnemingen doet overeenkomstig het beleid inzake Staatsdeelnemingen. Onderwerpen als corporate governance, bezoldigingbeleid, winstbestemming en majeure investeringen worden kritisch gevolgd en beoordeeld. De Staat zal zijn stemrecht ten aanzien van aandeelhoudersbesluiten actief aanwenden.'¹⁰⁰

96 De volgende publiekrechtelijke regelingen worden genoemd: Wet Luchtvaart; Besluit exploitatie luchthaven Schiphol; Luchthavenverkeerbesluit en luchthavenindelingbesluit; Aanvullend luchthavenreglement luchthaven Schiphol; Aanwijzing Schiphol tot volledig gecoördineerd luchtvaartterrein; Regeling milieu-informatie luchthaven Schiphol. Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 43.

97 Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131.

98 Zie het amendement van Tweede Kamerlid Haverkamp, *Kamerstukken II* 2004/05, 28 074, nr. 19.

99 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 93, p. 12.

100 Zie de brief van de minister van Financiën, *Kamerstukken II* 2005/06, 25 435, nr. 15, p. 3.

2.2.2 Verhouding publieke aandeelhouders

In het hierboven genoemde amendement dat vervreemding van een meerderheidsbelang onmogelijk maakte, werd bepaald dat de overheid steeds een meerderheidsaandeel moet behouden. Ondanks de politieke weerstand tegen een vervreemding van een meerderheidsbelang zoals besproken in de voorgaande paragraaf, bleef de vervreemding van een minderheidsaandeel aldus als één van de mogelijke invullingen van overheidsinvloed in NVLS, wel mogelijk.¹⁰¹ En ondanks de sterke wens van de Tweede Kamer om in ieder geval een meerderheid van de aandelen te behouden, kondigde de minister van Financiën in 2008 aan dat een belang van 8 procent van de aandelen zou worden vervreemd aan het Franse *Aéroports de Paris*, althans dat op basis van een kruisparticipatie tussen *Aéroports de Paris* en Schiphol, over en weer een belang van 8 procent zou worden genomen.¹⁰² Door het uitgeven van (bepaalde zeggenschap ontberende) Aandelen B is echter verzekerd dat de Staat en de gemeenten Amsterdam en Rotterdam in beginsel geen enkele zeggenschap hebben hoeven inleveren.

Wat betreft de eis dat de *overheid*¹⁰³ een meerderheidsaandeel dient te behouden, zonder nader te specificeren welke overheid dat moet zijn, de volgende opmerkingen. Voor het vaststellen of de *overheid* een meerderheidsbelang in NVLS houdt, kunnen mijns inziens ook de belangen van de gemeenten Amsterdam en Rotterdam meegerekend worden. De verdeling van het meerderheidsbelang van het publieke aandeelhouderschap over meerdere overheidsorganen (in verschillende bestuurslagen) houdt echter in dat een bepaalde

101 Ook de Raad voor Verkeer en Waterstaat heeft zich in het rapport, *Behoud de meerderheid... Second opinion bij het kabinetsvoornemen tot privatisering van de N.V. Luchthaven Schiphol*, 23 september 2004, p. 5, negatief uitgelaten over een vervreemding van de meerderheid van de aandelen in de NVLS.

102 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 93, p. 12.

103 In het aanvankelijke amendement op de Wijziging van de Wet luchtvaart inzake de exploitatie van de luchthaven Schiphol *Kamerstukken II* 2004/05, 28 074, nr. 14, p. 1, wordt voorgesteld het volgende artikel toe te voegen: '1. Het Rijk bezit ten minste 51% van het stemrecht in de exploitant van de luchthaven.

2. Bij algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld ten aanzien van de wijze waarop en de voorwaarden waaronder het stemrecht, bedoeld in het eerste lid, kan worden overgedragen. Bij deze algemene maatregel van bestuur kunnen tevens een of meerdere andere overheidsorganisaties dan het Rijk worden aangewezen ter voldoening van het in het eerste lid genoemde percentage.' Een maand later wordt het amendement gewijzigd, zie *Kamerstukken II* 2004/05, 28 074, nr. 19, om aldus de *mainport* positie te benadrukken: '1. De overheid bezit ten minste een meerderheid van het economisch en juridisch belang in de exploitant van de luchthaven.

2. Onze Minister van Financiën wijst bij regeling een of meerdere overheidsorganisaties aan ter voldoening van de in het eerste lid genoemde eis.

3. De krachtens het tweede lid vast te stellen regeling heeft in ieder geval betrekking op de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de in het eerste lid genoemde eis en de wijze waarop de overheid in gezamenlijkheid blijvend invulling geeft aan de continuïteit van de Mainport.'

coördinatie van de verschillende publieke aandeelhouders wenselijk is. Het (privaatrechtelijk) handelen van de verschillende publieke aandeelhouders moet zoveel mogelijk op elkaar aansluiten en op elkaar worden afgestemd. Om een eenduidig beleid van de verschillende overheidsaandeelhouders te verzekeren, stelt de heer Cools in zijn rapport dat het noodzakelijk is dat de verschillende overheidsaandeelhouders een overeenkomst sluiten met betrekking tot het uitbrengen van stemmen op de AVA.¹⁰⁴ Een hieraan verbonden nadeel is echter dat een aandeelhoudersovereenkomst 'de actieradius van de Staat als aandeelhouder [zou] verengen. De Staat is dan niet langer vrij in het nemen van beslissingen, maar is ook op voorhand gebonden aan de opvattingen van medeaandeelhouders.'¹⁰⁵ Een ander in paragraaf 5.2.2 van hoofdstuk 4 besproken nadeel van het gebruik van aandeelhoudersovereenkomsten als instrument van overheidsinvloed, betreft mijns inziens ook de vraag van de afdwingbaarheid van stemovereenkomsten. Daarbij zal, indien de aandeelhoudersovereenkomst geldig is, naleving ervan veelal *ex post* afgedwongen moeten worden, terwijl bijvoorbeeld het publieke aandeelhouderschap ook *ex ante* inspraak- en controlemogelijkheden kent, waardoor gebruik hiervan voor de vormgeving van overheidsinvloed mijns inziens de voorkeur zou genieten.

Als alternatief voor aandeelhoudersovereenkomsten die de Rijksoverheid in haar handelen beperken, of in aanvulling op het instrumentarium van de aandeelhoudersovereenkomst stel ik daarom het volgende voor. De verhouding tussen verschillende overheidsorganen die via het privaatrecht in overheidsondernemingen deelnemen, wordt in beginsel beheerst door privaatrechtelijke normen. Hiermee doel ik onder meer op de institutionele regels die gelden binnen vennootschappen die bijvoorbeeld de verhouding tussen verschillende vennootschapsorganen regelen, maar ook op de rechtsbeginselen zoals artikel 2:8 BW met betrekking tot de redelijkheid en billijkheid. Dit artikel vormt één van de grondslagen voor de invulling van de verhouding tussen verschillende overheidsorganen bijvoorbeeld wanneer deze als meerderheids- en minderheidsaandeelhouders in een overheidsonderneming deelnemen. Echter, het privaatrechtelijke handelen van overheidsorganen zou ook moeten worden bepaald door de staats- en bestuursrechtelijke verhoudingen zoals die tussen verschillende overheidsorganen bestaan. De bijzondere invulling van privaatrecht wanneer het overheidsprivaatrecht betreft, zou derhalve de hiërarchische verdeling van de verschillende bestuurslagen in de Nederlandse rechtsorde moeten reflecteren. Hierbij doel ik bijvoorbeeld op de verticale aansturing die vanaf rijksniveau mogelijk is door het middel van spontane vernietiging zoals besproken in paragraaf 5.2.2 en paragraaf 5.2.3 van hoofdstuk 4. Beargumenteerd zou kunnen worden dat het privaatrechtelijk handelen van overheidsorganen derhalve nader kan worden bepaald door te kijken naar de institutio-

104 Zie K. Cools, *Privatisering NV Luchthaven Schiphol. Rapportage aan de Tweede Kamer door Prof. Dr. K. Cools RA*, 13 december 2005.

105 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97 (Brief), p. 4-5.

nele verhoudingen en regels die gelden tussen verschillende overheidsorganen en/of bestuursorganen. Besluiten of bepaalde beleidsbeslissingen van de Rijksoverheid – bijvoorbeeld in de hoedanigheid van publieke aandeelhouder – zullen bij tegenstrijdigheid met besluiten en beleid van decentrale overheden daarom voorrang dienen te krijgen.

2.3 Tussenconclusie

De *casestudy* van de NVLS illustreert duidelijk dat één overheidsonderneming verschillende publieke belangen kan dienen. Deze publieke belangen variëren in casu van het publieke belang van milieubescherming en het belang van Schiphol als *mainport* tot het publieke belang dat de mededinging niet wordt vervalst door het misbruik van de machtspositie van Schiphol. Zoals ik heb besproken, hoeft het naast elkaar bestaan van verschillende publieke belangen mijns inziens niet problematisch te zijn. De (Rijks)overheid is zeer wel in staat de verschillende publieke belangen te prioriteren. In deze *casestudy* is aan bod gekomen dat louter (semi)publiekrechtelijke regulering zoals voorgesteld met het oog op de verkoop van aandelen, niet de wenselijk geachte controle op de NVLS zou bieden en dat wet- en regelgeving de betrokken publieke belangen niet afdoende kunnen borgen. Om deze reden wordt publiek aandeelhouderschap wenselijk geacht.

De verhouding tussen de verschillende betrokken publieke aandeelhouders verdient echter nadere aandacht. Ik meen dat voor het bepalen of sprake is van een overheidsonderneming voor wat betreft deelneming in het aandelenkapitaal, moet worden gekeken naar de gezamenlijke portefeuille van alle publieke aandeelhouders. Dit neemt niet weg dat de publieke aandeelhouders van mening kunnen verschillen ten aanzien van de te maken afweging van publieke belangen of de specifieke uitvoering daarvan. Eventuele tegenstrijdigheden tussen de wensen van verschillende bij de overheid betrokken publieke partijen, in casu aandeelhouders, kunnen vragen oproepen omtrent de wenselijkheid van een eventuele bevoegdheidsverdeling tussen deze betrokken publieke partijen. Hierboven is immers geïllustreerd dat de Staat zelfs als meerderheidsaandeelhouder in bepaalde gevallen afhankelijk is van de medewerking van haar publieke minderheidsaandeelhouder(s).¹⁰⁶ Het feit dat bij een overheidsonderneming meerdere publieke partijen – in casu aandeelhouders – betrokken zijn, betekent dat nadere coördinatie tussen deze verschillende partijen nodig is. Deze coördinatie kan verdergaan dan het noodzakelijke (vrijwillige) overleg tussen publieke aandeelhouders. Mijns inziens moet in aanvulling op het in hoofdstuk 3 besproken normenkader, gelden dat tussen de betrokken publieke partijen een bevoegdheidsverdeling wordt aangebracht

¹⁰⁶ Zie par. 2.1.3 van dit hoofdstuk.

die overeenstemt met de staatsrechtelijke verhoudingen tussen de desbetreffende publieke partijen. Aldus wordt het privaatrechtelijk handelen van bijvoorbeeld decentrale overheden in de overheidsonderneming niet slechts genormeerd door de in hoofdstuk 3 besproken normen, maar ook bepaald door hun verhouding met de Rijksoverheid.

3 NV NEDERLANDSE SPOORWEGEN

Algemeen

In deze paragraaf over het personenvervoer per spoor staat de overheidsonderneming NV Nederlandse Spoorwegen centraal. Na een korte beschrijving van de historie met betrekking tot de totstandkoming van de Nederlandse Spoorwegen als naamloze vennootschap in paragraaf 3.1 van dit hoofdstuk, volgt een beschrijving van het wettelijk kader in paragraaf 3.2. De beperkte mogelijkheden van een vergunningstelsel als (enig) instrument van overheidssturing worden hier besproken. Vervolgens wordt in paragraaf 3.3 ingegaan op het vennootschapsrechtelijk kader en de positie daar binnen van de Nederlandse Spoorwegen ten opzichte van de overheid. De gedetailleerde invulling van het publieke belang door een uitwerking van de aan de verleende concessie verbonden zorgplicht, geeft ook het vennootschapsbelang een concretere invulling. Hierdoor zal overheidssturing door middel van het vennootschapsrechtelijke arsenaal zoals besproken in hoofdstuk 4, zoals toetsing wegens mogelijke strijd met de doelstelling, eenvoudiger worden. Alvorens tot een conclusie te komen in paragraaf 3.5, wordt in paragraaf 3.4 beknopt de positie van spoorwegbeheerder Prorail BV, ook een overheidsonderneming, ten opzichte van de NV Nederlandse Spoorwegen en de overheid belicht.

3.1 Historie

Tot 1937: oprichting naamloze vennootschap Nederlandse Spoorwegen

Aanvankelijk was in het midden van de negentiende eeuw in Europa de aanleg en exploitatie van spoorwegen een aangelegenheid van private personen die hiervoor een concessie konden verkrijgen.¹⁰⁷ Ondanks de vele concessieaanvragen stagneerde de aanleg van spoorlijnen, doordat de met aanleg gemoeide

¹⁰⁷ Zie D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, J.A. van der Kolk, R.L. Latten en R. Leijenaar, 'Van Roodeschool naar Hoek van Holland: het spoorvervoer geliberaliseerd?', *TVR* 2002/1, p. 4. De eerste spoorwegconcessie in Nederland dateert van 1 juni 1836 en betrof de aanleg van de lijn Amsterdam Haarlem. Zie het Koninklijk Besluit van 1 juni 1836, nr. 75. Dat de aanleg van de spoorlijn in de concessie werd beschouwd als 'van algemeen nut zijnde', was voornamelijk ingegeven door de hierdoor eenvoudigere onteigening. Zie P. Brouwer/ G. van Kesteren, *Berigt aan de heeren reizigers. 400 jaar openbaar vervoer in Nederland*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p. 173.

investeringen voor private partijen te groot bleken. Overheidsbemoeienis leek derhalve onvermijdelijk. De totstandkoming van de eerste spoorwegwetgeving leidde tot veel discussie. De discussie over de vraag of de spoorwegaanleg van staatswege dan wel in particulier beheer moest plaatsvinden, werd in het voordeel van de aanleg door de Staat beslecht.¹⁰⁸ De eerste Spoorwegwet kwam uiteindelijk tot stand onder het kabinet Van Hall/Van Heemstra.¹⁰⁹ De exploitatie van deze door de Staat aangelegde spoorwegen kwam in handen van onderling concurrerende particuliere ondernemingen. De grootste exploitanten waren de in 1837 opgerichte naamloze vennootschap Hollandse IJzeren Spoorweg Maatschappij (HSM) en de in 1863 opgerichte naamloze vennootschap Maatschappij tot Exploitatie van Staatsspoorwegen (SS).¹¹⁰ De exploitatie van spoorwegen was echter niet winstgevend.¹¹¹ In 1917 werd in een poging het tij te keren door de spoorwegexploitanten de belangengemeenschap Nederlandse Spoorwegen opgericht.¹¹² De financiële problemen hielden echter aan en in 1937 werd besloten de organisatie van eigendom en exploitatie grondig te reorganiseren.¹¹³ Hiertoe werd de eigendom van bijna alle spoorwegen, ook

108 Zie P. Brouwer/ G. van Kesteren, *Berigt aan de heeren reizigers. 400 jaar openbaar vervoer in Nederland*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p. 211-220.

109 Op 8 februari 1860 werd een wetsvoorstel inzake de aanleg en exploitatie van de Noorder- en Zuiderspoorweg – dat door het toenmalige kabinet Rochussen was ingediend – door de Eerste Kamer verworpen. Dit leidde tot de val van dit kabinet. In tegenstelling tot de Eerste Kamer, die onder druk stond van koning Willem III, wilde Rochussen concessies voor de aanleg spoorlijnen aan particulieren verlenen. Uiteindelijk werd onder een volgend kabinet, Van Hall/Van Heemstra, gekozen voor aanleg van staatswege. Ingediend 21 april 1860, wetsontwerp LXIII. Zie over de totstandkoming van de wet tot staatsaanleg J.H. Jonckers Nieboer, *Geschiedenis der Nederlandsche Spoorwegen 1932-1938*, Rotterdam: Nijgh & Van Ditmar 1938, p. 90-96.

110 Interessant met het oog op het nationale belang van de spoorwegaanleg en -exploitatie is de constatering dat de aandelen in de verschillende private ondernemingen overwegend in buitenlandse handen waren.

111 Jansen stelt hierover: 'De duopolistische concurrentie tussen beide ondernemingen tastte het rendement aan en noopte hen in 1916 het kabinet-Cort van der Linden te verzoeken in te stemmen met het aangaan van een belangengemeenschap.' Zie R.W.J. Jansen, *Prestatie-onderzoek naar Nederlandse overheidsbedrijven. Case-studies naar de Staatsmijnen, de NV Nederlandse Spoorwegen en de Nederlandse Centrale organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek* (diss. Maastricht 1993), p. 107. Zie voorts J.H. Jonckers Nieboer, *Geschiedenis der Nederlandsche Spoorwegen 1932-1938*, Rotterdam: Nijgh & Van Ditmar 1938, p. 185.

112 In ideologisch opzicht speelde dat staatsexploitatie door sommigen – maar niet door iedereen – als wenselijk werd gezien. De vraag 'wel of geen staatsexploitatie' is gedurende de hele geschiedenis van de spoorwegen controversieel geweest. Als groot voorbeeld golden de Preußische Staatseisenbahnen. In Nederland zijn de voorstanders van staatsexploitatie altijd minder sterk geweest dan in Duitsland maar ze werden begin 20e eeuw wel sterker. Zo ontstond het compromis van de belangengemeenschap dat twintig jaar stand heeft gehouden.

113 De noodzaak tot reorganisatie vloeide onder andere voort uit de versterkte concurrentie met het wegvervoer en door de van overheidswege opgelegde eisen. Zie P. Brouwer/ G. van Kesteren, *Berigt aan de heeren reizigers. 400 jaar openbaar vervoer in Nederland*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p. 315 e.v. De door de instelling van de belangengemeenschap ontstane verdeling van de bedrijfsvoering over twee ondernemingen werd in dit kader als onwense-

de spoorwegen die tot dan toe in eigendom behoorden aan de staat, overgedragen aan één vennootschap, te weten de NV Nederlandse Spoorwegen.¹¹⁴ Om controle op de spoorweginfrastructuur te behouden kwamen de aandelen van deze naamloze vennootschap volledig in handen van de Nederlandse staat.¹¹⁵ Alle spoorlijnen werden, enkele uitzonderingen daargelaten, vanaf 1938 steeds geëxploiteerd door deze naamloze vennootschap.

Aanvankelijk verliep de exploitatie redelijk succesvol. Bovendien speelde de NV Nederlandse Spoorwegen na de Tweede Wereldoorlog een belangrijke rol in de wederopbouw. In de jaren zestig van de vorige eeuw echter werden de verliezen groter.¹¹⁶ Om het tij te keren werd in de jaren zeventig van de vorige eeuw gekozen voor een aanzienlijke uitbreiding van de dienstregeling.¹¹⁷ De hiermee gepaard gaande kosten werden gedekt door subsidies van de overheid. Deze subsidies werden gerechtvaardigd door te bepalen dat de NV Nederlandse Spoorwegen een maatschappelijke functie vervulde. De toename van de subsidies leidde tot een sterkere uitbreiding van overheidsinvloed op het beleid van de tot dan toe zeer zelfstandig functionerende vennootschap.¹¹⁸

Vanaf de jaren tachtig tot heden: liberalisering van personenvervoer per spoor faalt
De in hoofdstuk 1 beschreven opkomst van marktwerking in de jaren tachtig en negentig kenmerkten ook de ontwikkeling van de NV Nederlandse Spoorwegen in deze jaren.¹¹⁹ Op grond van de in paragraaf 3.2 te bespreken EG-

lijk gezien. Zie het wetsvoorstel van 8 juni 1936, zie *Kamerstukken II 1935/36*, nr. 416 (bijlagen Handelingen).

114 Zie de wet tot oprichting van de NV Nederlandsche Spoorwegen van 26 mei 1936, *Stb.* 1936, nr. 520. De oprichting van deze naamloze vennootschap op 2 augustus 1937 betekende het einde van de ondernemingen die samenwerkten in de belangengemeenschap. Zie P. Brouwer / G. van Kesteren, *Berigt aan de heeren reizigers. 400 jaar openbaar vervoer in Nederland*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p. 317. Zie tevens R.W.J. Jansen, *Prestatie-onderzoek naar Nederlandse overheidsbedrijven. Case-studies naar de Staatsmijnen, de NV Nederlandse Spoorwegen en de Nederlandse Centrale organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek* (diss. Maastricht 1993), p. 107.

115 Door de verscheidene kapitaalinjecties in de particuliere ondernemingen van de staat in de jaren voorafgaand aan de oprichting van de naamloze vennootschap Nederlandse Spoorwegen, had de staat reeds een aanzienlijk deel van de aandelen in handen. De resterende particuliere aandeelhouders werden uitgekocht. Van een staatsbedrijf in de zin van de Bedrijvenwet 1928 kon echter niet worden gesproken: er bleef sprake van particuliere exploitatie.

116 Door de opkomst van aardgas vielen de lucratieve kolentransporten vanuit Zuid-Limburg weg. Bovendien nam de concurrentie van de auto toe. Net zoals bij andere Europese spoorwegbedrijven namen de verliezen hierdoor bij de NV Nederlandse Spoorwegen toe.

117 Deze nieuwe dienstregeling werd in 1970 ingevoerd onder de naam *Spoorslag '70*.

118 Zie P. Brouwer / G. van Kesteren, *Berigt aan de heeren reizigers. 400 jaar openbaar vervoer in Nederland*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p. 321.

119 Zie nader D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, J.A. van der Kolk, R.L. Latten, R. Leyenaar, 'Van Roodeschool naar Hoek van Holland: het spoorvervoer geliberaliseerd?', *TVR* 2002/1, p. 3-13.

richtlijn 91/440 zou via liberalisering de marktwerking op de spoorwegmarkt moeten worden gestimuleerd.¹²⁰ Ter implementatie van deze richtlijn werd de NV Nederlandse Spoorwegen op advies van de commissie Wijffels in vier onderdelen gesplitst.¹²¹ Beheer en onderhoud van de infrastructuur werden beschouwd als taken van de overheid en werden per 1 januari 1995 ondergebracht bij verschillende ‘taakorganisaties’ binnen de onderneming.¹²² De exploitatie – die op bedrijfseconomische basis moest plaatsvinden – werd ondergebracht bij de NV Nederlandse Spoorwegen.¹²³ Door het beheer en de exploitatie te splitsen, zou de NV Nederlandse Spoorwegen marktgericht en slagvaardiger kunnen opereren. De relatie tussen de Staat en de NV Nederlandse Spoorwegen werd vastgelegd in een privaatrechtelijk contract.¹²⁴ Bovendien zouden de subsidies van de overheid aan de NV Nederlandse Spoorwegen geleidelijk afgebouwd kunnen worden.¹²⁵ Brouwer stelt over de opsplitsing van het bedrijf:

120 Van Ooststroom stelt treffend: ‘... barrières voor toegang tot de markt voor concurrerende bedrijven (...) worden geslecht. De markt moet worden geliberaliseerd. Zowel de Europese regelgeving als de regeringsbesluiten in Nederland ademen een streven naar feitelijke concurrentie.’ Zie H.P.C. van Ooststroom, *Marktwerking en regulering bij spoorwegen. Theorie, empirie en beleid* (diss. VU 1999), Amsterdam 1999, p. 7.

121 De commissie-Wijffels bracht in 1992 haar advies uit over de implementatie van deze richtlijn. De commissie stelde voor het bedrijf in onderdelen te verdelen ‘...om zo prikkels te bieden voor een betere commerciële bedrijfsvoering.’ Bovendien zou er aldus een eind worden gemaakt aan de gecompliceerde onderlinge verwevenheid van alle bedrijfsactiviteiten binnen de onderneming. Zie H.H.F. Wijffels, R.J. in ‘t Veld en J.F.A. de Soet, *Sporen voor straks, advies over de toekomstige relatie tussen overheid en Nederlandse Spoorwegen*, uitgebracht aan de minister van Verkeer en Waterstaat, 5 juni 1992.

122 Deze taakorganisaties gingen later op in ProRail BV. Zie hierover verder paragraaf 1.3.

123 De NV Nederlandse Spoorwegen werd op 1 januari 1995 een holdingmaatschappij met daaronder een tak voor enerzijds de niet-commerciële activiteiten, het latere Prorail, en anderzijds een tak voor de commerciële activiteiten, de NS Groep NV met daaronder NS Stations BV, NS Cargo, NS Vastgoed BV en NS Bedrijven BV, welke laatste bestaat uit NS Reizigers, NS Materieel, NS Beveiligingsservices, NS Infraservices. Tekorten bij de niet-commerciële tak werden door de overheid aangevuld; de commerciële tak was afhankelijk van eigen inkomsten. Zie D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, J.A. van der Kolk, R.L. Latten en R. Leijenaar, ‘Van Roodeschool naar Hoek van Holland: het spoorvervoer geliberaliseerd?’, *TVR* 2002/1, p. 9. NS Cargo ressorteerde sinds 1 januari 2000 na een fusie onder de naam Railion Nederland NV als dochteronderneming van Deutsche Bahn onder de holding Railion GmbH. Zie het jaarverslag van de NS Nederlandse Spoorwegen 1999, p. 21. In februari 2009 is de naam Railion Nederland NV gewijzigd in DB Schenker Rail Nederland NV. Zie <http://www.rail.dbschenker.nl/>.

124 Het contract van 29 juni 1995 ging in op 1 juli 1995 onder de naam *Over de wissel tussen markt en overheid. De verzelfstandiging van NS en de nieuwe relatie tot de Staat*. Zie http://www.verkeerenwaterstaat.nl/Images/20070706_NS_tcm195-192089.pdf.

125 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 24 036, nr. 355, p. 9. Er wordt zelfs aan een beursgang gedacht. Zie onder verwijzing naar het jaarverslag van de NS uit 1999, P. Brouwer / G. van Kesteren, *Berigt aan de heeren reizigers. 400 jaar openbaar vervoer in Nederland*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p. 700.

‘De splitsing van het NS-concern betekende in feite een terugkeer naar de situatie van voor 1938, waarin de exploitant (...) geen eigenaar van de spoorbaan was.’¹²⁶

De Algemene Rekenkamer uitte zich zeer kritisch over de wijze waarop de splitsing tot stand was gekomen.¹²⁷ Nadat de eerste stappen tot ontvlechting waren genomen, werd duidelijk dat ‘noch de theoretische noch de praktische achtergronden volledig zijn doordacht.’^{128,129} De prestaties van het bedrijf gingen achteruit, hetgeen eind 2001 zelfs leidde tot het ontslag van de voltallige directie en raad van commissarissen.¹³⁰

Mede door de slechte resultaten en naar aanleiding van negatieve ervaringen van volledige privatisering van spoorwegen in Groot-Brittannië, werd voor een belangrijk gedeelte teruggekomen op de gedachte dat exploitatie van de spoorwegen volledig geliberaliseerd zou kunnen en moeten worden.¹³¹ Deze gedachte heeft zijn beslag gekregen in een nieuw wettelijk kader.

3.2 Wettelijk kader spoorwegen

Hieronder wordt het algemeen juridisch kader weergegeven waarbinnen de instrumenten om overheidsinvloed in de NV Nederlandse Spoorwegen uit te kunnen oefenen moeten passen.

De regeling met betrekking tot het openbaar personenvervoer per spoor is neergelegd in verschillende wetten, besluiten en regelingen. De voor dit onderzoek meest relevante zijn de Spoorwegwet¹³² en de Wet personenver-

126 Zie P. Brouwer / G. van Kesteren, *Berigt aan de heeren reizigers. 400 jaar openbaar vervoer in Nederland*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p. 703.

127 Zie het rapport *Toezicht op het spoor*, aangeboden door de Algemene Rekenkamer aan de Tweede Kamer bij brief van 23 juni 1999, *Kamerstukken II 1998/99*, 26 615, nr. 1-2.

128 Zie H.P.C. van Ooststroom, *Marktwerking en regulering bij spoorwegen. Theorie, empirie en beleid* (diss. VU 1999), Amsterdam 1999, p. 4. Op p. 7 stelt hij: ‘Aan de belangrijke vragen of de vraagstructuur op de vervoersmarkt en de aanbodstructuur van de bedrijfstak zich in Nederland lenen voor feitelijke concurrentie wordt nogal gemakkelijk voorbijgegaan.’

129 De eerste concurrentie in het reizigersvervoer ondervond de NV Nederlandse Spoorwegen in 1996 van Lovers Rail, dat treindiensten ging onderhouden tussen Amsterdam en Haarlem, en vandaar naar de stations IJmuiden en Lisse. Vanaf 1998 kwamen via openbare aanbestedingen enkele door de Nederlandse Spoorwegen niet rendabel geachte (regionale) lijnen in handen van andere vervoerders.

130 Zie *De volkskrant*, ‘NS-top weg na zware druk Netelenbos’, 3 januari 2002.

131 In 2002 stellen Dankers-Hagenaars e.a. reeds: ‘Geconstateerd moet worden dat tien jaar EG-richtlijnen en de goed bedoelde uitwerking daarvan in Nederlandse wetgeving en ontwerp-wetgeving de liberalisering van spoorwegen in Nederland weinig heeft opgeleverd. Van de “markt met vrije concurrentie” waaraan richtlijn 191/440/EG zoveel waarde hecht om de efficiëntie van het spoor te verbeteren is tot nu toe nog weinig te merken. Vastgesteld kan worden dat de liberaliseringsgedachte vooralsnog op een zijspoor is gerangeerd.’ Zie D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, J.A. van der Kolk, R.L. Latten en R. Leijenaar, ‘Van Roodeschool naar Hoek van Holland: het spoorvervoer geliberaliseerd? Deel 2’, *TVR* 2002/2, p. 59.

132 Nader ingevuld door het Algemeen Reglement Vervoer.

voer 2000,¹³³ nader aangepast in de Concessiewet. Het vennootschappelijk kader waarbinnen de overheidsonderneming functioneert, wordt in hoofdzaak gevormd door de bepalingen van Boek 2 BW. Hier kom ik in de volgende paragraaf op terug.

De huidige wettelijke regeling is in belangrijke mate een uitvloeisel van de reeds genoemde Europese richtlijn 91/440, welke voornamelijk gericht was op het creëren van concurrentie op het spoor.

Richtlijn 91/440

In het kader van de liberalisering van de Europese markt, en daarmee ook de vervoerssector, werd in 1991 Richtlijn 91/440 aangenomen.¹³⁴ Op grond van deze richtlijn moest de autonome positie van de NV Nederlandse Spoorwegen weer versterkt worden.¹³⁵ In de preambule bij de richtlijn wordt gewezen op het belang van vrije concurrentie om te komen tot een grotere efficiëntie van het spoor. In de preambule wordt bovendien gesteld dat:

‘...de lidstaten de spoorwegondernemingen het statuut dienen te geven van een volgens commerciële beginselen functionerende onafhankelijke onderneming die zich richt naar de behoeften van de markt.’¹³⁶

Om dit te bereiken schrijft de richtlijn op grond van artikel 6 een scheiding voor van enerzijds het beheer van de infrastructuur en anderzijds de vervoersactiviteiten.¹³⁷ De nationale wetgeving werd aangepast, maar de resultaten van liberalisering door de scheiding van het beheer en de exploitatie van spoorwegen,¹³⁸ in combinatie met een vergunningstelsel voor spoorwegondernemingen,¹³⁹ vielen tegen.¹⁴⁰ Met name voor het reizigersvervoer bleek

133 Nader ingevuld door het Besluit Personenvervoer.

134 Zie art. 4 en 5 van Richtlijn 1991/440 van 29 juli 1991.

135 Vanaf de jaren zestig had de overheid, doordat zij een in toenemende mate de tekorten bij de Nederlandse Spoorwegen aanvulde, meer invloed gekregen en was de autonome handelingsvrijheid van de vennootschap sterk aangetast. Zie P. Brouwer / G. van Kesteren, *Berigt aan de heeren reizigers. 400 jaar openbaar vervoer in Nederland*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p. 700.

136 Zie de preambule gepubliceerd bij Richtlijn 1991/440 van 29 juli 1991.

137 Overigens was het aan de lidstaten om te bepalen of de scheiding tot stand werd gebracht door een boekhoudkundige scheiding binnen de spoorwegonderneming, dan wel een scheiding door de infrastructuur door een afzonderlijke organisatie te laten beheren. Zie art. 6 lid 2 Richtlijn EEG 1991/440.

138 Het betreft met name Richtlijn 91/440 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 29 juli 1991 betreffende de ontwikkeling van de spoorwegen in de gemeenschap, Pb 1991, L237, welke is gewijzigd in 2001 door richtlijn 2001/12, Pb 2001, L75/1.

139 Zie richtlijn 95/18, Pb 1995, L 143/70, welke is gewijzigd in 2001 door richtlijn 2001/13, Pb 2001 L75/26.

140 Zie voor een uitgebreide bespreking van het ontwerp van de nieuwe spoorwegwetgeving, D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, J.A. van der Kolk, R.L. Latten en R. Leijenaar, ‘Van Roode-school naar Hoek van Holland: het spoorvervoer geliberaliseerd?’, *TVR* 2002/1, p. 3-13 en D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, J.A. van der Kolk, R.L. Latten en R. Leijenaar, ‘Van

de mate van succes voor wat betreft het creëren van concurrentie op het spoor tegen te vallen.¹⁴¹ Dit leidde tot een herbezinning van het beleid door de minister van Verkeer en Waterstaat,¹⁴² hetgeen in 2005 resulteerde in – wat betreft het personenvervoer per trein – een aanvulling van de Wet personenvervoer 2000 door de Concessiewet.¹⁴³ Op dezelfde datum is tevens de nieuwe Spoorwegwet van kracht geworden.¹⁴⁴ De Spoorwegwet en de Concessiewet, als aanvulling van de Wet personenvervoer 2000, komen in de volgende alinea aan de orde.

De Rijksoverheid heeft een hoofdspoornet aangewezen. Dit hoofdspoornet wordt als een nationaal belang gezien. Aanvankelijk was het de bedoeling dat de exploitatie van reizigersvervoer op alle spoorlijnen, dus ook het hoofdspoornet, aanbesteed zou worden. Besluitvorming hieromtrent werd echter uitgesteld. De NV Nederlandse Spoorwegen kan in ieder geval tot 2015 als enige op het hoofdspoornet blijven rijden.¹⁴⁵ En ook de nieuwe concessie tot 2024 zal waarschijnlijk aan de Nederlandse Spoorwegen worden verleend. De minister van Infrastructuur & Milieu maakte bekend dat zij voornemens is deze vervoersconcessie op het hoofdrailnet voor de periode 2015-2024 aan NV Nederlandse Spoorwegen te gunnen.¹⁴⁶

Spoorwegwet en Concessiewet personenvervoer per spoor

Sinds 1 januari 2005 zijn de Spoorwegwet en de Concessiewet personenvervoer over het spoor van kracht.¹⁴⁷ De Spoorwegwet¹⁴⁸ regelt het beheer en

Roodeschool naar Hoek van Holland: het spoorvervoer geliberaliseerd? Deel 2', *TVR* 2002/2, p. 53-59.

141 Het goederenvervoer leek redelijk te functioneren onder het systeem van de vrije markt.

142 Zie september 2001 de zogenoemde herbezinningsbrief van de minister aan de Tweede Kamer. In een brief aan de Tweede Kamer van 7 september 2001 (de zogenaamde «Herbezinningsbrief») over de ordening van het spoor, wordt na een aantal jaren gewerkt te hebben met private contracten, bewust gekozen voor een publiekrechtelijke concessie. Aan ProRail wordt in 2005 tot 2015 een beheersconcessie verleend. Zie I.S.J. Houben, *Contractdwang*, Kluwer: Deventer 2005, p. 60.

143 Zie Wet van 23 april 2003 tot aanvulling van de Wet personenvervoer 2000, strekkende tot invoering van een concessiestelsel voor het personenvervoer per trein (Concessiewet personenvervoer per trein), *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 216, nr. 1-2.

144 Zie het besluit van 20 december 2004 (*Stb.* 2004, nr. 741) met betrekking tot de inwerkingtreding van de Spoorwegwet (*Stb.* 2003, nr. 264), welke op belangrijke punten de Spoorwegwet uit 1875 (Zie *Stb.* 1875, nr. 67) vervangt.

145 Zie art. 67 lid 2 Wet personenvervoer 2000.

146 Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 31 987, nr. 6 en het *NS* 2011 Jaarmagazine, p. 8.

147 Zie besluit van 20 december 2004, *Stb.* 2004, nr. 741.

148 Wet van 23 april 2003, houdende nieuwe algemene regels over de aanleg, het beheer, de toegankelijkheid en het gebruik van spoorwegen alsmede over het verkeer over spoorwegen, *Stb.* 2003, nr. 264 (hierna: Spoorwegwet). Overigens zijn enkele bepalingen van de Spoorwegwet 1875 nog van kracht. Het betreft de Wet van 9 april 1875, tot regeling van de dienst en het gebruik der spoorwegen (hierna: Spoorwegwet 1875).

gebruik van spoorwegen.¹⁴⁹ Op grond van artikel 28 van de Spoorwegwet kan de minister van Infrastructuur & Milieu vergunning verlenen aan een in Nederland gevestigde spoorwegonderneming, indien deze voldoet aan de vereisten van goede naam, financiële draagkracht en beroepsbekwaamheid. Een bepaalde rechtsvorm wordt *niet* vereist.¹⁵⁰ Wel is het mogelijk dat de minister van Infrastructuur & Milieu aan de vergunning bij of krachtens Algemene maatregel van Bestuur nadere voorschriften stelt.¹⁵¹ De minister kan de bedrijfsvergunning op grond van artikel 29 van de Spoorwegwet schorsen of intrekken als:

- ‘a. de vergunninghouder niet meer voldoet aan de bij of krachtens artikel 28 toepasselijke eisen of voorschriften;
- b. de veiligheid van het spoorverkeer door wijziging van de rechtspositie van de vergunninghouder ingeval van fusie of bedrijfsovername naar het oordeel van Onze Minister niet langer is gewaarborgd of
- c. bij herhaling bij onherroepelijk rechterlijk vonnis is vastgesteld dat de vergunninghouder of zijn bestuurders het bepaalde bij of krachtens deze wet dan wel de toepasselijke voorschriften inzake arbeidsomstandigheden of arbeidstijden hebben overtreden, dan wel bij onherroepelijk vonnis is vastgesteld dat deze het bepaalde bij of krachtens deze wet dan wel de toepasselijke voorschriften inzake arbeidsomstandigheden of arbeidstijden in ernstige mate hebben overtreden.’

Een op zich zelfstaande vergunningverlening is mijns inziens geen geschikt instrument voor de uitoefening van overheidsinvloed omdat het een te onnauwkeurig instrument betreft. Intrekking van de concessie wordt als een te zwaar middel beschouwd, waar het algemeen belang niet door gediend zou zijn. De intrekking of schorsing door de minister is zelfs als *ultimum remedium* ook niet werkbaar omdat intrekking slechts mogelijk is wanneer een andere onderneming de desbetreffende activiteiten waarvoor een vergunning is verleend direct moet kunnen overnemen. Wat dat betreft, is de sanctie van schorsing of intrekking van een vergunning gezien de consequenties van schorsing of intrekking voor een dienst met een monopolioïde karakter te weinig subtiel.

Ten slotte een enkel woord met betrekking tot de afgegeven concessie. De Concessiewet bewerkstelligde de invoering van een concessiestelsel en de daartoe benodigde wijziging van de Wet personenvervoer 2000.¹⁵² Wanneer

149 Op grond van art. 16 van de Spoorwegwet wordt onder beheer verstaan de zorg voor de kwaliteit, betrouwbaarheid en beschikbaarheid van de infrastructuur. De tram- en metro-sporen waar de spoorwegwet ook op van toepassing is, blijven hier buiten beschouwing.

150 Zie hoofdstuk 3 van de Spoorwegwet.

151 Zie art. 31 lid c Spoorwegwet.

152 Concessiewet Wet van 23 april 2003 tot aanvulling van de Wet personenvervoer 2000, strekkende tot invoering van een concessiestelsel voor het personenvervoer per trein (hierna: Concessiewet personenvervoer per trein).

de onderneming openbaar vervoer wil verrichten is deze concessieplichtig.¹⁵³ Tot 1995 was de NV Nederlandse Spoorwegen op grond van een concessie als enige bevoegd vervoer per spoor te verrichten,¹⁵⁴ maar na 1995 verloor de NV Nederlandse Spoorwegen deze monopoliepositie.¹⁵⁵ Wel bleef de concessie tot het alleenrecht van vervoer op het *hoofdspoorwegnet* in handen van NV Nederlandse Spoorwegen.¹⁵⁶

3.3 Vennootschappelijk kader NV Nederlandse Spoorwegen

3.3.1 Statutaire bepalingen NV Nederlandse Spoorwegen

Hierboven is het aan de concessieverlening verbonden instrument van vergunningverlening met haar tekortkomingen besproken. Hieronder komen andere wijzen om overheidsinvloed uit te oefenen binnen de overheidsonderneming NV Nederlandse Spoorwegen ter sprake. De concessieverlening voor beheer (Prorail) en vervoer worden aangevuld met semi-publiekrechtelijke instrumenten zoals een na te leven vervoersplan. Ik zal beargumenteren dat met deze aanvullende instrumenten een gedetailleerde behartiging van de betrokken publieke belangen plaatsvindt door de naleving van zorgplichten. Deze concretisering van publieke belangen betekent dat ook het vennootschapsbelang concreter wordt en derhalve als grondslag voor de toetsing van het handelen van de organen binnen de overheidsonderneming in overeenstemming met de publieke belangen kan worden gebruikt.

Voor een nadere invulling van het wettelijk kader zoals dat is geschetst in de vorige paragraaf, zijn ter bepaling van de vennootschapsrechtelijke context in eerste plaats de reeds in hoofdstuk 2 besproken bepalingen van Boek 2 BW van belang. Deze worden nader uitgewerkt in de statuten van de NV Neder-

153 Zie art. 19 Wet personenvervoer 2000. Op grond van art. 20 Wet personenvervoer 2000 verleent de minister van Verkeer en Waterstaat de concessie voor het personenvervoer per spoor op het hoofdspoornet en zijn Gedeputeerde Staten verantwoordelijk voor de concessies ten behoeve van regionale spoorwegnetten. Wet van 6 juli 2000, houdende nieuwe regels omtrent het openbaar vervoer, besloten busvervoer en taxivervoer (Wet personenvervoer 2000, *Stb.* 2000, nr. 314, gewijzigd per 1 januari 2005, *Stb.* 2003, nr. 265).

154 Zie art. 6 van de Reorganisatiewet 1937 met betrekking tot deze concessie.

155 Overigens is niet een ieder vrij om vervoer over spoor te verzorgen. Zie voor een lijst van door het ministerie van Verkeer en Waterstaat erkende vervoerders, de website www.ivw.nl.

156 Een dochteronderneming NS Reizigers beschikt over de concessie voor het hoofdspoornet. Bovendien houdt NS Reizigers de concessies voor enkele regionale lijnen in de zogenaamde contractsector. De overige treindiensten zijn openbaar aanbesteed of in enkele gevallen onderhands gegund aan andere vervoerders, zoals Arriva, Connexxion en Syntus.

landse Spoorwegen.¹⁵⁷ Op de NV Nederlandse Spoorwegen is de structuurregeling (het verlicht regime) van toepassing.¹⁵⁸ De Staat houdt 100% van de stemgerechtigde aandelen. De aandelen worden sinds 1 januari 2005 beheerd door het ministerie van Financiën.¹⁵⁹ De voor dit onderzoek relevante bepalingen uit de statuten – waaronder benoeming van bestuurders en commissarissen, goedkeuring van besluiten en bestemming van de winst – worden in deze paragraaf besproken. Op de in de statuten opgenomen doelstelling wordt in de volgende paragraaf nader ingegaan.

Benoeming en ontslag bestuurders en commissarissen

Conform de regeling in Boek 2 BW voor het verlichte structuurregime worden de bestuurders en commissarissen benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders op voordracht van de raad van commissarissen, met inachtneming van een profielschets.¹⁶⁰ Ook het besluit tot schorsing of ontslag van bestuurders en commissarissen ligt in handen van de algemene vergadering.¹⁶¹

Goedkeuring besluitvorming

Naast de in artikel 2:164 BW en 2:107a BW genoemde besluiten¹⁶² worden in artikel 19 lid 1 en 2 van de statuten van de NV Nederlandse Spoorwegen nog enkele aanvullende bestuursbesluiten genoemd, die aan goedkeuring van de raad van commissarissen respectievelijk de algemene vergadering van aandeelhouders zijn onderworpen.¹⁶³ Bovendien, zo vereist artikel 19 lid 5 van de statuten, is de raad van bestuur verplicht te overleggen omtrent voorgenomen besluiten, die door de raad van commissarissen zijn aangemerkt als van strategisch belang voor de vennootschap.

157 De statuten van de NV Nederlandse Spoorwegen zijn volgens de gegevens van het uittreksel van het handelsregister van 26 maart 2013 laatstelijk gewijzigd op 12 maart 2008. De statuten zijn niet op de website van de Nederlandse Spoorwegen geplaatst.

158 Zie art. 2 lid 3 van de statuten NV Nederlandse Spoorwegen (statuten per 12 maart 2008).

159 Tot 2005 werden de aandelen gehouden door het ministerie van Verkeer en Waterstaat.

160 Zie voor respectievelijk de bestuurders art. 14 en voor de commissarissen art. 22 van de statuten NV Nederlandse Spoorwegen (statuten per 12 maart 2008). De profielschets is wel op de website www.ns.nl te vinden.

161 Zie voor het ontslag van (individuele) bestuurders art. 15 van de statuten NV Nederlandse Spoorwegen (statuten per 12 maart 2008). Overigens kan pas worden besloten tot ontslag door de algemene vergadering, nadat de raad van commissarissen is geraadpleegd. Overeenkomstig de algemene vergadering van aandeelhouders kan de raad van commissarissen een lid van de raad van bestuur schorsen. Zie art. 15 lid 2 van de statuten NV Nederlandse Spoorwegen (statuten per 12 maart 2008). Op grond van art. 24 van de statuten kan de algemene vergadering van aandeelhouders alleen het vertrouwen opzeggen in de gehele raad van commissarissen (hetgeen tot onmiddellijk ontslag van alle commissarissen leidt, zie art. 24 lid 3).

162 Zie reeds hoofdstuk 4.

163 Zie bijvoorbeeld art. 19 lid 1 sub n van de statuten NV Nederlandse Spoorwegen (statuten per 12 maart 2008), waar de vaststelling van het investeringsplan wordt genoemd.

Interessant is dat in artikel 19 lid 2 sub B van de statuten miskend lijkt te worden dat er een onderscheid gemaakt moet worden tussen de vakminister en het ministerie van Financiën dat beheerder is van de overheidsaandelen. Onder sub B wordt bepaald dat op grond van de statuten vereiste goedkeuring van de algemene vergadering niet aanwezig hoeft te zijn:

‘...indien het besluiten betreft terzake waarvan de vennootschap een overeenkomst met de Staat heeft gesloten (...).’

Hiermee worden mijns inziens de verhoudingen binnen het vennootschapsrechtelijk kader onterecht aangetast. Het zou de voorkeur verdienen om ook in de gevallen dat de Staat (meerderheids)aandeelhouder is en de onderneming een overeenkomst sluit met de Staat, de Staat als aandeelhouder formeel dergelijke besluiten te laten goedkeuren. Anders zou van een onnodige vermenging van hoedanigheden sprake zijn.

Winstuitkering

De winst die overblijft na de redelijkerwijs noodzakelijke reserveringen staat ter beschikking van de algemene vergadering van aandeelhouders. Bovendien kan de algemene vergadering van aandeelhouders, voorzover de wettelijke reserves op niveau blijven, besluiten tot tussentijdse uitkering van dividend.¹⁶⁴

3.3.2 Vennootschapsbelang versus publiek belang

Het met de NV Nederlandse Spoorwegen gemoeide publiek belang is het bereikbaar houden van de grote stadsgewesten via voldoende en betrouwbaar massatransport per spoor, tegen een consumentenprijs waarin de maatschappelijke baten van dat vervoer zijn verwerkt.¹⁶⁵ Het publieke belang moet worden geborgd door een combinatie van de concessieovereenkomst en het publiek aandeelhouderschap.¹⁶⁶ Ik ga hieronder nader in op de concrete invulling van de publieke taak behartiging door de NV Nederlandse Spoorwegen. Maar allereerst moet het volgende over het vennootschapsbelang worden opgemerkt.

Het belang zoals dat in 1937 in de statuten van de NV Nederlandse Spoorwegen werd neergelegd, verwoordde slechts een zakelijke doelstelling. De statuten

¹⁶⁴ Zie art. 33, in het bijzonder lid 7, van de statuten.

¹⁶⁵ Zie de Kabinetsnota Mobiliteit van 25 september 2004, te raadplegen via <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/notas/2004/09/25/nota-mobiliteit.html>.

¹⁶⁶ Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 39. Genoemd wordt ook de Kabinetsnota Mobiliteit van 25 september 2004, die hier niet afzonderlijk wordt besproken omdat deze als beleidsvoornemen, niet dezelfde relevantie heeft voor de verhouding tussen de staat en de overheidsonderneming NV Nederlandse Spoorwegen.

spraken over het aanleggen en exploiteren van spoor- en tramwegen.¹⁶⁷ In een overleg van 1969 werd door de regering met nadruk gewezen op het feit dat de NV Nederlandse Spoorwegen diende te streven naar de maximalisatie van de opbrengsten.¹⁶⁸ Een eventueel te dienen algemeen belang werd niet in de statuten genoemd. Behartiging van het algemeen belang werd in belangrijke mate gewaarborgd via voorwaarden gekoppeld aan de verleende concessie.¹⁶⁹ Hoewel de overheid in de jaren zeventig door de subsidies paradoxaal steeds meer invloed op de vennootschap – en haar doelstelling – had gekregen, was onder invloed van de liberalisering in de jaren tachtig en negentig een duidelijke verandering waarneembaar en profileerde de Nederlandse spoorwegen zich als commerciële, eventueel zelfs aan de beurs genoteerde, onderneming.¹⁷⁰ Doordat de NV Nederlandse Spoorwegen zich zo nadrukkelijk als zakelijke onderneming profileerde, liep welhaast vanzelfsprekend het onderscheid tussen het vennootschapsbelang en het algemeen belang verder uiteen.

Illustratief voor het van het algemeen belang afwijkende vennootschapsbelang van de NV Nederlandse Spoorwegen, is de inmenging in het – in de ogen van de NV Nederlandse Spoorwegen concurrerende – streekvervoer, waardoor veel zogenaamde interlokale tram- en busdiensten verdwenen.¹⁷¹

167 Zie R.W.J. Jansen, *Prestatie-onderzoek naar Nederlandse overheidsbedrijven. Case-studies naar de Staatsmijnen, de NV Nederlandse Spoorwegen en de Nederlandse Centrale organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek* (diss. Maastricht 1993), p. 121. Statuten NV Nederlandse Spoorwegen Bijvoegsel tot de Nederlandse Staatscourant, 30 augustus 1937, nr. 166.

168 Zie R.W.J. Jansen, *Prestatie-onderzoek naar Nederlandse overheidsbedrijven. Case-studies naar de Staatsmijnen, de NV Nederlandse Spoorwegen en de Nederlandse Centrale organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek* (diss. Maastricht 1993), p. 121, die verwijst naar de Wet ter gezondmaking van de financiële positie van de NS, 8 oktober 1969, p. 4.

169 Interessant in dit kader is de door Jansen beschreven casus van de Nederlandse wagonbouwer Werkspoor- Utrecht. In een protectionistische context waar verschillende lidstaten van de Europese Gemeenschap orders voor spoorwegmaterieel ten gunste deden van de nationale wagonindustrie, wilde ook het ministerie van Economische zaken dat de Nederlandse Spoorwegen hun materieel betrokken bij de Nederlandse wagonbouwer. De directie van de Nederlandse Spoorwegen had echter offertes in het buitenland aangevraagd en hoopte aldaar tegen gunstiger voorwaarden materieel te kunnen aanschaffen. 'Het aankoopbeleid moest volgens de directie van de NV Nederlandse Spoorwegen gericht zijn op het bedrijfsbelang. Dit betekende de aanbesteding bij ondernemingen met de laagste prijzen, gegeven de kwaliteit van het materieel.' Zie R.W.J. Jansen, *Prestatie-onderzoek naar Nederlandse overheidsbedrijven. Case-studies naar de Staatsmijnen, de NV Nederlandse Spoorwegen en de Nederlandse Centrale organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek* (diss. Maastricht 1993), p. 140.

170 Brouwer constateert een verandering van de jaarverslagen: 'Voorheen kregen vervoerskundige en financiële aspecten min of meer evenveel aandacht; na 1992 staan financiële resultaten centraal.' Zie P. Brouwer/ G. van Kesteren, *Berigt aan de heeren reizigers. 400 jaar openbaar vervoer in Nederland*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p. 700.

171 In 1927 richtte de NS de dochteronderneming NV Algemeene Transport Onderneming op. Deze holding kocht particuliere busbedrijven op om aldus de concurrentie van de bus te verkleinen. Vanaf de jaren zeventig tot aan het jaar 1983, toen het busvervoer is overgedragen aan de VSN, had de NV Nederlandse Spoorwegen een groot deel van het openbaar vervoer per bus in handen.

In de huidige statuten wordt in de doelstelling gesproken over *het uitoefenen van het vervoersbedrijf in de breedste zin*.¹⁷² De zeer brede invulling van de doelstelling blijkt uit de grote verscheidenheid aan dochterondernemingen, die – als 100%-dochter – onder de NV Nederlandse Spoorwegen holding functioneren.¹⁷³ Ook in het huidige wettelijk systeem speelt de concessie zoals besproken in paragraaf 3.2 van dit hoofdstuk een belangrijke rol, maar een *expliciete* verwijzing naar het algemeen belang ontbreekt.¹⁷⁴

Hoewel het algemeen belang in beginsel langs andere wegen dan het vennootschapsrecht wordt behartigd, is in de huidige statuten van de NV Nederlandse Spoorwegen het zakelijk karakter van de doelstelling – het uitoefenen van het vervoersbedrijf in de ruimste zin – desalniettemin enigszins genuanceerd. Als aanvulling op de in artikel 3 van de statuten geformuleerde doelstelling lezen we:

‘De vennootschap zal bij het verwezenlijken van haar doel de belangen, die verband houden met het functioneren van de vennootschap in de samenleving, op evenwichtige wijze in aanmerking nemen.’¹⁷⁵

Dat het algemeen belang de laatste jaren een sterkere positie binnen het vennootschappelijk kader begint te krijgen ten opzichte van het vennootschapsbelang – in het bijzonder het belang van de aandeelhouders – blijkt mijns inziens ook uit de in de statuten getroffen regeling voor het geval sprake is van een overeenkomst met de Staat: de in andere gevallen noodzakelijke toestemming van de aandeelhouders kan in dat geval achterwege blijven.¹⁷⁶

Ook kritische vragen vanuit de Tweede Kamer met betrekking tot de noodzaak van de buitenlandse activiteiten van de NV Nederlandse Spoorwegen,¹⁷⁷

172 Zie art. 3 van de statuten NV Nederlandse Spoorwegen.

173 Naast NS Reizigers BV, zijn er onder meer NS Poort (verantwoordelijk voor de exploitatie van de stations), NedTrain (het onderhouds- en revisiebedrijf voor spoorwagematerieel), het spoorwegbouwbedrijf Strukton Groep NV, NS Financial Services (een Ierse lease-maatschappij opgericht voor het vermogensbeheer van het zogenaamde rollend materieel van de NV Nederlandse Spoorwegen), NS Opleidingen, Passenger Terminal Amsterdam, NS Fiets (stallingen en kluizen voor fietsen bij stations), OV Fiets, Servex (exploitant horeca op stations). Het goederenvervoer is door de NV Nederlandse Spoorwegen afgestoten. Het betrof NS Strukton, zie *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 10.

174 Zie art. 32 concessiewet waar zaken als punctualiteit worden genoemd als verplichtingen voor de concessiehouder.

175 Zie art. 3 van de statuten van de NV Nederlandse Spoorwegen.

176 Zie art. 19 lid 2 sub B van de statuten van de NV Nederlandse Spoorwegen.

177 Zo werkt de NV Nederlandse Spoorwegen samen met de Poolse staatsspoorwegen onder de naam Nedkoleje en werkt zij onder de naam NedRailways samen in een samenwerkingverband als uitvoerder van verschillende spoorconcessies in Engeland.

lijken de pendule – ondanks een sterk rendementsgerichte minister – meer in de richting van het algemeen belang te bewegen.¹⁷⁸

*De positie van NV Nederlandse Spoorwegen ten opzichte van de overheid
Rechtspersoonlijkheid*

Voor de NV Nederlandse Spoorwegen is haar rechtspersoonlijkheid steeds van groot belang geweest in de verhouding ten opzichte van de overheid. Bij de oprichting van de naamloze vennootschap in 1937 werd het belang van rechtspersoonlijkheid nog sterk gerelativeerd:

‘De nieuwe N.V. zal in het wezen der zaak niet anders zijn dan een tak van Rijks-beheer, die om historische, commercieele en andere redenen gekleed blijft in den vorm eener N.V.’¹⁷⁹

De rechtspersoonlijkheid beperkte echter het preventieve toezicht van het parlement, waardoor ook het beleid van de vennootschap deels werd onttrokken aan dit toezicht.¹⁸⁰ De gebrekkige informatievoorziening versterkte de zelfstandige positie van de onderneming verder.¹⁸¹ Door de relatief grote zelfstandigheid was ook de verhouding tussen de vennootschap en de minister van – destijds nog – Verkeer en Waterstaat niet eenduidig.¹⁸² Illustratief in deze is het door Van der Zwan uitgebreid omschreven conflict met de door de minister van Verkeer en Waterstaat aangewezen directeur, de heer Gou-

178 De minister van Financiën stelt: ‘Ten aanzien van de specifieke opmerkingen vanuit uw Kamer over investeringen in het buitenland, (...) acht ik deze in beginsel aanvaardbaar, zolang deze investeringen positief bijdragen aan het rendement van NS. Zoals ik in mijn eerdere brief van 9 december reeds opmerkte, moet NS er daarbij voor zorgen dat haar investerings- en acquisitiebeleid niet ten koste zal gaan van de uitvoering van de vervoersconcessie. Gezien het grote belang van de vervoersconcessie voor NS acht ik dit ook vanuit het aandeelhouderschap wenselijk.’ Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165 en 29 984, nr. 27, p. 2 (Brief).

179 Zie Bijlagen Handelingen, *Kamerstukken II* 1936/37, nr. 80.2 (MvA).

180 Zie R.W.J. Jansen, *Prestatie-onderzoek naar Nederlandse overheidsbedrijven. Case-studies naar de Staatsmijnen, de NV Nederlandse Spoorwegen en de Nederlandse Centrale organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek* (diss. Maastricht 1993), p. 108. Zie *Kamerstukken I* 1947/48, 600/ J 637/172.

181 Van Ooststroom stelt: ‘De overheid dient toezicht te houden op de effectiviteit en op de efficiëntie van de aanwending van subsidies uit algemene middelen. Daarvoor is informatie nodig (...). In Nederland is de beschikbaarheid over deze informatie altijd asymmetrisch geweest: NS heeft de overheid slechts mondjesmaat inzage gegeven in marktpositie en productie (...).’ Zie H.P.C. van Ooststroom, *Marktwerking en regulering bij spoorwegen. Theorie, empirie en beleid* (diss. VU 1999), Amsterdam 1999, p. 6.

182 Van der Zwan schrijft over deze verhouding naar aanleiding van een door de minister niet af te dwingen bestuursbenoeming: ‘bleef Minister Tromp nu werkelijk niet anders over dan zich (...) te schikken in wat (...) de Secretaris-generaal van Waterstaat, hem dringend aanbeval, namelijk zich door NS de wet te laten voorschrijven?’ Zie A. van der Zwan, *Koopman in dienst van de gemeenschap. Goudriaan in botsing met NS*, Schiedam: Uitgeverij Scriptum 1991, p. 4.

driaan. Dit conflict is volgens Van der Zwan terug te voeren op het verschil in inzicht over de wijze waarop de onderneming moest worden geleid.¹⁸³

Naamloze vennootschap

De NV Nederlandse Spoorwegen is nooit een staatsbedrijf in de zin van de bedrijvenwet 1928 geweest zoals bijvoorbeeld het huidige DSM NV dat wel is geweest. In 1969 is er door een staatssecretaris naar aanleiding van een verordening van de Raad van de Europese Gemeenschap¹⁸⁴ nog wel gepocht om de naamloze vennootschap om te zetten in een staatsbedrijf, maar voor de Nederlandse Spoorwegen bleef de vorm van naamloze vennootschap desondanks behouden.¹⁸⁵ Om de zelfstandige positie van de vennootschap te benadrukken, is vanaf 1995 gekozen voor een systeem waarbij – zoals in het evaluatieverslag van 2004 met betrekking tot de NV Nederlandse Spoorwegen is te lezen – de verhouding tussen Staat en de Nederlandse Spoorwegen opnieuw geënt is op normale vennootschapsverhoudingen.¹⁸⁶ Concrete vervoersprestaties werden vastgelegd in overeenkomsten tussen de NV Nederlandse Spoorwegen en de Staat.¹⁸⁷ Over dergelijke contracten stelt Van Ooststroom:

‘Hierbij is gebleken dat in de verhouding tussen rijksoverheid en NS adequate instrumenten ontbreken die een goede allocatie van financiële middelen waarborgen.’¹⁸⁸

183 Het beleid van Goudriaan bracht hem in conflict met de gevestigde belangen binnen de vennootschap. Zo waren de arbeidsvoorwaarden beter dan bij het particuliere bedrijfsleven. Zie R.W.J. Jansen, *Prestatie-onderzoek naar Nederlandse overheidsbedrijven. Case-studies naar de Staatsmijnen, de NV Nederlandse Spoorwegen en de Nederlandse Centrale organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek* (diss. Maastricht 1993), p. 149.

184 Zie Verordening EEG nr. 1191/69 van de Raad van 26 juni 1969 betreffende het optreden van de lid-staten ten aanzien van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen, nr. L 156/1. Op grond van deze verordening zouden de Nederlandse Spoorwegen bovenmatig gecompenseerd worden voor de kosten van de openbare dienstenverplichtingen.

185 Zie het verslag van de bespreking van 8 juli 1969 betreffende de verliessituatie NS, waar Jansen in noot 448 naar verwijst: Zie R.W.J. Jansen, *Prestatie-onderzoek naar Nederlandse overheidsbedrijven. Case-studies naar de Staatsmijnen, de NV Nederlandse Spoorwegen en de Nederlandse Centrale organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek* (diss. Maastricht 1993), p. 129.

186 Zie het Evaluatieverslag 2004 NV Nederlandse Spoorwegen, als bijlage van *Kamerstukken II* 2004/05, 28 165, nr. 17 opgenomen.

187 Zie *Kamerstukken II* 1994/95, 18 986, nr. 12; alwaar een samenvatting wordt gegeven van de gemaakte afspraken tussen de minister en de NV Nederlandse Spoorwegen, waarmee de Tweede Kamer december 1995 instemt, zie *Handelingen II* 1995/96, 18 896, nr. 33.

188 Zie H.P.C. van Ooststroom, *Marktwerking en regulering bij spoorwegen. Theorie, empirie en beleid* (diss. VU 1999), Amsterdam 1999, p. 2.

En ook in het evaluatieverslag van 2004 met betrekking tot de NV Nederlandse Spoorwegen werd kritisch over het functioneren van deze overeenkomsten geoordeeld.¹⁸⁹ Desondanks bleef de toenmalig minister van Financiën terughoudend om zijn positie van grootaandeelhouder aan te wenden ter behartiging van het publiek belang. Onder verwijzing naar het in 2004 vastgelegde algemene deelnemingenbeleid stelde hij dat hij:

‘...vanuit de aandeelhoudersfunctie conform het vigerende deelnemingenbeleid vooral zal letten op prestatie- en rendementsverbetering van de onderneming.’¹⁹⁰

De uitvoering van publieke belangen rond het spoorvervoer worden volgens de minister afdoende geborgd door de door het ministerie – van inmiddels Infrastructuur en Milieu – uitgegeven vervoersconcessie, ieder jaar nader gespecificeerd in een vervoersplan.¹⁹¹ Dit bevat zowel een uitwerking van de zorgplichten die voortvloeien uit het houden van de concessie als de afgesproken prestaties. Bepaalde onderdelen van de concessie zoals uitgewerkt in het vervoersplan vereisen de instemming van de concessieverlener. Er bestaat nog geen wettelijke grondslag voor de aansturing door de overheid van de NV Nederlandse Spoorwegen via vervoersplannen in de Wet personenvervoer 2000, maar er is wel een voorstel hiertoe.¹⁹²

De regering hechtte in de context van concurrentievergroting veel waarde aan de autonome positie van de NV Nederlandse Spoorwegen, waardoor de naamloze vennootschapsvorm als rechtsvorm voor de Nederlandse Spoorwegen als onverminderd opportuun wordt gezien.¹⁹³ Met betrekking tot de positie van de overheid als aandeelhouder van de NV Nederlandse Spoorwegen stelt de minister van Financiën:

‘Binnen het systeem van vennootschappelijke verhoudingen is de directie van NS, onder toezicht van de raad van commissarissen, primair verantwoordelijk voor het formuleren en uitvoeren van een strategische visie ten aanzien van de onderneming.’¹⁹⁴

189 Zie Evaluatieverslag 2004 NV Nederlandse Spoorwegen, als bijlage van *Kamerstukken II* 2004/05, 28 165, nr. 17 opgenomen. Op p. 3 lezen we: ‘Vastgesteld kan worden dat die, achteraf gezien, niet steeds de kwaliteit hebben kunnen waarborgen die Staat, NS en klanten voor ogen hadden.’

190 Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165 en 29 984, nr. 27, p. 1 (Brief).

191 Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165 en 29 984, nr. 27, p. 1 (Brief).

192 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 666, nr. 3 (MvT Wijziging Spoorwegwet en de Wet personenvervoer 2000 in verband met de uitvoering van het kabinetsstandpunt <<Spoor in beweging>>), p. 16-17.

193 Zie Evaluatieverslag 2004 NV Nederlandse Spoorwegen, als bijlage van *Kamerstukken II* 2004/05, 28 165, nr. 17 opgenomen.

194 Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165 en 29 984, nr. 27, p. 1-2 (Brief).

De rol van de overheid verder relativerend stelt hij in 2005 nog dat slechts zeer grote investeringen die het karakter van de onderneming kunnen wijzigen vooraf expliciete goedkeuring van de aandeelhouder behoeven.¹⁹⁵

Ondanks de in beginsel grote zelfstandigheid van de NV Nederlandse Spoorwegen, heeft de overheid door haar aandeelhouderschap steeds een sterke invloed op de onderneming gehad.¹⁹⁶ Zo werd in 2001 het aandeelhouderschap aangewend om het ontslag van bestuurders en commissarissen te bewerkstelligen.¹⁹⁷ Daarbij is onder het huidige deelnemingenbeleid de tendens waar te nemen dat de rendementseis van de aandeelhouder ondergeschikt wordt gesteld aan het publiek belang. En hier wil de overheid zo nodig bij kunnen sturen in het beleid van de overheidsonderneming waarop volgens de Tweede Kamer niet vertrouwd kan worden om hierover autonoom te beslissen. Zo zei Kamerlid Eurlings (CDA) over deze kwestie:

‘De speculaties over de beursgang leidden tot verkeerde investeringsbeslissingen. Men moest meer rendement halen en er was minder aandacht voor de kwaliteit van de dienstverlening. Gelukkig is die weg na de motie van de heer De Hoop Scheffer uit 1998 verlaten.’¹⁹⁸

Hetzelfde geldt voor de autonomie van overheidsonderneming ProRail BV, waarover hieronder meer. Voor beide overheidsondernemingen geldt dat het te behartigen publieke belang voorrang heeft boven de rendementsdoelstelling.

Opdat de overheid de publieke taak behartiging door de NV Nederlandse Spoorwegen beter kan aansturen en de overheidsonderneming sneller kan worden aangesproken op onvoldoende inspanning, wordt de publieketaak-behartiging voor de NS ingevuld door het genoemde vervoersplan dat een uitwerking van de zorgplichten van de NV Nederlandse Spoorwegen bevat. De NV Nederlandse Spoorwegen heeft via de onderhands verleende concessie

195 Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165 en 29 984, nr. 27, p. 1-2 (Brief).

196 Zo werden, en worden nog steeds, de commissarissen benoemd door de overheid als 100-procents aandeelhouder. De huidige regeling is neergelegd in de statuten van de NV Nederlandse Spoorwegen. Zie met betrekking tot het recht commissarissen te benoemen in het verleden R.W.J. Jansen, *Prestatie-onderzoek naar Nederlandse overheidsbedrijven. Case-studies naar de Staatsmijnen, de NV Nederlandse Spoorwegen en de Nederlandse Centrale organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek* (diss. Maastricht 1993), p. 148, onder verwijzing naar het destijds geldende huishoudelijk reglement van de raad van commissarissen.

197 Interessant is dat in het evaluatieverslag 2004, uitgebracht onder het ‘oude’ tot 2007 formeel geldende deelnemingenbeleid, de mogelijkheden van de aandeelhouders nadrukkelijk worden gerelativeerd: ‘Het opzeggen van het vertrouwen kwam niet direct voort uit bestaande (...) welomschreven aandeelhoudersrechten...’. Hoewel niet ontkend kon worden dat ‘...materieel het aandeelhouderschap [werd] gebruikt in het kader van het publieke belang.’

198 Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 18 986, nr. 86, p. 2 (verslag algemeen overleg).

diverse zorgplichten, met betrekking tot de bereikbaarheid, betrouwbaarheid, kwaliteit, betaalbaarheid en (sociale) veiligheid.¹⁹⁹

3.4 ProRail BV versus NV Nederlandse Spoorwegen

Naast de NV Nederlandse Spoorwegen, welke onderneming verantwoordelijk is voor de exploitatie van het personenvervoer op het hoofdspoornet, is de overheidsonderneming ProRail BV verantwoordelijk voor het beheer en het onderhoud van het spoor.²⁰⁰ ProRail BV is voortgekomen uit de zogenaamde, aanvankelijk onder de NV Nederlandse Spoorwegen ressorterende ‘taakorganisaties’.²⁰¹ Vanaf 1995 zijn deze – in lijn met hierboven besproken Europese regelgeving – belast met het beheer van het Nederlandse spoor.²⁰² De eigendom van het spoorwegnet ligt op dat moment nog bij de NV Nederlandse Spoorwegen. Rond 1 juli 2002 was de juridische eigendom volledig overgedragen aan Railinfratrust BV (RIT) waarvan alle aandelen in handen van de Staat zijn. De inmiddels van de NV Nederlandse Spoorwegen afgescheiden²⁰³ taakorganisaties Railinfrabeheer BV, Railned BV en Railverkeersleiding BV werden dochterondernemingen van Railinfratrust BV.²⁰⁴ Sinds 1 januari 2003 zijn deze dochtermaatschappijen gefuseerd, waarbij Railinfrabeheer BV (RIB) de verkrij-

199 Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 39.

200 De aandelen van ProRail BV zijn in handen van de holding Railinfratrust BV (RIT), waarvan de Staat alle aandelen houdt. Railinfratrust BV gebruikt als handelsnaam Prorail. Zie A.J. Veenendaal, *Spoorwegen in Nederland van 1834 tot nu* (2004), Amsterdam: Boom 2004, p. 541 e.v. over de achtergrond van het ontstaan van deze structuur.

201 Zie I.S.J. Houben, *Contractdwang*, Kluwer; Deventer 2005, p. 60.

202 Het betrof Railinfrabeheer, verantwoordelijk voor onderhoud en aanleg, Railned verantwoordelijk voor de verdeling van de capaciteit en de spoorwegveiligheid en NS verkeersleiding.

203 Richtlijn 1991/440 heeft in veel Europese lidstaten geleid tot de oprichting van nieuwe afzonderlijke rechtspersonen. Zie bijvoorbeeld DB Netz AG in Duitsland, Réseau Ferré France in Frankrijk en Railtrack in Groot-Brittannië. In sommige landen, zoals België, bleef het beheer van de infrastructuur echter in handen van de nationale spoorwegen middels een organisatorische en boekhoudkundige scheiding. Zie D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, J.A. van der Kolk, R.L. Latten en R. Leijenaar, ‘Van Roodeschool naar Hoek van Holland: het spoorvervoer geliberaliseerd?’, *TVR* 2002/1, p. 4.

204 Zie de mededeling conform art. 29 lid 3 Comptabiliteitswet door de minister van Verkeer en Waterstaat, mede namens de minister van Financiën van het voornemen van de Staat om het volledige aandelenpakket in de taakorganisaties Railned BV, NS Railinfrabeheer BV, NS Verkeersleiding BV en NS Railinfratrust BV over te nemen van de NV Nederlandse Spoorwegen. Uiteindelijk met het doel dat Railinfratrust wordt gepositioneerd als houdstermaatschappij, waarbij RailNed, Verkeersleiding en Railinfrabeheer dochterondernemingen vormen. Railinfratrust zou aanvankelijk de naam Railinframangement BV krijgen (RIM BV), maar uiteindelijk is gekozen om de dochterondernemingen te fuseren tot het huidige Prorail BV. Zie *Kamerstukken I/II* 2000/01, 27 465, nr. 53 en 1. Als handelsnaam voert moedermaatschappij Railinfratrust BV ook de naam ProRail.

gende vennootschap was. De naam werd gewijzigd in ProRail BV.²⁰⁵ De economische eigendom van het spoorwegnet is in handen van ProRail BV.

Alle aandelen van ProRail BV zijn aldus (indirect) in handen van de staat.²⁰⁶ Aanvankelijk bestond het idee om van de spoorwegbeheerder een zelfstandig bestuursorgaan te maken.²⁰⁷ Maar op grond van de verslechtering van de prestaties op het gebied van het spoorvervoer besluit de minister van Verkeer en Waterstaat zich te bezinnen op de voorgenomen veranderingen in de spoorsector.²⁰⁸ Naar aanleiding hiervan wordt overwogen dat een ingrijpende structuurwijziging niet wenselijk is en dat tussen de spoorbeheerder en de exploitant een gelijkwaardige relatie zou moeten ontstaan.²⁰⁹ Er vindt regelmatig overleg plaats tussen beide overheidsondernemingen.

Zoals hierboven reeds genoemd geldt dat ProRail ten aanzien van investeringsbeslissingen actief wordt aangestuurd door de overheid. Zo gold reeds in 2008 dat 'Investeringsbeslissingen in de infrastructuur (...) door de overheid [worden] genomen op basis van ondermeer voorstellen van ProRail. Het gaat daarbij om onderhoud, uitbreiding en systeemspelingen (denk bijvoorbeeld aan een nieuwe generatie veiligheidssystemen). In 2001 bleek dat deze focus op herstructurering en vergroting van de efficiency ertoe geleid had dat er onvoldoende geïnvesteerd was in onderhoud van de infrastructuur en de spoorvoertuigen. Het ministerie van Verkeer en Waterstaat heeft in overleg met de sector een Herstelplan spoor (tot 2012) opgesteld om deze onderhoudsachterstand weg te werken.'²¹⁰

205 Op 1 juli 2002 zijn de aandelen van Railinfratrust BV (RIT) overgedragen aan de Staat. Daarmee is de NS niet langer eigenaar van de hoofdspoorweginfrastructuur. Hetzelfde geldt voor de eigendom van de taakorganisaties Railned, Railinfrabeheer en Verkeersleiding. Deze taakorganisaties werden dochterondernemingen van Railinfratrust BV, die vervolgens per 1 januari 2003 werden gefuseerd tot een nieuwe organisatie, met de naam ProRail, die de taken van Railned, Railinfrabeheer en Verkeersleiding over heeft genomen. ProRail is een BV, waarvan de aandelen via de holding Railinfratrust BV (RIT) in handen zijn van de Staat. Zie de brief van 9 december 2008 waar de minister van (destijds nog) Verkeer en Waterstaat in het kader van de beloning van het bestuur van ProRail en RIT – welke de zelfde samenstelling hebben – ingaat op deze structuur. Zie <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2008/12/09/20084154-variabele-beloning-bestuurders-rit-prorail.html>. Zie nader over de totstandkoming van ProRail BV de website www.prorail.nl.

206 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 28 156, nr. 1-2.

207 Zie de Memorie van Toelichting bij de Spoorwegwet, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 482, nr. 3, p. 2 (MvT).

208 Zie de op 7 september 2001 aan de voorzitter van de Vaste Commissie voor Verkeer en Waterstaat van de Tweede Kamer gestuurde – zogenaamde – herbeziningsbrief. Zie <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2001/09/07/herbezinning-spoor.html>.

209 Zie de Evaluatie NV Nederlandse Spoorwegen 2004, als bijlage van *Kamerstukken II* 2004/05, 28 165, nr. 17 opgenomen.

210 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 24 036, nr. 355, p. 9.

Aansturing door de overheid vindt voor Prorail BV vergelijkbaar met de regeling voor de NV Nederlandse Spoorwegen plaats via voorwaarden verbonden aan de concessieverlening en een semipubliek instrument. Zoals de NV Nederlandse Spoorwegen een vervoersplan opstelt ter invulling van haar publieketaakbehartiging, zo stelt ProRail BV een beheerplan op.²¹¹ Prorail stelt jaarlijks een beheerplan op als beheerder van de hoofdspoorweginfrastructuur. Dit bevat de uitwerking van de in de beheerconcessie neergelegde voorschriften, zoals zorgplichten en te bereiken prestaties. De Spoorwegwet bevat nog geen grondslag voor de verplichting dit beheerplan op te stellen. Maar een wetsvoorstel beoogt een dergelijk grondslag in de wet op te nemen.²¹²

3.5 Tussenconclusie

De *casestudy* van NV Nederlandse Spoorwegen illustreert de succesvolle inzet van verschillende instrumenten teneinde sturing door de overheid van overheidsondernemingen te bewerkstelligen. Hoewel het instrument van vergunningverlening op zichzelf als instrument voor overheidsinvloed niet afdoende is omdat een eventuele intrekking van deze vergunning niet (licht) wordt ingezet, kunnen aan de concessie verbonden zorgplichten geconcretiseerd worden door semipubliekrechtelijke instrumenten als vervoers- en beheersplannen waarvan delen ter goedkeuring moeten worden overlegd aan de overheid en die indien de wetsvoorstellen daartoe worden doorgezet een wettelijke grondslag zullen hebben. De uitwerking van de zorgplichten vullen behalve de publieke taakbehartiging, mijns inziens ook het vennootschapsbelang van de betrokken overheidsonderneming in, zodat het in hoofdstuk 4 besproken vennootschapsrechtelijke instrumentarium zoals het verbod van doeloverschrijding, effectiever ingezet kan worden.

211 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 666, nr. 3 (MvT Wijziging Spoorwegwet en de Wet personenvervoer 2000 in verband met de uitvoering van het kabinetsstandpunt <<Spoor in beweging>>), p. 2-4.

212 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 666, nr. 3 (MvT Wijziging Spoorwegwet en de Wet personenvervoer 2000 in verband met de uitvoering van het kabinetsstandpunt <<Spoor in beweging>>), p. 2.

4 TENNET HOLDING BV EN TENNET TSO BV

Het landelijk netbeheer van het hoogspanningsnet in Nederland is in handen van TenneT TSO BV.²¹³ Deze overheidsonderneming, een dochter van TenneT Holding BV, staat in deze paragraaf centraal.

Hoewel de minister van Financiën de eerstverantwoordelijke bewindspersoon is voor TenneT, behoort de regulering van TenneT als onderdeel van het energiebeleid tot de verantwoordelijkheid van het ministerie van Economische Zaken. De *case study* van TenneT Holding BV toont aan welke gevolgen het ontbreken van een bevoegdheidsverdeling tussen deze twee ministeries – die beide op verschillende wijzen betrokken zijn bij de overheidsonderneming TenneT – meebrengt. In paragraaf 4.1 wordt de sectorspecifieke regulering voor het landelijk beheer van het elektriciteitsnetwerk besproken. In paragraaf 4.2 wordt de vennootschapsrechtelijke organisatiestructuur van TenneT besproken. In paragraaf 4.3 wordt een voorlopige conclusie gegeven ten aanzien van de overwegingen die in het algemeen voor de vormgeving van de overheidsonderneming een rol zouden kunnen spelen.

4.1 Wettelijk kader landelijk netbeheer

Algemeen

De elektriciteitssector is van groot maatschappelijk belang omdat deze essentieel is voor het moderne dagelijkse leven en het functioneren van andere sectoren.²¹⁴ Er wordt discussie gevoerd over de vraag in hoeverre marktwerking door liberalisering en privatisering wenselijk is voor de energiesector.²¹⁵

213 TenneT TSO BV heeft deze taak op grond van art. 10 e.v. Elektriciteitswet 1998. Hierna zal ik steeds wanneer ik op het gehele concern doel, spreken over TenneT. Slechts wanneer ik specifiek over de holding of de dochter spreek, zal ik deze aanduiden met respectievelijk TenneT Holding BV en TenneT TSO BV. Meer over de organisatiestructuur en de verdeling van activiteiten tussen de verschillende vennootschappen volgt in paragraaf 4.2.

214 Over het belang van infrastructuur voor de maatschappij en derhalve als publiek belang en de bijbehorende verantwoordelijkheid van de overheid zie K. van der Bruggen, 'Critical infrastructures and responsibility: A conceptual exploration', *Safety Science* 2008/46, p. 1137-1148.

215 Zo is de luchthaven Schiphol die zelf een publiek belang vertegenwoordigt, op haar beurt vanwege de benodigde elektriciteit weer sterk afhankelijk van energiebedrijven en netbeheerders. Schiphol was één van de grootste klanten van de eerste energieleverancier in Nederland die ooit failliet ging, EnergyXS. Het was de eerste keer sinds het (gedeeltelijk) vrijmaken van de energiemarkt dat een leverancier failliet is gegaan. Deze ongelukkige casus geeft aan wat marktwerking met een onderneming kan doen: de mogelijkheden voor een snelle groei gaan hand in hand met risico's op een snelle teloorgang. Zie over de oorzaken van het faillissement en de afwikkeling nader het interview met de curatoren en de accountant in het faillissement van EnergyXS door J. Diamant en F.J.L. Kaptein, 'De stroom loopt gewoon door', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2012/11.

Hoewel de gehele energiesector van publiek belang is, verschilt de benadering van de overheid voor wat betreft de mate van liberalisering en privatisering voor het netbeheer en voor de elektriciteitsproductie- en leveringsbedrijven.²¹⁶ Er wordt nu middels regelgeving een splitsing geëist tussen de activiteiten ten behoeve van enerzijds het landelijk netbeheer (fysieke levering) en anderzijds de activiteiten ten behoeve van productie en levering van elektriciteit (contractuele levering): 'Productie, handel en verkoop van energie zijn commerciële activiteiten geworden, terwijl het beheer van de netten meer in dienst van de marktwerking is komen staan.'²¹⁷ Voor het onderzoek naar de juridische inrichting van TenneT TSO BV ligt de nadruk op de laatstgenoemde activiteiten die plaatsvinden in het kader van de wettelijk gereguleerde taak van TenneT TSO BV als beheerder van het landelijk hoogspanningsnetwerk.

Liberalisering van de Nederlandse energiesector door Europese en Nederlandse regelgeving

TenneT opereert binnen een juridisch kader geschapen door zowel Europees-rechtelijke als nationaalrechtelijke regelgeving.²¹⁸ Dit kader wordt hieronder besproken met enkele opmerkingen over de historie van de energiesector in Nederland.

Tot de jaren tachtig van de vorige eeuw was de Nederlandse energievoorziening voornamelijk in handen van gemeentelijke energiebedrijven (GEB's).²¹⁹ Door fusies ontstonden er in de loop van de tijd provinciale en regionale energiebedrijven, die vervolgens ook weer zijn gefuseerd. In 1949 verenigden de regionale energiebedrijven zich voor productie en netbeheer in de Samenwerkende elektriciteits-productiebedrijven, afgekort Sep. De Sep is voor wat betreft het netbeheer te beschouwen als de voorloper van TenneT. Deze elektriciteitsproductiebedrijven hadden een geïntegreerde structuur waarbij zowel het netbeheer als de productie en de levering van energie door deze geïntegreerde bedrijven geschiedde. Het op liberalisering gerichte energiebeleid heeft tot wijzigingen geleid in deze traditionele structuur. Het werd wenselijk geacht een splitsing te bewerkstelligen tussen het netbeheer en de levering van energie waardoor een vrije markt voor energieleveranciers zou moeten ontstaan. De splitsing tussen het noodzakelijk monopolie op het landelijk netbeheer en contractuele leveringen die niet gemonopoliseerd hoeven te zijn, zou welvaart-

216 Ik doel hier op de elektriciteits- en gassector, maar ik zal hoofdzakelijk de regulering van de elektriciteitssector bespreken, voor zover relevant voor de overheidsonderneming TenneT TSO BV.

217 Zie het verslag van Nederlandse brancheorganisaties in de energiesector 'Energie in Nederland 2011', p. 4, te raadplegen via <http://www.energie-nederland.nl/wp-content/uploads/2011/08/Energie-in-Nederland-2011.pdf>.

218 Zie nader H.P.A. Knops, *A Functional Legal Design for Reliable Electricity Supply* (diss. Delft), Antwerpen: Intersentia 2008.

219 Zie voor een overzicht van de historie van TenneT de website www.tennet.org, onder het kopje 'historie'.

bevorderend moeten zijn. Dit is echter niet onbetwist.²²⁰ Daarbij blijven mijns inziens argumenten met betrekking tot het strategische belang van de energiesector voor Nederland te zeer op de achtergrond.²²¹

Deze liberalisering vond mede als gevolg van Europese regelgeving plaats. Drie pakketten van energiemaatregelen zijn ingevoerd om een interne energiemarkt te bevorderen.²²² Het laatste pakket is vanaf maart 2011 van toepassing. Een van de speerpunten van dit pakket is de reeds genoemde splitsing tussen netbeheeractiviteiten en leveringsactiviteiten.²²³ De Elektriciteitswet 1998²²⁴ is mede op basis van deze Europese regelgeving gevormd.²²⁵ De wijzigingswet naar aanleiding van het derde energiepakket is in werking getreden op

220 Voor argumenten tegen splitsing zie B. Baarsma, M. de Nooij, W. Koster en C. van der Weijden, 'Divide and rule. The economic and legal implications of the proposed ownership unbundling of distribution and supply companies in the Dutch electricity sector', *Energy Policy* 2007/35, p. 1785-1794 en M. de Nooij en B. Baarsma, 'Divorce comes at a price: An ex ante welfare analysis of ownership Unbundling of the distribution and commercial companies in the Dutch energy sector', *Energy Policy* 2009/ 37, p. 5449-5458.

221 Zie voor een overzicht met betrekking tot de gevolgen voor gemeenten en provincies van de splitsing van energiebedrijven nader M.M. Roggenkamp, 'Splitsing energiebedrijven en de gevolgen voor gemeenten en provincies', *Gst.* 2006, nr. 100.

222 Het eerste energiepakket gevormd door Richtlijn 96/62/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, *PbEG* 1996, L 027/20, was het begin van de liberalisatie van de energiemarkt op 19 december 1996. Het tweede energiepakket werd ingevoerd in 2003 en bestond uit Richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG, *PbEG* 2003, L 016/75. Het derde energiepakket bestaat uit Richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en Richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas.

223 Zie A. de Hauteclocque en V. Rioux, 'Reconsidering the European regulation of merchant transmission investment in light of the third energy package: The role of dominant generators', *Energy Policy* 2011/39, p. 7068-7077.

224 Wet van 2 juli 1998, houdende regels met betrekking tot de productie, het transport en levering van elektriciteit, *Stb.* 1998, 427.

225 De bovengenoemde richtlijnen van de eerste twee energiepakketten zijn ingetrokken. Thans gelden de volgende Europese maatregelen voor de energiesector: Verordening (EG) Nr. 714/2009 (13 juli 2009) betreffende de voorwaarden voor toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1228/2003 (*Pb EU* 2009, L 211), Verordening (EG) Nr. 713/2009 van 13 juli 2009 tot oprichting van een agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators (ACER-Verordening) (*Pb EU* 2009, L 211) en Richtlijn nr. 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG (*Pb EU* 2009, L 211). Zie nader de website van de Europese Commissie http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/legislation/legislation_en.htm en.

20 juli 2012.²²⁶ De Elektriciteitswet 1998 en de Wet onafhankelijk net-beheer²²⁷ vormen het voor TenneT TSO BV relevante juridische kader.

Concurrerende publieke belangen

Voor de taak van TenneT TSO BV zijn verschillende publieke belangen bepalend. In het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen²²⁸ wordt met betrekking tot de taak van TenneT het volgende gesteld:

‘Het publieke belang van TenneT is gelegen in de borging van de zekerheid van de elektriciteitsvoorziening. TenneT is aangewezen als beheerder van het landelijk transportnet en heeft daardoor een belangrijke rol in het bewaken van de continuïteit en leveringszekerheid van de Nederlandse elektriciteitsvoorziening. Daartoe bouwt en beheert TenneT infrastructuur van het landelijk transportnet vanaf 110 kV, alsmede de landsgrensoverschrijdende verbindingen. Specifieke publieke belangen die zijn gemoeid met TenneT als beheerder van het landelijk transportnet zijn:

- continuïteit, betrouwbaarheid en kwaliteit van het elektriciteitsnet (leveringszekerheid);
- eerlijke mededinging: non-discriminatoire toegang tot het elektriciteitsnet;
- onafhankelijk en transparant: TenneT is onafhankelijk van productie, handel en levering van elektriciteit;
- bijdrage aan de versterking en de doelmatigheid van de elektriciteitsmarkt in Nederland en Europa.’

Met betrekking tot de borging van het publieke belang wordt gesteld dat dit wordt geborgd door zowel de Elektriciteitswet 1998, als door publiek aandeelhouderschap.²²⁹

Volgens de Memorie van Toelichting bij een wijziging van de Elektriciteitswet 1998 ‘[kan] de goede marktwerking (...) alleen ontstaan als sprake is van een heldere regulering van tarieven en voorwaarden voor nettoegang zonder dat bepaalde marktpartijen worden benadeeld of misbruik wordt gemaakt van economische machtsposities. Ook de tarieven voor beschermde afnemers, die nog niet de vrijheid hebben om zelf een leverancier te kiezen, moeten worden vastgesteld om hen te beschermen tegen te hoge prijzen, die leveranciers zouden kunnen vaststellen als zij als monopolist optreden. Het doel van de regulering is voorts om de doelmatigheid bij de netbeheerders en vergunning-

226 Zie Wet van 12-7-2012, *Stb.* 2012, 334, *Kamerstukken* 32 814) en Inwerkingtredingsbesluit van 12-7-2012, *Stb.* 2012, 336.

227 Zie *Stb.* 2006, 614.

228 Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 47.

229 Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 47.

houders zodanig te bevorderen dat uiteindelijk alle bedrijven naar een vergelijkbaar, zo laag mogelijk tarievenniveau toegroeien.²³⁰

TenneT moet hoofdzakelijk voorzien in continuïteit van de energievoorziening en bijdragen aan het concurrentievermogen van het Europese bedrijfsleven.²³¹ Er is in de netwerksector sprake van een spanningsveld tussen in het bijzonder deze twee concurrerende publieke belangen, namelijk het belang van vrije marktwerking enerzijds en het belang van de zogenaamde voorzieningszekerheid anderzijds. De noodzaak voor sectorspecifieke regulering van het netbeheer komt in de eerste plaats voort uit de wens marktfalen – door het natuurlijke monopolie op het landelijk netbeheer waardoor geen vrije marktwerking plaatsvindt – tegen te gaan.

Er is sprake van een natuurlijk monopolie in de elektriciteitssector voor *wat betreft de infrastructuur*.²³² Voor het netbeheer bestaat een natuurlijk monopolie doordat de levering van elektriciteit noodzakelijkerwijs moet geschieden via een infrastructuur die vanuit economisch oogpunt geen concurrerende netwerken kent.²³³ Vanwege het natuurlijk monopolie, zouden prijsdrukkende effecten en andere voordelen van concurrentie, zonder nadere regulering ontbreken voor wat betreft de dienstlevering via het netwerk. Om de heilzame effecten van mededinging te bewerkstelligen is concurrentie gewenst, maar deze kan niet worden bereikt via de generieke instrumenten van het mededingingsrecht. Vanwege de ontbrekende disciplinerende werking van de vrije markt, wordt sectorspecifieke regulering als de aangewezen weg gezien om een goede marktwerking te bevorderen.²³⁴

Het mededingingstoezicht is op grond van de artikelen 5 tot en met 7a Elektriciteitswet 1998 in handen van de Autoriteit Consument en Markt. De overheid mag geen instructies geven ten aanzien van een individuele zaak.²³⁵ Toch

230 Zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26 303, nr. 3, p. 2 (MvT).

231 Zie overweging 4 Energierichtlijn Richtlijn 96/62/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, *PbEG* 1996, L 027/20.

232 Zie R. Baldwin en M. Cave, *Understanding Regulation, Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, 1999, p. 443 voor de definitie van een natuurlijk monopolie. Voor wat betreft de levering van elektriciteit via het netwerk bestaat echter geen natuurlijk monopolie.

233 Elektriciteit moet worden geleverd via een infrastructuur. Er zijn hoge kosten verbonden aan het aanleggen van een dergelijke infrastructuur en het is voor de samenleving als geheel vanuit economisch oogpunt niet efficiënt meerdere infrastructuren aan te leggen.

234 Zie K. Wilkeshuis, *Publieke belangen en nutssectoren. Op weg naar een juridisch afwegingskader* (diss. VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 114-118.

235 Dit gold op basis van art. 6 Elektriciteitswet 1998 dat zich richtte tot de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie. Dit artikel is per 1 april 2013 vervallen met de instelling van de Autoriteit Consument en Markt. Op grond van art. 9 van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt geldt eenzelfde verbod, *Stb.* 2013, 102.

moet dit publiekrechtelijke toezicht worden gekoppeld aan de overheidssturing in TenneT TSO BV, opdat de specifieke overheidssturing de doelen van het mededingingstoezicht niet ondermijnt. Andersom lijkt het in de rede te liggen dat de mededingingsautoriteit rekening houdt met de sectorspecifieke sturing die via zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke instrumenten kan plaatsvinden.

Op grond van de hierboven genoemde Europese regelgeving heeft lange tijd de nadruk gelegen op liberalisering en toepassing van marktwerking in de energiemarkt. Ondanks het behalen van de beoogde effecten, zoals een toegenomen keuzevrijheid voor afnemers, een sterkere klantgerichtheid van leveranciers en een verhoogde efficiëntie in de sector, werkt de energiemarkt echter nog niet optimaal. Er heeft bovendien een verschuiving in prioriteiten plaatsgevonden in het energiebeleid. Zo wordt in de Memorie van Toelichting terecht geconstateerd dat

‘in de afgelopen jaren de maatschappelijke en politieke context van de energiesector [is] veranderd. Het accent in het beleidsdenken over de sector is geleidelijk aan verschoven in de richting van voorzieningszekerheid en duurzaamheid.’²³⁶

Zo behandelt het Energierapport 2008²³⁷ de vraag hoe zorg te dragen voor een betrouwbare, betaalbare en schone energievoorziening.²³⁸ De verschillende concurrerende publieke belangen bemoeilijken het stroomlijnen van het energiebeleid. Ik kom hierop terug in paragraaf 4.2.2.

Taken en activiteiten TenneT

De elektriciteitsmarkt is zoals besproken verdeeld in een enerzijds geliberaliseerde sector voor de productie, levering en transport van elektriciteit en anderzijds een niet-geliberaliseerde sector voor de netwerkdiensten van elektriciteit. De niet-geliberaliseerde taken worden uitgevoerd door dochterondernemingen van TenneT Holding BV.²³⁹ TenneT Holding BV voert via andere

²³⁶ Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 094, nr. 3, p. 1 (MvT).

²³⁷ Zie het Energierapport 2008 dat in juni 2008 aan de Tweede Kamer is aangeboden, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 510. Het Energierapport bouwt voort op en geeft invulling aan het Werkprogramma Schoon & Zuinig (*Kamerstukken II* 2007/08, 31 209, nr. 1) en de beleidsbrief Energievoorzieningszekerheid en buitenlands beleid (*Kamerstukken II* 2005/06, 29 023, nr. 26). De voorzieningszekerheid en duurzaamheid kennen niet alleen economische en ecologische aspecten, maar hebben bovendien geopolitiekstrategische dimensies. Deze aspecten vormen in belangrijke mate het uitgangspunt van het Energierapport 2008.

²³⁸ Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 094, nr. 3, p. 1 (MvT).

²³⁹ Naast het in dit onderzoek centraal staande TenneT TSO BV, bestaat er bijvoorbeeld de dochteronderneming CertiQ BV, dat zich richt op de uitgifte en registratie van duurzaam opgewekte elektriciteit. In Duitsland worden taken uitgevoerd door TenneT TSO GmbH en TenneT Offshore GmbH.

dochterondernemingen echter ook geliberaliseerde, taken uit.²⁴⁰ De Elektriciteitswet 1998 wijst TenneT aan als de onafhankelijke beheerder voor het landelijk transportnet voor het elektriciteitsverkeer in Nederland. Vanaf december 2003 heeft TenneT verschillende regionale netbeheerders overgenomen, om uiteindelijk het volledige beheer en eigendom van de 110 en 150 kV-netten over te nemen van de regionale netbedrijven.²⁴¹

TenneT heeft op basis van artikel 16 Elektriciteitswet 1998 de taak om de integriteit van de netten te handhaven en de leveringszekerheid te borgen. TenneT doet dit door een balans te bewerkstellingen tussen de vraag en het aanbod naar energie, middels een systeem dat programmaverantwoordelijkheid wordt genoemd.

Voor de contractuele leveringen van energie wordt concurrentie beoogd, maar het netbeheer voor het transport en de fysieke leveringen van elektriciteit waarvoor TenneT verantwoordelijk is, is zoals eerder genoemd een natuurlijk en wettelijk monopolie.²⁴² Met de Wet Onafhankelijk Netbeheer wordt de splitsing geëist tussen de activiteiten ten aanzien van het netbeheer die een natuurlijk monopolie vormen en de contractuele leveringsactiviteiten. Dit betekent het einde van 'de gangbare groepsstructuren waarbij een topholding de aandelen houdt van, en de leiding heeft over, het netwerkbedrijf, het productiebedrijf en het leveringsbedrijf niet langer zijn toegestaan'.²⁴³

De splitsing moet worden bewerkstelligd door het zogenaamde groepsverbod van artikel 10b Elektriciteitswet 1998 en het zogenaamde verbod op nevenactiviteiten bedoeld in artikel 17 Elektriciteitswet 1998. Op grond van het groepsverbod mag het beheer van het elektriciteitsnet en de productie, levering en handel van elektriciteit niet in één groep verbonden zijn. De netbeheerder mag op grond van het verbod op nevenactiviteiten geen activiteiten verrichten die ten koste gaan van het netbeheer. Momenteel ligt de vraag

240 Een voorbeeld van dergelijke dochterondernemingen zijn NOVEC BV en Relined BV, die zich bezighouden met de exploitatie van infrastructuren.

241 Als eerste werd het Transportnet Zuid-Holland (TZH) overgenomen die het 150 kV-net in Zuid-Holland beheerde en in eigendom had. Zie www.tennet.org.

242 Zie J. Diamant en F.J.L. Kaptein, 'De stroom loopt gewoon door', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2012/11.

243 Zie nader H.A. van der Weijden en J.M.T. Feld, 'Hoge Raad stelt prejudiciële vragen aan het HvJ EU inzake splitsen energiebedrijven', *Bb* 2012/13. Ondanks de voor- en nadelen van splitsing is Pollitt positief zie nader M.G. Pollitt, 'Ownership Unbundling of Energy Networks', *Intereconomics* 2007, p. 292-296. Voor pleidooien tegen splitsing zie B. Baarsma, M. de Nooij, W. Kosterb en C. van der Weijden, 'Divide and rule. The economic and legal implications of the proposed ownership unbundling of distribution and supply companies in the Dutch electricity sector', *Energy Policy* 2007/35, p. 1785-1794 en M. de Nooij en B. Baarsma, 'Divorce comes at a price: An ex ante welfare analysis of ownership Unbundling of the distribution and commercial companies in the Dutch energy sector', *Energy Policy* 2009/ 37, p. 5449-5458.

bij de Hoge Raad of de wetgeving met betrekking tot de splitsing al dan niet buiten toepassing moet worden gelaten vanwege strijd met de vrijverkeersregels.²⁴⁴

De overheidssturing in TenneT

De elektriciteitssector heeft een sectorspecifieke toezichthouder, te weten de Energiekamer.²⁴⁵ De overheid draagt politieke verantwoordelijkheid voor publieke taken. Ook wanneer deze op afstand zijn gezet. De overheid tracht via het publieke aandeelhouderschap in TenneT een beleidsbepalende invloed uit te oefenen. Het uitoefenen van invloed door de overheid kan middels het meerderheidsaandeelhouderschap zowel *ex ante* in de besluitvorming van de algemene vergadering van aandeelhouders als *ex post* door bijvoorbeeld de controle via de enquêteprocedure geschieden. In de volgende paragraaf ga ik verder in op het vennootschappelijk kader zoals dat bestaat voor TenneT, onder andere op basis van de statutaire bepalingen die mede bepalend zijn voor het publieke aandeelhouderschap. Het publieke aandeelhouderschap in TenneT wordt verder nader gespecificeerd in een convenant tussen de Staat en TenneT waarin een aantal afspraken is vastgelegd met betrekking tot de wijze waarop de Staat zich zal opstellen indien deze een voorstel wil doen voor statutenwijziging, fusie of splitsing of ontbinding en de informatieverstrekking door en het overleg met TenneT.²⁴⁶

Hieronder ga ik nader in op de bepalingen in de Elektriciteitswet 1998 die relevant zijn voor de overheidssturing.²⁴⁷

Elektriciteitswet 1998

Door de Elektriciteitswet 1998²⁴⁸ wordt niet alleen de onafhankelijkheid van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet ten opzichte van produ-

244 Zie nader H.A. van der Weijden en J.M.T. Feld, 'Hoge Raad stelt prejudiciële vragen aan het HvJ EU inzake splitsen energiebedrijven', *Bb* 2012/13.

245 Dit is de voormalige Directie Toezicht Energie of te wel de Dienst Uitvoering Toezicht en Energie (DTe). De laatste naamswijziging heeft mede plaatsgevonden om duidelijk te maken dat de toezichthouder als onderdeel binnen de Nederlandse Mededingingsautoriteit functioneerde. Zie http://www.nma.nl/documenten_en_publicaties/archiefpagina_nieuwsberichten/nieuwsberichten/archief/2008/08_13_vernieuwingen_binnen_nederlandse_mededingingsautoriteit_nma.aspx. Deze toezichthouder werkt samen met andere toezichthouders, onder andere via de Europese Energietoezichthouder ACER (Agency for the Cooperation of Energy Regulators) dat een Europees agentschap ten behoeve van de samenwerking van nationale toezichthouders is. Zie <http://www.acer.europa.eu/Pages/ACER.aspx>. De Energiekamer maakt vanwege de instelling van de Autoriteit Consument en Markt, deel uit van deze organisatie.

246 Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 27 250, nr. 51, p. 2 (brief).

247 Wet van 2 juli 1998, houdende regels met betrekking tot de productie, het transport en de levering van elektriciteit, *Stb.* 1998, 427.

248 Wet van 2 juli 1998, houdende regels met betrekking tot de productie, het transport en de levering van elektriciteit, *Stb.* 1998, 427.

centen en leveranciers geregeld, maar heeft de overheid tevens zeggenschap in de aanwijzing van de met de door de Elektriciteitswet 1998 belaste landelijke netbeheerder.²⁴⁹

Per 2001 is TenneT TSO BV de door de Staat op grond van de Elektriciteitswet 1998 aangewezen onafhankelijke beheerder van het landelijk transportnet.²⁵⁰ Op grond van artikel 10 lid 2 Elektriciteitswet 1998 kan alleen een naamloze of besloten vennootschap als beheerder worden aangewezen. Bovendien beschikt de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet²⁵¹ op grond van artikel 10a lid 4 Elektriciteitswet 1998 over de eigendom van het landelijk hoogspanningsnet. Volgens artikel 93a Elektriciteitswet 1998 moeten de aandelen van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet steeds direct of indirect bij de Staat berusten. Bovendien worden eisen gesteld aan de uit te voeren taak en de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de doelomschrijving.²⁵² Op grond van artikel 5a Elektriciteitswet 1998 kan de Autoriteit Consument en Markt zelfs bindende aanwijzingen geven 'in verband met de naleving van het bepaalde bij of krachtens deze wet, verordening 714/2009 en verordening 713/2009.'

Ook de minister van Economische zaken heeft op grond van deze wet enkele vergaande bevoegdheden ten aanzien van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnetwerk. Hierbij valt te denken aan het in artikel 4a Elektriciteitswet 1998 neergelegde informatierecht en de in artikel 11a lid 2 Elektriciteitswet 1998 neergelegde goedkeuringsbevoegdheid ten aanzien van een statutenwijziging.

Met betrekking tot de inrichting van de statuten van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet worden weliswaar onder andere in artikel 11a Elektriciteitswet 1998 enkele eisen gesteld, maar deze hebben in zeer beperkte mate betrekking op het specifiek te behartigen publieke belang. Het betreft onder andere de eis dat de landelijk netbeheerder wordt ingericht als een structuurvennootschap (11a lid 1 Elektriciteitswet 1998) en de eis dat – wanneer sprake is van een afhankelijke maatschappij in de zin van de structurrege-

249 Het betreft netwerkbeheerders van regionale netwerken, maar tevens de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnetwerk. Zie voor de onafhankelijkheid met name art. 10b Elektriciteitswet 1998.

250 Op grond van art. 1 onder k Elektriciteitswet 1998 is een netbeheerder, een vennootschap die op grond van art. 10, 13 of 14 is aangewezen voor het beheer van een of meer netten. Art. 10 lid 1 Elektriciteitswet 1998 stelt ten aanzien van het landelijk netwerk: 'Het landelijk hoogspanningsnet omvat de netten die bestemd zijn voor transport van elektriciteit op een spanningsniveau van 110 kV of hoger en die als zodanig worden bedreven en landsgrens-overschrijdende netten met wisselstroom'.

251 De netbeheerder of een tot de groep als bedoeld in art. 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waarvan de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet deel uitmaakt behorende vennootschap.

252 Zie respectievelijk art. 16 lid 2 Elektriciteitswet 1998 en 17 lid 2 Elektriciteitswet 1998.

ling – de instelling van een raad van commissarissen verplicht is.²⁵³ Op grond van het tweede lid van artikel 11a Elektriciteitswet 1998 beschikt de minister van Economische Zaken over het recht een statutenwijziging af te keuren, maar alleen voorzover is afgeweken van dit artikel, dat wil zeggen voorzover de structuurregeling niet van toepassing is verklaard. Op de inrichting van de statuten kom ik in de volgende paragraaf nader te spreken.

4.2 Vennootschapsrechtelijk kader TenneT Holding BV

Vennootschapsrechtelijke structuur TenneT

De vennootschap valt op grond van artikel 11a lid 1 Elektriciteitswet 1998 verplicht onder het (verlicht) structuurregime. Er zijn in beginsel geen bijzondere aandeelhoudersrechten.²⁵⁴ Vanwege de wens het landelijk hoogspanningsnetbeheer te controleren, is de Staat expliciet gemachtigd aandelen te verwerven in TenneT BV.²⁵⁵ Op 25 oktober 2001 is het voorheen in private handen gehouden TenneT BV genationaliseerd en heeft de staat 100% van de aandelen in TenneT BV verworven.²⁵⁶ De Nederlandse Staat houdt via het ministerie van Financiën aandelen in TenneT BV.²⁵⁷

TenneT Holding BV is opgericht om een transparante scheiding aan te brengen tussen gereguleerde taken en niet gereguleerde taken.²⁵⁸ TenneT Transmission System Operator (TSO) BV is een dochtermaatschappij van TenneT Holding BV en is aangewezen als beheerder van het landelijk transport netwerk.

253 Waarbij deze raad van commissarissen goedkeuring die de verlenen aan wezenlijke door het bestuur te nemen besluiten, zoals genoemd in art. 164 respectievelijk 274 BW (art. 11a lid 5 en 6 Elektriciteitswet 1998).

254 Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 27 250, nr. 51, p. 2 (brief).

255 Op 19 december 2000 is de «Overgangswet Elektriciteitsproductiesector» goedgekeurd door de Eerste Kamer (Staatsblad 2000, nummer 607). Een belangrijk onderdeel van deze wet is dat de Staat gemachtigd is de aandelen te verwerven in de beheerder van het landelijk hoogspanningsnet TenneT BV. Zie Regels met betrekking tot het beëindigen van de overeenkomst van samenwerking van de elektriciteitsproductiesector en tot het aandeelhouderschap van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet (Overgangswet elektriciteitsproductiesector), *Kamerstukken II* 2001/02, 27 250, nr. 51, p. 1.

256 Zie de brief van de minister van Economische Zaken van 25 oktober 2001, zie *Kamerstukken II* 2001/02, 27 250, nr. 51, p. 2 (brief).

257 Zie <http://www.tennet.org/tennet/organisatie/holding/index.aspx>.

258 Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 47.

4.2.1 Statutaire bepalingen TenneT Holding BV en TenneT TSO BV

In de holding kan op grond van artikel 4 lid 1 van de statuten slechts de Staat der Nederlanden aandeelhouder zijn.²⁵⁹ Deze bepaling is opgenomen omdat het onwenselijk werd geacht vanwege de publieke taken – waaronder de nieuwe taak het bevorderen van de milieukwaliteit van de elektriciteitsvoorziening – dat de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet zonder een dergelijke beperking zou kunnen worden geprivatiseerd.²⁶⁰ Mijns inziens is bij een onderneming met dergelijke grote strategische belangen vormgeving van overheidsinvloed via aandeelhouderschap steeds noodzakelijk. Sanctiëring van niet-nakoming van verbintenissenrechtelijke overeenkomsten zal immers in beginsel achteraf plaatsvinden, terwijl sturing vooraf minder goed mogelijk is. Mutatis mutandis kan hetzelfde gezegd worden van sectorspecifieke regulering van publieke belangen. Handhaving hiervan vindt in beginsel ook achteraf plaats waardoor ook hier mijns inziens overheidsaandeelhouderschap voordelen biedt.

Decentrale overheden kunnen dus expliciet geen aandeelhouder in TenneT Holding BV zijn. De reden hiervoor wordt in de toelichting niet gegeven.²⁶¹ Weliswaar wordt aldus voorkomen dat problemen ontstaan wanneer er bij decentrale overheden, andere belangen spelen, zoals besproken in de *casestudy* Schiphol. Maar de keuze hiervoor is vanwege de mogelijke inbreng van de regionale overheden die een grote rol spelen als aandeelhouders binnen de regionale netbeheerders, minder logisch.

Benoeming en schorsing bestuurders

Interessant is dat de benoeming van de bestuurders bij TenneT Holding BV conform artikel 2:272 BW door de raad van commissarissen geschiedt. Bij dochter TenneT TSO worden de bestuurders rechtstreeks door de aandeelhouder, TenneT Holding, benoemd.²⁶² De afstand met betrekking tot de benoeming en schorsing van de bestuurders tot de aandeelhouder, in deze de Staat, wordt op deze wijze wel groot. Hoewel een raad van commissarissen bij de dochter ontbreekt, is op grond van artikel 23 lid 5 van de statuten het

259 Dit kan zowel rechtstreeks als indirect via een vennootschap waarin slechts de staat op grond van de desbetreffende statuten middellijk of onmiddellijk honderd procent aandeelhouder is. Zie de statuten van TenneT Holding BV, zoals deze gelden per 19 september 2007. Deze verplichting komt voort uit de in art. 93a Elektriciteitswet 1998 neergelegde plicht.

260 Zie het amendement van het lid Kortenhorst, *Kamerstukken II* 20002/03, 28 165, nr. 13, p. 1-2 (Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 ten behoeve van de stimulering van de milieukwaliteit van de elektriciteitsproductie).

261 Zie *Kamerstukken II* 20002/03, 28 665, nr. 13, p. 2 (Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 ten behoeve van de stimulering van de milieukwaliteit van de elektriciteitsproductie).

262 Zie art. 20 statuten TenneT TSO BV, zoals deze gelden per 19 september 2007, volgens het uittreksel van het handelsregister zoals laatst beschikbaar op 3 april 2013.

bestuur van de dochter wel steeds gehouden toestemming te vragen aan de raad van commissarissen van de holding voor aldaar genoemde besluiten.²⁶³ De desbetreffende besluiten reppen echter niet over enig publiek belang, maar zien voornamelijk op financiële criteria zoals het aangaan van grote deelnemingen of investeringen.

De commissarissen bij TenneT Holding BV worden benoemd door de algemene vergadering op voordracht van de raad van commissarissen.²⁶⁴ Zowel de aandeelhoudersvergadering als de ondernemingsraad kunnen personen aanbevelen voor deze voordracht.²⁶⁵ Het voornemen tot benoeming van een zodanige commissaris behoeft de instemming van de minister van Economische Zaken.²⁶⁶ Ook hier rijst de vraag wat rechtens is indien deze minister niet instemt. Het is de vraag of een dergelijk besluit wanneer het wordt genomen nietig dan wel vernietigbaar wegens strijd met de statuten. Vennootschapsrechtelijk gezien zou dit mijns inziens inderdaad het geval moeten zijn.

4.2.2 *Vennootschapsbelang versus publiek belang: de gewenste coördinatie tussen de verschillende publieke aandeelhouders*

De invulling van het publieke aandeelhouderschap

Toenmalig minister Van der Hoeven heeft een commissie (de commissie 'Publiek aandeelhouderschap energiebedrijven')²⁶⁷ gevraagd om aanbevelingen te doen voor de invulling van het publieke aandeelhouderschap 'om de publieke aandeelhouders van energiebedrijven bij te staan bij het maken van keuzen en het nemen van beslissingen over hun aandeelhouderschap in zowel het netwerkbedrijf als in het productie- en leveringsbedrijf'.²⁶⁸ In mei 2011 is de discussie met betrekking tot het aandeelhouderschap afgesloten met een notitie van de stuurgroep 'Visie netbeheer'. De nadruk in deze notitie ligt echter sterk op het aandeelhouderschap in regionale energiebedrijven.²⁶⁹

263 Per abuis wordt in art. 24 lid 2 verwezen naar de raad van commissarissen, welk orgaan echter niet bestaat. Waarschijnlijk moet hier de raad van commissarissen van de holding worden gelezen.

264 Zie art. 26 lid 4 statuten TenneT Holding BV geldend per 19 september 2007.

265 In art. 11a lid 3 Elektriciteitswet 1998 wordt de onafhankelijkheid ten opzichte van elektriciteitsproducenten vastgelegd.

266 Zie art. 11a lid 4 Elektriciteitswet 1998.

267 Zie de brief van de minister van 26 juni 2008 aan de Tweede Kamer.

268 Zie het rapport 'Publiek aandeelhouderschap energiebedrijven', onder leiding van A.W. Kist van 26 juni 2008 en de kabinetsreactie bij de brief van 3 oktober 2008. Zie voor een korte uiteenzetting van het rapport en de reactie van het kabinet, J.M.T. Feld, 'Publiek aandeelhouderschap energiebedrijven: rapport Commissie Kist', *Bb* 2008, nr. 71. De conclusies in het rapport van deze commissie onderleiding van Kist zijn echter niet integraal overgenomen.

269 Zie *Bevindingen van de stuurgroep visie netbeheer*, 'Professioneel aandeelhouderschap: nu en straks', 2 maart 2011.

Het vennootschapsbelang is veel ruimer geformuleerd dan de meest relevante publieke belangen voor de elektriciteitssector

Wat betreft de vennootschapsrechtelijke invulling van het publieke aandeelhouderschap zijn in beginsel de statuten bepalend. In artikel 2 van de statuten van TenneT Holding BV is de standaard ruime doelstelling voor een holding opgenomen. Tot het doel van de vennootschap behoort derhalve 'het rechtstreeks of middellijk deelnemen in het beheer voeren over andere ondernemingen'. Het in lid 1 van dit artikel omschreven doel van de daar bedoelde andere ondernemingen *kan* vervolgens op grond van lid 2 omvatten 'het verzorgen van het transport en de dispatch van elektrische energie, de aanleg, de exploitatie, het beheer en/ of het onderhoud van netten die bestemd zijn voor transport van elektriciteit en het leveren van systeemdiensten'.

Deze doelstelling sluit weliswaar aan bij artikel 16 lid 1 en 2 Elektriciteitswet 1998, maar blijft vrij algemeen. En door de toevoeging: 'of een doel dat soortgelijk is of daaraan verwant is', wordt deze nog veel ruimer. Ondanks de in artikel 17a lid 2 Elektriciteitswet 1998 opgenomen bepaling – dat indien de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet onderdeel uitmaakt van een groep als bedoeld in artikel 2:24b BW, het deze groep niet is toegestaan om handelingen of activiteiten te verrichten die strijdig kunnen zijn met het belang van het beheer van het landelijk hoogspanningsnet, lijkt een adequate behartiging van het specifieke publiek belang via de hier geformuleerde brede onbepaalde doelstelling mijns inziens niet afdoende mogelijk.

De doelstelling van TenneT is bovendien niet beperkt tot de Nederlandse markt. Interessant in deze is de toevoeging in het tweede lid sub b in de doelomschrijving. Hier wordt gesproken over de aanleg, exploitatie en het beheer van netten, waaronder *landgrensoverschrijdende* verbindingen. Dit zal geen verbazing oproepen gezien de in artikel 5 van de Elektriciteitswet 1998 opgenomen wens om nationale markten op één of meer punten geografisch te integreren en samenwerking tussen de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet en buitenlandse instellingen aan te moedigen. Zolang echter niet duidelijk is hoe de verschillende nationale belangen zich verhouden ten opzichte van elkaar en ten opzichte van het Europees belang, is het maken van een goede afweging lastig.

Het leveren van systeemdiensten en andere diensten wordt overigens wél beperkt tot de Nederlandse elektriciteitsvoorziening ingevolge artikel 2 lid 2 sub c van de statuten van TenneT Holding BV.

Naast het obligatoire (indirecte) staatsaandeelhouderschap is een andere impliciete indicatie voor het grote belang dat wordt gehecht aan de taak van TenneT TSO te vinden in artikel 34 lid 4 van de statuten. Op grond van dit artikel is wijziging van de statuten slechts mogelijk nadat aan een dergelijke

wijziging door de minister van Economische Zaken goedkeuring is verleend. Een zelfde bepaling is opgenomen in de statuten van de TenneT Holding BV.²⁷⁰ Overigens is gekozen voor een ruimere bevoegdheid voor de minister van Economische Zaken dan wettelijk vereist. Op grond van de wet is zoals hierboven besproken slechts de goedkeuring van de minister van Economische Zaken vereist in geval van een statutaire wijziging van het doel of het verlaten van het structuurregime.²⁷¹

Gedeelde verantwoordelijkheid beleidsbepaling elektriciteitssector

Interessant is de vraag hoe de verhouding tussen het ministerie van Financiën en het ministerie van Economische Zaken zal zijn in geval afwijkende gedachten omtrent het te volgen beleid met betrekking tot de overheidsonderneming bestaan.

Het algemene beleid met betrekking tot de elektriciteitsvoorziening wordt in beginsel bepaald door de minister van Economische Zaken. Dit wordt op grond van artikel 2 Elektriciteitswet 1998 vastgelegd in door hem opgestelde energierapporten. Waarom de minister van Economische Zaken echter bovendien via statutaire bepalingen bevoegdheden krijgt toebedeeld, is niet helder. Het publieke belang wordt immers in het vennootschapsrechtelijk kader afdoende door het ministerie van Financiën als aandeelhouder geborgd.²⁷² Indien wordt verondersteld dat het ministerie van Financiën te veel nadruk legt op het bedrijfsmatig invullen van haar aandeelhoudersrol, is niet begrijpelijk waarom slechts in het geval van een statutenwijziging de minister van Economische Zaken zijn toestemming moet geven.²⁷³

Door deze gedeelde verantwoordelijkheid voor de behartiging van het publieke belang door het ministerie van Financiën als aandeelhouder en het ministerie van Economische Zaken als beleidsverantwoordelijk ministerie is beleidsafstemming tussen de ministeries derhalve noodzakelijk. Deze gedeelde verantwoordelijkheid roept echter de vraag op of één van deze twee departementen de eindverantwoordelijkheid voor de overheidssturing binnen de vennootschap heeft. Indien sprake is van een gedeelde eindverantwoordelijkheid, rijst de vraag of en zo ja, welke bevoegdheidsverdeling bestaat tussen deze verschillende departementen.

270 Zie art. 40 lid 3 statuten TenneT Holding BV geldend per 19 september 2007.

271 Zie respectievelijk art. 17a lid 3 en art. 11a lid 2 Elektriciteitswet 1998.

272 De commissie Kist ziet zelfs ruime mogelijkheden voor de (decentrale) overheid als aandeelhouder in energiebedrijven.

273 Overigens wordt in het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 47 met betrekking tot de invulling van het aandeelhouderschap, in het bijzonder de strategie, gesteld dat 'de focus in de strategie (...) wat betreft de aandeelhouder op de publieke taken van TenneT' ligt.

Hoe en door wie een verschil van mening over de gewenste overheidssturing moet worden opgelost is formeel niet duidelijk.²⁷⁴

Het is de vraag of het gebruik van privaatrechtelijke, dan wel publiekrechtelijke instrumenten, invloed zou moeten hebben op de verhouding tussen de betrokken overheidsorganen. Het ministerie van Financiën is aandeelhouder en zal in beginsel invloed uitoefenen via dit privaatrechtelijke instrument. De minister van Economische Zaken daarentegen is geen aandeelhouder, maar kan invloed uitoefenen via het gebruik van publiekrechtelijke regulering. Hoewel de minister van Financiën in beginsel het algemene beleid voor overheidsdeelnames bepaalt, is het de vraag welk departementaal beleid voorrang heeft indien zijn zienswijze als aandeelhouder in TenneT en de zienswijze van de minister van Economische Zaken als beleidsverantwoordelijk minister voor de energiesector verschillen. Hierbij geldt mijns inziens wel dat de juridische positie van de overheid als aandeelhouder niet onderschat moet worden. Daartegenover staat dat de taak van het ministerie van Financiën om eenduidig overheidsbeleid ten aanzien van overheidsondernemingen te bewerkstelligen niet moet worden doorkruist. Een en ander zou vanzelfsprekend voorkomen moeten worden door continu overleg, maar de vraag blijft of en zo ja, welke bevoegdheidsverdeling kan worden aangebracht in deze verhouding.

4.3 Tussenconclusie

De regulering van overheidsbemoeienis binnen de elektriciteitssector wordt niet alleen bemoeilijkt doordat de gewenste regulering vanwege de netwerkstructuur een hoog technisch gehalte heeft, maar ook omdat sprake is van een spagaat voor wat betreft de doelen van regulering. Er zijn zoals eerder genoemd twee leidende concurrerende uitgangspunten met verschillende bijbehorende publieke belangen. Dit zijn allereerst de vrije marktgedachte en het publieke belang van de positieve effecten van mededinging en ten tweede de overheid die ten behoeve van het publieke belang reguleert. De wens van een geliberaliseerde vrije markt loopt zoals hierboven besproken, niet steeds parallel met het belang van voorzieningszekerheid dat continuïteit van betaalbare en schone energie vereist via een betrouwbaar elektriciteitsnet. Dit is onvermijdelijk en inherent aan regulering van de economie in een vrije markteconomie.

²⁷⁴ Mijns inziens is een aanbeveling zoals gedaan in het rapport van de commissie Kist met betrekking tot de verhouding tussen de rijksoverheid en decentrale overheden te vrijblijvend. In aanbeveling 6 stelt de commissie dat het wenselijk is dat de verschillende overheden in overleg blijven of treden. Zie het rapport 'Publiek aandeelhouderschap energiebedrijven', onder leiding van A.W. Kist van 26 juni 2008 en de kabinetsreactie bij brief van 3 oktober 2008.

Aan welk publiek belang voorrang wordt gegeven is afhankelijk van het politieke klimaat. De betrokkenheid van verschillende ministeries, met mogelijk uiteenlopende beleidsdoelen, roept de vraag op of naast de nodige coördinatie ook een formele bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende ministeries zou moeten worden aangebracht. Een nadere bevoegdheidsverdeling lijkt wenselijk, maar valt buiten het bestek van dit onderzoek.²⁷⁵

5 CONCLUSIE

Met deze case studies heb ik onderzocht hoe de overheidsonderneming in de praktijk fungeert binnen een samenstel van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke kaders.

De drie *case studies* tonen de waarde van het publieke aandeelhouderschap mijns inziens goed aan. De *casestudy* van Schiphol laat zien dat het terugtrekken van de overheid als publieke aandeelhouder aanvankelijk was beoogd, maar dat de politiek het publieke aandeelhouderschap vereiste. Dit laat mijns inziens zien dat in dit specifieke geval de rol van het publieke aandeelhouderschap, weliswaar aanvullend, maar niettemin als onmisbaar wordt beschouwd. De politieke eindverantwoordelijkheid voor de desbetreffende publieke belangen vereisen in deze casestudy het publieke aandeelhouderschap van de overheid. De ten aanzien van de NS gevoerde discussie omtrent het gebruik en de waarde van de concessieverlening en de (aanvullende) rol van het publieke aandeelhouderschap, benadrukt de meerwaarde van het publieke aandeelhouderschap ten aanzien van andere vormen van regulering. De *casestudy* van TenneT laat ook zien dat de specifiek in dit geval betrokken publieke belangen, overheidsinvloed voor onbepaalde tijd vergen en daarmee dat het publieke aandeelhouderschap in sommige gevallen voor onbepaalde tijd wordt beoogd. Sommige strategische belangen vergen ‘permanente’ overheidsinvloed.

²⁷⁵ Dat duidelijkheid over de ministeriële verantwoordelijkheid en coördinatie tussen de verschillende betrokken departementen wenselijk wordt geacht, blijkt uit het door de Rijksoverheid ingestelde Interdepartementaal Beleidsonderzoek naar de aansturing van Nederlandse staatsdeelnemingen. Dit ziet op de invulling van de rol van ‘de staat als beleidsmaker en de staat als aandeelhouder’ ten aanzien van staatsdeelnemingen, Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 148, p. 7-8.

7 | Rechtsvergelijking

1 INLEIDING

Wat betreft het behartigen van publieke belangen via (overheids)ondernemingen kan voor de regulering en de inrichting van een mogelijke Nederlandse kapitaalsrechtsvorm voor de overheidsonderneming ter inspiratie over de grenzen worden gekeken. De geschiktheid van Nederlandse kapitaalvennootschappen om overheidsondernemingen in te drijven kan mede worden beoordeeld door deze te vergelijken met de mogelijkheden die in andere rechtsstelsels bestaan voor het behartigen van bepaalde bijzondere belangen waaronder publieke belangen. Deze geven ook inzicht in hoe in andere landen over overheidsinvloed via ondernemingen wordt gedacht, waarbij Nederland wellicht lering kan trekken uit verschillende gezichtspunten. In dit hoofdstuk worden verschillende rechtsfiguren uit ons omringende landen bestudeerd en vergeleken met de in hoofdstuk 3 besproken Nederlandse rechtsvormen daarbij behorende sturingsmogelijkheden. Gekozen is voor een vergelijking met het Duitse, Belgische, Franse en Engelse recht.

De keuze voor een vergelijking met Duitsland is gemaakt vanwege de sterke overeenkomsten met het Nederlandse vennootschapsrecht enerzijds en anderzijds vanwege de sterkere positie die – niet alleen werknemers – ook andere belanghebbenden in vennootschappen bezitten. De keuze voor België is ingegeven door het feit dat het Belgische recht een bijzondere rechtsvorm – te weten de naamloze vennootschap van publiek recht – kent, die zich op het snijvlak van overheidsinvloed en marktdeelname bevindt. In het Verenigd Koninkrijk participeert de overheid in beginsel niet in private ondernemingen. Toch wordt in bepaalde gevallen gekozen voor overheidsbeïnvloeding via een bijzondere vennootschapsvorm waarbij niet het maken van winst centraal staat. Het in het Verenigd Koninkrijk geldende vennootschapsrecht is bovendien interessant vanwege de nadruk bij de uitvoering van publieke taken die vanaf de jaren tachtig in het Anglosaksisch model op marktwerking is komen te liggen. Het tegenovergestelde kan worden gezegd van het beleid in Frankrijk waar traditioneel de uitvoering van publieke belangen aan de Staat wordt toevertrouwd. Een vergelijking met het Franse recht is met name interessant vanwege het gebruik van een agentschap om op afstand van de ministeries het beleid met betrekking tot overheidsdeelnemingen te centraliseren.

Het is nuttig te bezien hoe in deze rechtsstelsels wordt omgegaan met het spanningsveld tussen vrije marktwerking en overheidsingrijpen om publieke belangen te verzekeren via een overheidsonderneming. Hieronder wordt in paragraaf 2 het in Duitsland geldende rechtskader besproken, waarna in paragraaf 3 aandacht wordt besteed aan enkele relevante Belgische rechtsfiguren. In paragraaf 4 worden enkele relevante Franse rechtsfiguren besproken. Het Verenigd Koninkrijk komt vervolgens in paragraaf 5 aan de orde.

2 DUITSLAND

2.1 Inleiding

Het Duitse vennootschapsrecht vertoont sterke gelijkenissen met het Nederlandse vennootschapsrecht. Ook wat betreft het gebruik van de privaatrechtelijke rechtsvorm om een overheidsonderneming in te drijven zijn veel overeenkomsten tussen de beide rechtsordes te vinden. Om die reden is de bespreking in dit hoofdstuk van het Duitse recht enigszins bondiger dan de vergelijking met de systemen zoals die bestaan in België, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk. Er zijn echter ook enkele punten waar het Duitse recht enigszins afwijkt van het Nederlandse systeem. Bijzonder voor het Duitse vennootschapsrecht is bijvoorbeeld het kort na de Tweede Wereldoorlog ingevoerde zogenoemde *Mitbestimmungsgesetz*. Op grond hiervan kunnen werknemers een belangrijke rol spelen binnen de vennootschap. De Muynck schrijft hierover:

‘Duitse economie is van oudsher meer gericht geweest op coöperatie dan op confrontatie. Het idee van een ongebreidelde concurrentie heeft in Duitsland nooit onbeperkt gegolden zoals in de USA of in het UK het geval was.’¹

De onderneming wordt niet gezien:

‘als een eigendom waarmee de aandeelhouders mogen doen wat ze willen maar als een gemeenschap met verplichtingen tegenover werknemers, klanten en de omgeving evenals ten opzichte van diegenen die financiële middelen verschaffen.’²

Hoewel deze visie ook voor de Nederlandse ondernemingen geldt – denk bijvoorbeeld aan de wijze waarop het vennootschapsbelang wordt gedefinieerd – biedt de Duitse wet bijvoorbeeld op grond van de *Mitbestimmung* een sterker systeem van werknemersparticipatie en daarmee een sterkere positie voor de werknemers dan de in het Nederlandse ondernemingsrecht neergelegde

1 Zie T. De Muynck, ‘De aandeelhouders en het vennootschapsbelang in Duitsland vergeleken met België’, *Jura falconis*, 1998-1999/2, p. 235.

2 Zie T. De Muynck, ‘De aandeelhouders en het vennootschapsbelang in Duitsland vergeleken met België’, *Jura falconis*, 1998-1999/2, p. 235.

goedkeuringsrechten van de ondernemingsraad. De sterke(re) positie van de werknemers en andere belanghebbenden in vennootschappen, sluit (in)directe participatie van de overheid niet uit. Er bestaan tal van ondernemingen waarin de overheid, zowel de Staat als decentrale overheden, participeert.³

De Duitse wetgever lijkt ten opzichte van het Nederlandse recht een meer genuanceerde positie in te nemen voor wat betreft de vormgeving van overheidsinvloed in private rechtsvormen. Hierbij lijken de legitimiteit van het gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen, het creëren van mogelijkheden voor overheidsingrijpen en daarmee het borgen van het publieke belang voorop te staan. Zo kent het Duitse recht de *plicht* voor de (lagere) overheid om – wanneer deze via een private rechtsvorm een deel van hun publieke taak uitoefent – steeds een zekere invloed te houden op deze rechtspersoon. Dit wordt nader besproken in de volgende paragraaf. Aldus wordt ondanks de keuze om een publieke taak op afstand uit te (laten) voeren, de politieke verantwoordelijkheid steeds vergezeld van overheidsinvloed met een bepaalde minimale ondergrens.

In deze paragraaf wordt ingegaan op enkele voor dit onderzoek interessante aspecten uit het Duitse (vennootschaps)recht. De Duitse overheid lijkt, hoewel het vennootschapsrechtelijke kader niet veel verschilt van het Nederlandse kader, minder geforceerd om te gaan met het fenomeen overheidsonderneming. Om nader toe te lichten op welke wijze de Duitse overheid gebruik maakt van privaatrechtelijke rechtspersonen en hoe overheidsinvloed wordt vormgegeven en het publieke belang wordt gewaarborgd, zal ik de overheidsonderneming Deutsche Bahn AG en met name de invloed van de overheid op de besluitvorming binnen de organen van deze onderneming via zowel statutaire als wettelijke instrumenten hieronder in paragraaf 3 nader bespreken. Alvorens in paragraaf 2.2.1 nader in te gaan op de rol van de overheid binnen privaatrechtelijk ingerichte ondernemingen en het voor deze ondernemingen geldende publiekrechtelijk en privaatrechtelijk kader in respectievelijk paragraaf 2.2.2 en 2.2.3, zal ik hieronder kort het gebruik van het Duitse vennootschapsrecht door de overheid toelichten. In paragraaf 4 wordt ten slotte een conclusie getrokken.

2.2 De Duitse overheid als ondernemer

De Duitse overheid heeft via *Körperschaften* en *Anstalten* (publiekrechtelijke lichamen en diensten) diverse mogelijkheden om ondernemingen te drijven. Op zowel nationaal niveau (*Bund*), als op regionaal en gemeentelijk niveau (*Länder* en *Gemeinden*) kan zij in de eerste plaats gebruikmaken van deze

3 Ook deze overheden zelf worden wanneer zij participeren in ondernemingen als (verbonden) onderneming gezien voor het concernrecht op grond van art. 15 AktG. Zie Henssler/Strohn/Maier-Reimer, *Gesellschaftsrecht*, Verlag C.H. Beck: München 2011, p. 1397, par. 7.

publiekrechtelijke rechtsvormen en ‘diese nach wirtschaftlichen Grundsätzen führen.’⁴ Overigens is de overheid vanwege de wens anderen te beschermen, ook wanneer zij een onderneming drijft in dergelijke publiekrechtelijke vormen gebonden aan bepaalde ondernemingsrechtelijke regels zoals bijvoorbeeld concernrechtelijke beschermingsbepalingen:

‘Darüber hinaus hat der BGH [JN: Bundesgerichtshof] mit Recht die konzernrechtliche Unternehmenseigenschaft selbst dann bejaht, wenn eine Gebietskörperschaft nur rein wirtschaftliches Unternehmen beherrscht, weil der Konflikt zwischen dessen Interessen und den eigenen – politischen – Interessen der Gebietskörperschaft die Anwendung der Schutzvorschriften des konzernrecht auch in diesem Fall erfordert.’⁵

Naast het gebruik van publiekrechtelijke lichamen om een verzelfstandigde ondernemingsactiviteit ten behoeve van een publiek belang in onder te brengen, kan de overheid ook privaatrechtelijke rechtsvormen als de AG en de GmbH voor dat doel gebruiken en/of oprichten.

Overigens lijkt de wetgever een voorkeur te hebben voor het gebruik van de publiekrechtelijke rechtsvorm door de overheid. Zo wordt bijvoorbeeld in artikel 114a lid 4 *Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen* (GemO NRW) uitdrukkelijk gesteld dat ‘ein besonders wichtiges Interesse’ moet bestaan om tot oprichting van een private rechtsfiguur over te gaan. Hoewel ook Mann meent dat het gebruik van de privaatrechtelijke rechtsvorm boven de publiekrechtelijke rechtsvormen eerder uitzondering dan regel moet zijn,⁶ bedient de overheid zich in de praktijk zowel op rijksniveau – denk aan de Deutsche Bahn AG – als op het niveau van de decentrale overheden – denk aan het aanzienlijke aandeel dat de deelstaat Niedersachsen in Volkswagen AG aanhoudt – in veel gevallen van privaatrechtelijke rechtsvormen.⁷ In deze verschilt de praktijk in Duitsland niet van de Nederlandse praktijk waarin – ondanks de voorkeur die de wetgever heeft uitgesproken voor het gebruik van publiek-

4 Zie T. Raiser en R. Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, München: Verlag Franz Vahlen 2010, p. 661-662.

5 Zie T. Raiser en R. Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, München: Verlag Franz Vahlen 2010, p. 661-662.

6 Zie T. Mann, *Die öffentlich-Rechtliche Gesellschaft: zur Fortentwicklung des Rechtsformenspektrums für öffentliche Unternehmen*, Mohr Siebeck 2002, p. 42.

7 In sommige gevallen bestaan er (algemene) verboden om een bepaalde rechtsvorm te gebruiken. Zo mag de rechtsvorm GmbH niet worden gebruikt om een verzekeringsbedrijf in uit te oefenen, zie Henssler/Strohn/Maier-Reimer, *Gesellschaftsrecht*, Verlag C.H. Beck: München 2011, p. 634, nr. 25. Maar de wet kent ook enkele beperkingen voor publiekrechtelijke lichamen in het bijzonder. Zie bijvoorbeeld voor Noordrijn Westfalen het verbod voor gemeenten om een bankbedrijf te exploiteren op grond van art. 107 lid 6 *Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen* (GemO NRW), raad te plegen via de website: https://recht.nrw.de/lmi/owa/pl_text_anzeigen?v_id=2320021205103438063#det269192.

rechtelijke rechtsvormen – nog steeds gebruik wordt gemaakt van privaatrechtelijke kapitaalvennootschappen.

Bedacht moet worden dat ook voor publieke taakuitvoering in privaatrechtelijke rechtsvormen bijzondere normen kunnen gelden voor publieke aandeelhouders. Zo heeft het *Bundesgerichtshof* in het Volkswagen arrest invulling gegeven aan de bescherming van (minderheids)aandeelhouders tegen publieke aandeelhouders. In deze zaak speelde de vraag of de reeds in 1960 ingestelde zogenoemde Volkswagenwet – op grond waarvan (private) aandeelhouders slechts maximaal 20 procent van hun stemrechten konden uitoefenen om aldus overnames te voorkomen en werkgelegenheid te behouden – strijd opleverde met het Europese recht. Doordat bij een gemiddelde aandeelhoudersvergadering slecht 37 procent van de stemgerechtigden aanwezig was, oordeelde het *Bundesgerichtshof* dat de deelstaat Niedersachsen (destijds) met slechts 21% van de stemrechten reeds een overwegende invloed op de onderneming had. Bescherming van de minderheidsaandeelhouders conform het concernrecht werd van toepassing geacht door te overwegen dat:

‘Denn anders als bei privaten Aktionären ist bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften in der Regel davon auszugehen, dass sie sich bei der Ausübung ihres Einflusses auf die beherrschte Aktiengesellschaft nicht nur von typischen Aktionärsinteressen, sondern auch von anderen Interessen leiten lassen, nämlich solchen, die aus ihrer öffentlichrechtlichen Aufgabenstellung herrühren. Diese Interessenkollision ist von der gleichen Art wie der Konflikt, den das Konzernrecht steuern soll. Sie birgt überdies für Minderheitsgesellschafter ebenso große Gefahren in sich wie diejenigen, die durch eine anderweitige Beteiligung eines Mehrheitsaktionärs entstehen können.’⁸

Indien de overheid als aandeelhouder in een overheidsonderneming deelneemt, is het mogelijk dat minderheidsaandeelhouders nadeel ondervinden van het feit dat de Duitse overheid niet van typische aandeelhoudersoverwegingen uit zal gaan. Er kan sprake zijn van een tegenstelling tussen het publieke belang en het typische aandeelhoudersbelang. De Duitse overheid zal steeds de publieke taakuitvoering als prioriteit voorop (moeten) hebben staan. Dit kleurt de houding van de Duitse overheid als deelnemer aan het privaatrechtelijke rechtsverkeer.

In hoeverre de overheid daarbij kan bogen op bevoegdheden neergelegd in (bijzondere) wetten is mede afhankelijk van de uitleg van Europese regelgeving zoals gezien in hoofdstuk 5. Het Europese Hof van Justitie heeft in 2007 uitgemaakt dat de zogenoemde Volkswagenwet in strijd was met het Unie

8 Zie BGHZ 135, 107 (*Volkswagen AG*) en T. Raiser en R. Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, München: Verlag Franz Vahlen 2010, p. 662.

recht⁹ aangezien in het bijzonder drie bepalingen in de Volkswagenwet directe investeringen konden ontmoedigen. Het betreft de eerste plaats de bepaling waardoor zij:

‘in afwijking van het gemene recht, het stemrecht van iedere aandeelhouder tot 20% van het maatschappelijk kapitaal van Volkswagen beperken, in de tweede plaats, de vereiste meerderheid verhogen tot meer dan 80% van het vertegenwoordigde kapitaal voor besluiten van de algemene vergadering, waarvoor het gemene recht slechts een meerderheid van 75% eist, en, in de derde plaats, in afwijking van het gemene recht de federale Staat en de deelstaat Niedersachsen het recht toekennen om elk twee vertegenwoordigers in de raad van commissarissen van Volkswagen onderneming aan te wijzen.’¹⁰

De Volkswagenwet kon niet op goedkeuring van het Europese Hof van Justitie rekenen vanwege het door mij in hoofdstuk 5 besproken standpunt dat afwijking van het gemene vennootschapsrecht ten behoeve van de borging van het publieke belang door de overheid slechts bij uitzondering als rechtvaardiging voor een beperking op het vrij verkeer van kapitaal kan gelden. De Europese Commissie heeft onlangs laten weten dat Duitsland wegens niet-uitvoering van het arrest uit 2007 opnieuw voor het Europese Hof zal worden gedaagd.¹¹

Kort samengevat, de Duitse overheid kan voor de uitvoering van een publieke taak gebruikmaken van zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke rechtsvormen. Indien voor het onderbrengen van een publieke taakuitvoering voor een publiekrechtelijke rechtsvorm wordt gekozen, kunnen bepaalde privaatrechtelijke (op Europees recht gebaseerde beschermings)bepalingen evenzeer voor deze publiekrechtelijke rechtsvormen gelden. Mijns inziens kan worden gesteld dat in privaatrechtelijk ingerichte overheidsondernemingen voor de overheid soms striktere normen gelden dan bijvoorbeeld voor privaatrechtelijke aandeelhouders, vanwege de bijzondere positie die de overheid in het rechtsverkeer inneemt. Mijns inziens kunnen hier parallellen worden getrokken met de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen in het privaatrecht wanneer de Nederlandse overheid gebruik maakt van het privaatrecht.

2.2.1 *Het Duitse vennootschapsrecht: de overheid in GmbH en AG*

Van de Duitse privaatrechtelijke rechtspersonen, zal ik slechts de voor de Duitse overheidsondernemingen relevante rechtsvormen bespreken. In Duits-

9 Zie arrest van het HvJ EG van 23 oktober 2007 zaak C-112/05, *Jur.* p. I-8995 (*Commissie/ Duitsland*), inzake de onverenigbaarheid van de Volkswagenwet met het Unierecht.

10 Zie *Commissie/ Duitsland* C-95/12.

11 Zie *Commissie/ Duitsland* C-95/12 met ten tijde van dit schrijven als laatste feit de hoorzitting op 12 maart 2013.

land wordt het onderscheid gemaakt tussen enerzijds de *Kapitalgesellschaften* en anderzijds de *Personengesellschaften*.¹² Gezien de afbakening van dit onderzoek en de focus daarbij op de kapitaalvennootschap, zal slechts worden ingegaan op de *Kapitalgesellschaften*. Onder het begrip *Kapitalgesellschaften* kunnen achtereenvolgens worden verstaan de *Aktiengesellschaften* (hierna: AG), de *Kommanditgesellschaften auf Aktien*, *Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (hierna: GmbH) en de SE. Ik zal mij hieronder op de reeds in hoofdstuk 1 genoemde gronden beperken tot een bespreking van de AG en GmbH en mij concentreren op de voor dit onderzoek meest relevante aspecten.

De regeling ten aanzien van de *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* is neergelegd in het *Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (hierna: GmbHG). Deze rechtsvorm is sterk vergelijkbaar met de Nederlandse besloten vennootschap, hoewel er enkele met name ten aanzien van de doelomschrijving bestaande verschillen zijn aan te geven.¹³ De met een GmbH na te streven doelen zijn zeer ruim te formuleren op grond van artikel 1 GmbHG. Niet alleen (op winst gerichte) bedrijven, beroepsbeoefenaren, maar ook ondernemingen met een ideële doelstelling kunnen in de GmbH rechtsvorm worden gedreven.¹⁴ Het feit dat ook ideële doelstellingen – althans niet economische – kunnen worden nagestreefd met de GmbH biedt mogelijkheden voor maatschappelijke, religieus georiënteerde¹⁵ en wetenschappelijke instellingen¹⁶ en derhalve ook voor het borgen van bepaalde publieke belangen. De regeling ten aanzien van de *Aktiengesellschaft* is neergelegd in het *Aktiengesetz*. Deze rechtsvorm is sterk te vergelijken met de naamloze vennootschap. Interessant is dat op grond van artikel 3 AktG uit wordt gegaan van de fictie dat steeds een bedrijf wordt gevoerd, onafhankelijk van de doelstelling.

De overheid kan bij de uitvoering van publieke taken kiezen voor het gebruik van zowel de GmbH als de AG rechtsvorm. Hierbij geldt de voor de nationale

12 Zie T. Raiser en R. Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, München: Verlag Franz Vahlen 2010, p. 1.

13 Overigens wordt er in het Duitse systeem een onderscheid gemaakt tussen de *Unternehmensgegenstand* en het *Gesellschaftszweck*, waarbij het eerste begrip kan worden gezien als de doelstelling en het tweede als het middel althans de doelomschrijving om dit te bereiken. Zie Henssler/Strohn/Carsten Schäfer, *Gesellschaftsrecht*, Verlag C.H. Beck: München 2011, p. 630.

14 Slechts wanneer doelstelling juridisch onwerkbaar is, kan sprake zijn van nietigheid. In sommige gevallen is bovendien toestemming nodig om een bepaald beroep als doel in de statuten op te kunnen nemen. Zie Henssler/Strohn/Carsten Schäfer, *Gesellschaftsrecht*, Verlag C.H. Beck: München 2011, p. 631 en p. 633, nr. 18.

15 Deze vrijheid is gewaarborgd in art. 140 *Grundgesetz* (GG) jo art. 137 lid 4 van de *Weimarer Reichsverfassung* (WRV) om de scheiding tussen kerk en staat te verzekeren.

16 Zie Henssler/Strohn/Carsten Schäfer, *Gesellschaftsrecht*, Verlag C.H. Beck: München 2011, p. 632-633, nr. 17.

overheid in artikel 65 van de *Bundeshaushaltsordnung*¹⁷ neergelegde plicht die ook bekend staat als de *Einwirkungs-* of *Ingerenzpflicht*. In de volgende paragraaf kom ik hier op terug.

2.2.2 Publiekrechtelijk kader voor de overheidsonderneming: Ingerenzpflicht

Hoewel Duitse overheden bevoegd zijn om privaatrechtelijke rechtsvormen op te richten en te gebruiken om een onderneming in te drijven,¹⁸ dienen zij op grond van bijzondere wetten steeds verzekerd te zijn van een zekere invloed op de door de ondernemingen te besteden dan wel beheren middelen. Deze voor de Duitse nationale overheid in artikel 65 van de *Bundeshaushaltsordnung* neergelegde plicht staat ook bekend als de hierboven genoemde *Einwirkungs-* of *Ingerenzpflicht*. Een vergelijkbare plicht geldt ook voor decentrale overheden. Zo mogen op grond van artikel 108 lid 5 van de *Gemeindeordnung* van Noordrijn-Westfalen (GemO NRW) gemeenten slechts een GmbH oprichten of er aan deelnemen wanneer in de statuten bepaalde rechten toekomen aan de vergadering van aandeelhouders en de gemeenteraad de raad van commissarissen instructies kan geven.¹⁹ Aldus moet worden voorkomen dat publiekrechtelijke organen (van gemeenten) beïnvloedingsmogelijkheden verliezen bij het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen voor de uitvoering van een publieke taak.²⁰ Hoewel ook bij de bestuurders van dergelijke ondernemingen noodzakelijkerwijze een zekere (discretionaire) ondernemingsvrijheid bestaat, zijn zij sterk gebonden aan het (onder andere in artikel 108 lid 1 sub 7 GemO NRW genoemde) *öffentlichen Zweck*.²¹ In artikel 113 lid 1 GemO NRW wordt met betrekking tot de personen die de gemeente vertegenwoordigen

17 Zie art. 65 van de *Bundeshaushaltsordnung*, raad te plegen via <http://www.gesetze-im-internet.de/bho/BJNR012840969.html>. Deze bepaling is nader uitgewerkt in de 'Hinweise für die Verwaltung von Bundesbeteiligungen (Besluit van de Bundesregierung van 24 september 2001), zie http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_24092001_II.htm.

18 Zie bijvoorbeeld voor Noordrijn Westfalen, art. 108 *Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen* (GemO NRW), raad te plegen via de website: https://recht.nrw.de/lmi/owa/pl_text_anzeigen?v_id=2320021205103438063#det269192.

19 Zie art. 108 lid 5 GemO NRW.

20 Zie T. Mann, *Die öffentlich-Rechtliche Gesellschaft: zur Fortentwicklung des Rechtsformenspektrums für öffentliche Unternehmen*, Mohr Siebeck 2002, p. 90.

21 In art. 109 lid GemO NRW wordt dit nader uitgewerkt door te stellen: 'Die Unternehmen und Einrichtungen sind so zu führen, zu steuern und zu kontrollieren, daß der öffentliche Zweck nachhaltig erfüllt wird. Unternehmen sollen einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen, soweit dadurch die Erfüllung des öffentlichen Zwecks nicht beeinträchtigt wird.'

binnen een rechtspersoon waarin de gemeente al dan niet rechtstreeks deelneemt, gesteld dat deze:

‘...die Interessen der Gemeinde zu verfolgen [haben]. Sie sind an die Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse gebunden. Die vom Rat bestellten Vertreter haben ihr Amt auf Beschluß des Rates jederzeit niederzulegen.’

Wanneer er sprake is van een (meerderheids)deelneming door de Duitse overheid in een onderneming, eist de wetgever op grond van een democratische legitimering steeds een bepaalde invloed en controle op de onderneming en haar organen. Hoewel het Nederlandse deelnemingenbeleid zoals besproken in hoofdstuk 1 ervan uit gaat dat deelnemingen slechts worden gehouden ter behartiging van een publiek belang en ook de Rekenkamer in Nederland toezichthoudende bevoegdheden heeft binnen dergelijke rechtspersonen, lijkt het Duitse recht aldus verder te gaan. De overheid dient vanwege haar politieke verantwoordelijkheid en om het publiek belang – ook bij het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen – te kunnen waarborgen, vennootschapsrechtelijke beïnvloedingsmogelijkheden te houden.

2.2.3 *Privaatrechtelijk kader voor de overheidsonderneming: Gemeinnützigen GmbH en Public Corporate Governance Kodex (PCGK)*

Gemeinnützigen GmbH

Interessant in het kader van de inrichting van de overheidsonderneming zijn de Duitse gemeentelijke bedrijven, de zogenaamde *Kommunales Unternehmen*. Dergelijke ondernemingen kunnen zoals hierboven reeds vastgesteld, in zowel publiekrechtelijke rechtsvormen²² als in privaatrechtelijke rechtsvormen worden gedreven. Naast de reeds genoemde AG en GmbH als voorbeelden van dergelijke privaatrechtelijke rechtsvormen bestaat er ook de zogenoemde *gemeinnützigen GmbH*, ook wel afgekort weergegeven als gGmbH. Hoewel door de benaming gedacht zou kunnen worden dat sprake is van een publiekrechtelijke figuur, betreft het een volledig op de GmbH geënte rechtsfiguur. Belangrijkste kenmerk van de gGmbH is dat er bepaalde belastingvoordelen zijn gekoppeld aan het voeren van deze rechtsvorm. Mede gezien het feit dat de opbrengsten van een dergelijke gGmbH moeten worden aangewend om het maatschappelijk doel te bereiken,²³ is deze regeling sterk vergelijkbaar met de in Nederland bestaande ANBI-regeling en komt de figuur dicht in de buurt

22 Een voorbeeld van een dergelijke gemeentelijke dienst is het zogenoemde *Regiebetriebe*. Een dergelijke met de Nederlandse dienst vergelijkbare figuur, kan worden ingesteld op grond van de desbetreffende *Gemeindeordnung*.

23 Niet alleen moet de gGmbH worden ingericht volgens de regels zoals die gelden voor de GmbH, ook moet het doel vallen onder een in art. 52 Abgabenordnung (AO) genoemd doel.

van de idee achter de in Nederland nooit ingevoerde maatschappelijke onderneming. Gelijk ik voor de ANBI-regeling en maatschappelijke onderneming in hoofdstuk 1 bij de afbakening van het onderzoek heb besproken, kan deze Duitse rechtsfiguur mijns inziens niet worden gezien als een in dit onderzoek bedoelde overheidsonderneming. Daarbij komt dat het nog maar de vraag is of de gGmbH als zelfstandige rechtspersoon in Duitsland erkend wordt. Zo heeft het *Oberlandesgericht* van München eind 2006 geoordeeld dat de afkorting gGmbH niet in het handelsregister is in te schrijven aangezien daar op grond van een restrictieve uitleg van de wet geen ruimte voor zou bestaan.²⁴ In de literatuur wordt er overigens vanuit gegaan dat, wanneer een onderneming de naam voluit geschreven gebruikt er geen problemen zouden moeten ontstaan,²⁵ maar de onzekere status van deze rechtsfiguur zou mijns inziens op zichzelf de rechtsvorm reeds moeten diskwalificeren voor het onderbrengen van een overheidsonderneming waarvoor helderheid en rechtszekerheid wenselijk zijn.

Kortom, hoewel er de mogelijkheid bestaat voor bepaalde ideële ondernemingen om te opteren voor een fiscaal voordelig regiem, ontbreekt een helder vennootschapsrechtelijk kader voor het onderbrengen van een overheidsonderneming. Aldus bestaat een grote vrijheid voor de Duitse overheid om voor verschillende privaatrechtelijke rechtsvormen te opteren. Wel bestaat de plicht voor overheidsondernemingen om een specifiek voor publieke ondernemingen in 2009 ingevoerde code na te leven. In de volgende paragraaf ga ik nader in op deze zogenoemde *Public Corporate Governance Kodex*.

Public Corporate Governance Kodex

Op 1 juli 2009 heeft de Duitse overheid de *Public Corporate Governance Kodex* (afgekort als PCGK) ingevoerd. De code is gebaseerd op de reeds bestaande *corporate governance* code voor beursgenoteerde ondernemingen²⁶ en is een uitwerking van de reeds bestaande 'Hinweise für die Verwaltung von Bundesbeteiligungen.' Ten aanzien van het doel achter de invoering van een dergelijke code stelt de minister van Financiën:

'Der PCGK enthält vorrangig Empfehlungen zur Verbesserung von Prozessen und Arbeitsstrukturen der Unternehmensorgane Vorstand/Geschäftsführung, Aufsichts-/Verwaltungsrat.'²⁷

24 Zie OLG München 31 december 2006, NJW 2007, 1601 waar art. 4 van het GmbHG strikt wordt uitgelegd.

25 Zie bijvoorbeeld H.J. Priester, W. Bayer (red.), *Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht*, Verlag C.H. Beck: München 2011, p. 139.

26 De 'Deutschen Corporate Governance Kodex', afgekort weergegeven als DCGK.

27 Zie http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Bundesvermoegeen/Public_Corporate_Governance_Kodex/unternehmensfuehrung-in-offentlichen-unternehmen.html.

Een betere en transparantere bedrijfsvoering en beloningstructuur binnen staatdeelnemingen zou bereikt moeten (kunnen) worden volgens het uit de reguliere code bekende mechanisme van *comply or explain*. Bovendien moet de actieve(re) rol van de Staat als aandeelhouder duidelijk vastgelegd worden, hoewel de minister zelf al contateert dat:

‘...bereits im Haushaltsgrundsatzgesetz vorgesehenen Prüfrechte bei Unternehmen mit mehrheitlicher staatlicher Beteiligung schon einen hohen Standard vorgeben.’²⁸

Hoewel het mijns inziens prijzenswaardig is dat de Duitse overheid haar bijzondere positie ten opzichte van de reguliere ondernemingen met de instelling van deze bijzondere *corporate governance* code voor overheidsondernemingen erkent, denk ik niet dat een code het meest geschikte instrument is om staatsdeelnemingen in te richten. Daarbij is de onmogelijkheid om de code wettelijk af te dwingen het grootste bezwaar. Zeker in combinatie met het *comply or explain* mechanisme lijkt mij er te veel ruimte te bestaan om af te wijken van de toepassing van de inhoud van de code, zodat aan de effectiviteit van het instrument moet worden getwijfeld. Zo kan met het oog op het beloningenbeleid in overheidsondernemingen worden afgevraagd of en in hoeverre er een matigend effect van deze code uitgaat door de vrijblijvendheid. De PCGK is overigens niet van toepassing op beursgenoteerde vennootschappen waar de Staat een aandeel in houdt; hier is de reguliere Duitse corporate governance code van toepassing.²⁹ Mijns inziens had men kunnen volstaan met het van toepassing verklaren van de algemene code op staatsdeelnemingen zoals in Nederland is gebeurd, hoewel nu wel enkele specifiek op staatsdeelnemingen, waaronder de hierna te bespreken Deutsche Bahn AG, gerichte bepalingen konden worden opgenomen.³⁰

28 Zie http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Bundesvermoege/Public_Corporate_Governance_Kodex/unternehmensfuehrung-in-oeffentlichen-unternehmen.html.

29 Het betreft Deutsche Telekom en Deutsche Post.

30 Zie bijvoorbeeld de hieronder nader te bespreken DB AG. Op grond van art. 24 van de statuten is DB AG gehouden de public codex te volgen, of afwijkingen daarvan uit te leggen.

2.3 De Deutsche Bahn AG als voorbeeld van een Duitse overheidsonderneming

2.3.1 Algemeen

De Deutsche Bahn AG (hierna: DB AG) is een Duitse spoorwegonderneming met haar statutaire zetel in Berlijn.³¹ De vennootschap is in 1994 ontstaan uit een fusie tussen de *Deutsche Bundesbahn*, de staatsspoorwegonderneming van voormalig West Duitsland, en de *Deutsche Reichsbahn*, de spoorwegonderneming die in de voormalige DDR bestond.³² Alle aandelen zijn in staatshanden.³³

De belangrijkste dochterondernemingen zijn *DB Regio*, verantwoordelijk voor streekvervoer van personen, *DB Fernverkehr* voor het lange afstandsvervoer van personen, *DB Schenker Rail* voor het goederenvervoer en de dochter *DB Netz* die verantwoordelijk is voor de infrastructuur.

2.3.2 De toekomst van DB AG: Staat blijft aandeelhouder

Zoals in hoofdstuk 6 reeds aan de orde is geweest, werd met het van kracht worden van EU-Richtlijn 91/440/EWG in 1991 een hervorming van het Europese spoorwegvervoer beoogd. Aanvankelijk werd in dat kader de gedeeltelijke privatisering van de DB AG noodzakelijk geacht.³⁴ Na een kritisch rapport van de federatie van Duitse industrie ondernemingen in 2006³⁵ en aansluitend het intreden van de kredietcrisis werd een beursgang uitgesteld.³⁶ Ook de in 2008 speciaal met het oog op de afsplitsing van het personenvervoer van het spoornetbeheer opgerichte dochter, DB Mobility Logistics AG – die (gedeeltelijk) geprivatiseerd zou worden – is nog steeds volledig in handen van DB AG

31 Zie art. 1 lid 2 de statuten van DB AG zoals die gelden per 24 maart 2010, geraadpleegd op 17 maart 2013 via de website <http://www1.deutschebahn.com/ecm2-db-de/ir/cg/satzung.html>.

32 Zie voor een chronologisch overzicht van de historie van de DB en haar rechtsvoorgangers de website: <http://www.deutschebahn.com/de/konzern/geschichte/>.

33 Zie art. 3 lid 4 van de statuten van DB AG zoals die gelden per 24 maart 2010, geraadpleegd op 17 maart 2013 via de website <http://www1.deutschebahn.com/ecm2-db-de/ir/cg/satzung.html> en het jaarverslag 2011 van Deutsche Bahn, p. 218, raad te plegen via http://www1.deutschebahn.com/linkableblob/ecm2-db-de/2350464/data/2011_gb_dbkonzern-data.pdf.

34 Zie bijvoorbeeld de verklaring van de toenmalig raad van commissarissen, waarin expliciet wordt uitgegaan van een beursgang voor de onderneming.

35 Het rapport, met de titel 'Privatisierung der integrierten Deutschen Bahn AG – Auswirkungen und Alternativen', is te raadplegen via de website: http://www.bdi.eu/download_content/InfrastrukturUndLogistik/BDI-DIHK_Bahnstudie-Januar_2006.pdf.

36 Zie *Zeit* 14 november 2008, 'Finanzkrise stoppt Börsengang der Bahn', raad te plegen via: <http://www.zeit.de/online/2008/42/bahn-boerse>.

en aldus van de Duitse staat.³⁷ Sinds mei 2012 lijkt de privatisering van de DB AG volledig van de baan te zijn.³⁸

2.3.3 Statutaire rechten binnen DB AG voor de Duitse Staat

Op grond van het hierboven reeds genoemde artikel 65 van het *Bundeshaushaltsordnung* (hierna: BHO)³⁹ kan de Duitse overheid gebruikmaken van privaatrechtelijke rechtsvormen om haar taak uit te oefenen. Dit kan echter alleen wanneer:

‘ein wichtiges Interesse des Bundes vorliegt und sich der vom Bund angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen läßt.’⁴⁰

Bovendien moet de Duitse Staat een ‘angemessenen Einfluß’ behouden, in het bijzonder op de raad van commissarissen.⁴¹ Op grond van het zesde lid van het genoemde artikel moet de bevoegde minister er op toezien dat de door de Staat aangewezen bestuurders of toezichthouders:

‘bei ihrer Tätigkeit auch die besonderen Interessen des Bundes berücksichtigen’.⁴²

Om een dergelijke overheidsinvloed te verzekeren dienen de statuten van ondernemingen waar de overheid in deelneemt op een zodanige wijze te zijn ingericht, dat effectieve overheidsinvloed mogelijk is. In de statuten van de DB AG wordt dan ook op verschillende plaatsen naar de rol van de Duitse Staat verwezen. Zo is in artikel 5 van de statuten van de DB AG vastgelegd dat bekendmakingen van de onderneming in het Duitse Staatsblad moeten worden openbaargemaakt.⁴³ Daarnaast heeft de Staat het recht drie personen (van de totaal tien personen die door de vergadering van aandeelhouders worden

37 Zie het jaarverslag Deutsche Bahn 2011, waar met betrekking tot DB Mobility Logistics AG (DB ML AG) wordt gesteld: ‘Derzeit befindet sich die DB ML AG zu 100 Prozent im Eigentum der DB AG. Die DB AG hatte ursprünglich geplant, die Tochtergesellschaft DB ML AG im Oktober 2008 an die Börse zu bringen. Angesichts der extremen Unsicherheiten an den Finanzmärkten infolge der Finanzkrise und zur Wahrung eines dem Wert des Unternehmens angemessenen Emissionspreises hat die DB AG zusammen mit ihrem Eigentümer, der Bundesrepublik Deutschland, entschieden, den Börsengang der DB ML AG zu verschieben. Ein neuer Zeitpunkt wurde noch nicht festgelegt.’

38 Zie *Handelsblatt* 27 mei 2012, ‘Börsengang der Bahn derzeit kein Thema’.

39 Zie <http://www.gesetze-im-internet.de/bho/BJNR012840969.html>.

40 Zie art. 65 lid 1 sub 1 BHO.

41 Zie art. 65 lid 1 sub 3 BHO.

42 Zie art. 65 lid 6 BHO.

43 Zie art. 5 van de statuten van DB AG zoals die gelden per 24 maart 2010, geraadpleegd op 17 maart 2013 via de website <http://www1.deutschebahn.com/ecm2-db-de/ir/cg/satzung.html>.

benoemd) te benoemen in de raad van commissarissen.^{44,45} Interessant is dat dit benoemingsrecht gekoppeld is aan het meerderheidsaandeel dat de Duitse Staat dient te bezitten, op grond waarvan reeds leden van de raad van commissarissen benoemd kunnen worden. Een verklaring van een dergelijke ogenschijnlijk overbodige bepaling zou kunnen liggen in artikel 394 en 395 AktG waar een regeling voor het delen van informatie door van overheidswege benoemde personen binnen vennootschappen is opgenomen. Overigens wordt in de Duitse literatuur aangenomen dat de zwijgplicht van de leden van de raad van commissarissen met betrekking tot vertrouwelijke informatie over de onderneming, in het algemeen *boven* de informatieplicht aan de door deze leden vertegenwoordigde personen of instellingen gaat.⁴⁶ Maar in de hierboven genoemde artikelen 394 en 395 AktG is een uitzonderingsregeling opgenomen voor leden van de raad van commissarissen die zijn benoemd door een publiekrechtelijk lichaam, zodat de informatievoorziening aan de overheid niet in gevaar hoeft te komen.⁴⁷ Hiermee wordt mijns inziens voorkomen dat een onduidelijke situatie zoals voor de door de overheid bij ING 'aangewezen' commissarissen ontstaat, zoals besproken in hoofdstuk 4: de commissaris bij ING had zich bij het bestaan van een soortgelijke regeling met deze specifieke regels met betrekking tot informatiedeling eenvoudig kunnen beroepen op zijn uitzonderingspositie op grond van 'artikel 395 AktG.'

Overigens heeft de Duitse overheid op grond van artikel 22 van de statuten ook steeds de mogelijkheid om gebruik te maken van haar bestuursrechtelijke controlerechten conform artikel 53 *Haushaltsgrundsatzgesetzes*. Ook de bevoegdheden van de Duitse Rekenkamer die haar op grond van artikel 54 *Haushaltsgrundsatzgesetzes*, toekomen worden expliciet in de statuten genoemd. Hierdoor is, zonder al te veel af te doen aan het privaatrechtelijk karakter van de onderneming, wel duidelijk dat er een bijzonder publiekrechtelijk kader bestaat op grond waarvan de overheid bepaalde bijzondere extra bevoegdheden heeft. Of deze bevoegdheden zijn toegelaten volgens Europees recht, valt onder de toetsing aan de vrij verkeerregels zoals ik die in hoofdstuk 5 heb besproken. Wanneer de Staat deze bevoegdheden heeft vanwege de meerderheid van de aandelen die zij houdt – zoals bij DB AG – en niet afwijkt van het reguliere vennootschapsrechtelijke kader, voorzie ik echter geen problemen.

44 De *Aufsichtsrat* heeft vergelijkbaar met de raad van commissarissen het recht om bepaalde besluiten van het bestuur goed te keuren. Zie in dit geval art. 8 van de statuten van de DB AG.

45 Zie art. 10 lid 2 van de statuten. Tien leden van de raad van commissarissen worden benoemd door de vergadering van aandeelhouders en tien leden van de raad van commissarissen worden benoemd door de werknemers.

46 Zie T. Raiser en R. Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, München: Verlag Franz Vahlen 2010, p. 182, nr. 97.

47 Op grond van art. 394 AktG geldt de uitzondering overigens slechts voor zover de informatie voor de uitoefening van de taak relevant is.

2.4 Tussenconclusie

Mijns inziens zou de Nederlandse overheid een voorbeeld kunnen nemen aan de pragmatische houding van de Duitse overheid ten aanzien van de positie van de overheid in bepaalde voor de behartiging van een publiek belang essentiële vennootschappen. Hoewel de juridische mogelijkheden voor overheidsinvloed in het Duitse recht grotendeels overeenkomen met de mogelijkheden in het Nederlandse recht, blijkt uit de wijze waarop de Duitse overheid overheidsondernemingen gebruikt en inricht dat op de betrokkenheid van de Duitse overheid bij private ondernemingen met een publieke taak minder een taboe heerst dan het geval is in de Nederlandse rechtsorde.

De Duitse overheid lijkt meer dan de Nederlandse overheid oog te hebben voor het feit dat ondanks een verzelfstandiging of privatisering van publieke taken, de uiteindelijke politieke verantwoordelijkheid blijft rusten bij de overheid. Het is derhalve ten aanzien van het presteren van deze onderneming met een publieke taak wenselijk een bepaalde mate van overheidsinvloed te waarborgen, om het functioneren en de besluitvormingsprocessen te kunnen beïnvloeden met het oog op de behartiging van het publieke belang. Het *Mitbestimmungsrecht* dat sterker is dan de goedkeuringsrechten van de ondernemingsraad in het Nederlandse vennootschapsrecht maakt wellicht de idee dat de overheid ten behoeve van het publieke belang een bijzondere positie moet krijgen eenvoudiger te accepteren binnen het Duitse vennootschapsrechtelijke kader. Door het bestaan van het zogenoemde *Mitbestimmungsrecht* voor bepaalde groepen personen – inhoudende een aan een bepaald belang gekoppelde beïnvloedingsmogelijkheid – is de sterke positie van de overheid in overheidsondernemingen minder opzienbarend.

Met de *Einwirkungs-* of *Ingerenzpflicht* wordt in feite gewaarborgd dat overheidsinvloed stevig in de voor het publieke belang relevante ondernemingen wordt verankerd.

3 BELGIË

3.1 Algemeen

‘Wie in de toekomst wil kijken, moet naar België reizen. Het is misschien even wennen voor wie Nederland altijd als gidsland zag, maar voor sociologen, politologen en bestuurskundigen is België, en dan vooral Vlaanderen, een interessant studieobject’.⁴⁸

48 Zie M. Bovens, ‘Voorland Vlaanderen. België als maatschappelijk model’, *De academische boekengids*, 2005/48, p. 15. Bovens beschrijft onder andere een boek van de auteurs M. Elchardus en W. Smits, *Anatomie en oorzaken van het wantrouwen*, Brussel: VUB-Press 2002,

Mijns inziens gaat deze stelling ook voor juristen op. Het Koninkrijk België verkeerde enige tijd in politiek bestuurlijk en staatsrechtelijk roerige tijden, maar met de beëdiging van Albert Delio Di Rupo anderhalf jaar na aanvang van de formatie lijkt de relatieve rust te zijn weergekeerd. Ondanks de vragen die de staatsrechtelijke crisis heeft opgeworpen over de bestuurlijke organisatie van het Koninkrijk, kan de bestudering van de wijze waarop overheidsinvloed is vormgegeven in het huidige Belgische systeem nuttig zijn. Met name de wijze waarop het Belgische recht invulling geeft aan de positie van de overheid binnen bepaalde ondernemingen is voor dit onderzoek interessant. Hier kunnen namelijk aanknopingspunten worden gevonden voor de vormgeving van overheidsinvloed in het Nederlandse rechtspersonenrecht. Een vergelijking van het Nederlandse recht met de vennootschapsrechtelijke mogelijkheden in het Belgische recht in het kader van dit onderzoek is zinvol, aangezien België een breder palet aan rechtsvormen kent dan Nederland.

In België zijn verschillende rechtsfiguren ingevoerd die aan het aldaar gevoelde tekort in de zogenoemde 'sociale economie' moesten voldoen. Op de website van de federale overheid lezen we:

'Sociale economie is een alternatief voor de klassieke economie. Deze alternatieve vorm van economie is niet uitsluitend gebaseerd op winst, maar steunt op de volgende belangrijke principes: autonomie van bestuur ten opzichte van de overheid; werkgelegenheid primeert op kapitaal bij de herverdeling van de winst; het doel is dienstverlening aan de leden en de maatschappij, die primeert op winst; een democratisch beslissingsproces en een ecologisch verantwoorde productie in een kader van duurzame ontwikkeling.'⁴⁹

De in het Belgische recht bestaande rechtsfiguren – zoals de vereniging zonder winstoogmerk (VZW) en vennootschappen met sociaal oogmerk (VSO) – beogen alle een zeker maatschappelijk belang te behartigen.

Daarnaast kent het Belgische recht een specifieke kwalificatie van de vennootschapsvorm die kan worden ingesteld om publieke belangen te behartigen en aldus door de overheid wordt gebruikt, te weten de vennootschap van publiek recht. Omdat in het kader van dit onderzoek wordt onderzocht in hoeverre de overheid invloed uit kan oefenen op de behartiging van een publiek belang door *private* ondernemingen, verdient met name de in beginsel op het privaatrechtelijk vennootschapsrechtelijke kader gebaseerde 'naamloze vennootschap van publiek recht' nadere aandacht als model voor de mogelijke vormgeving van een Nederlandse overheidsonderneming. Hoewel België wat

waar de auteurs een negatief toekomstbeeld schetsen vanwege de vertrouwenscrisis in België. M. Hooghe is positiever over de ontwikkelingen in België. Zie M. Hooghe, *Sociaal kapitaal in Vlaanderen. Verenigingen en democratische politieke cultuur*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2003.

49 Zie http://www.belgium.be/nl/economie/sociale_economie/.

betreft vennootschapsvormen naast de naamloze vennootschap ook de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BVBA), de landbouwvennootschap, het Europees economisch samenwerkingsverband en de Europese vennootschap kent, wordt in dit onderzoek met name nader ingegaan op de naamloze vennootschap, al dan niet met de kwalificatie 'van publiek belang'. Ook de personenvennootschappen blijven buiten beschouwing.⁵⁰ De coöperatieve vennootschap wijkt niet dusdanig af van de in het Nederlandse rechtspersonenrecht geregelde equivalente figuur dat deze bespreking behoeft, en deze blijft derhalve achterwege.

Alvorens toe te komen aan de positie van overheidsbedrijven in de Belgische rechtsstaat, de wijze waarop het Belgische recht deze naamloze vennootschap van publiek recht heeft ingericht en hoe deze in beginsel publiekrechtelijke figuur binnen het vennootschapsrecht is ingebed, volgt een korte omschrijving van de andere Belgische, voor dit onderzoek relevante rechtsvormen.

3.2 De overheidsonderneming in het Belgisch staatsrechtelijk kader

Evenals in Nederland, is ook in België de verzelfstandiging van overheidsbedrijven voor en rond de eeuwwisseling een belangrijk thema op de politieke agenda. Hieraan lag ten grondslag de in hoofdstuk 5 besproken wens tot Europese economische eenwording, die veelal resulteerde in een verzelfstandiging van overheidsondernemingen. De overheidsondernemingen transformeerden ook in België van 'beschermde bedrijven met een administratieve status naar bedrijven die meer en meer zelfstandig geleid (werden) als commerciële entiteiten, al dan niet in overheidshanden.'⁵¹

Verschil met Nederland is echter dat in België een historisch gegroeide onwil om te privatiseren bestond en dat de onder Europese druk tot stand gekomen privatiseringen steeds werden vormgegeven binnen een wettelijk kader dat

50 Het Belgisch Wetboek van Vennootschappen kent als personenvennootschapsvormen de maatschap, de tijdelijke handelsvennootschap, de stille handelsvennootschap, de vennootschap onder firma (VOF), de gewone commanditaire vennootschap (gcv) en de commanditaire vennootschap op aandelen.

51 Hoewel Spinnewijn in 2006 nog concludeerde dat 'Die tendens (...) duidelijk naar voren [kwam] in de door ons bestudeerde periode tussen 1997 en 2003, maar (...) duidelijk haar eindpunt nog niet [bereikte]' zie H. Spinnewijn, *Overheidsparticipaties in de marktsector in België, 1997-2003*, Planning Paper 99 van het Federaal Planbureau, januari 2006, p. 6, nam het aantal participaties door de overheid in de marktsector de afgelopen jaren juist weer toe. Zie H. Spinnewijn, *Overheidsparticipaties in de marktsector*, rapport van 14 juli 2011, te raadplegen via de website van het Belgische Federaal Plan Bureau, http://www.plan.be/admin/uploaded/201107132043490.CP_HS_overheidspart_juli_2011_NL.pdf.

tegen privatisering was gericht.⁵² Evenals in Nederland lijkt tegenwoordig in België weer een grotere nadruk te liggen op de invulling van (bestaande) bevoegdheden voor de overheid (bijvoorbeeld op het terreinen van beloningen van de bestuurders van dergelijke vennootschappen) dan op de wens verder te privatiseren.⁵³

Met betrekking tot de bevoegdheid van Belgische (lagere) overheden om deel te nemen in ondernemingen of om rechtspersonen op te richten, moet het volgende over de staatsrechtelijke of federale bevoegdhedenstructuur worden gezegd. Naast de ontwikkeling dat België – evenals andere EU lidstaten – delen van haar soevereiniteit aan de EU heeft afgestaan, is in België een gecompliceerde bevoegdhedenstructuur gegroeid. Hierdoor heeft de federale overheid veel van haar bevoegdheden aan andere overheden verloren. Sinds de jaren zeventig is een hervormingsproces gaande waardoor de eenheidsstaat België geleidelijk is omgevormd tot een federale staat.⁵⁴ België is nu een federale Staat, samengesteld uit de gemeenschappen en de gewesten.⁵⁵ Er zijn drie gemeenschappen (de Vlaamse, Franse en Duitstalige Gemeenschap) en drie gewesten (het Vlaamse, Waalse en Brussels Hoofdstedelijk Gewest).⁵⁶ Aan het hoofd van de federatie staat de Koning. Een aanzienlijk deel van de federale bevoegdheden is overgedragen aan de gewesten en gemeenschappen.⁵⁷ Tussen de verschillende niveaus bestaat in beginsel geen hiërarchie.

52 Zie W. Devroe, 'Privatisering en verzelfstandiging. Een verkenning vanuit Europees en nationaal economisch recht', *jura falconis*, 2000/37, nr. 3, p. 299.

53 Zie bijvoorbeeld een voorstel van de minister van Overheidsbedrijven om het salaris van bestuurders van overheidsondernemingen te maximeren op €290.000,-. Zie het wetsvoorstel van 14 november 2012, betreffende de bezoldiging van de personeelsleden en van de mandatarissen van de instellingen van openbaar nut, van de autonome overheidsbedrijven en de rechtspersonen waarop de Staat rechtstreeks of onrechtstreeks een overheersende invloed uitoefent, als natuurlijke persoon, *Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers* 2012/13 DOC 53, 2445/004.

54 De grondwet is verschillende keren aangepast met het oog op deze staatshervormingen. In 1970 is het einde van de unitaire staat in de grondwet vastgelegd en in 1993 is een grote stap naar een federale staat gemaakt. Belangrijke wijzigingen van de grondwet met het oog op de hervorming van de staat vonden plaats in de jaren 1970, 1980, 1988, 1993 en 2001-2003. De na de in 2008 ontstane crisis in 2011 onder leiding van Elio Di Rupo overeengekomen zesde staatshervorming lijkt door de overdracht van meer bevoegdheden van federaal niveau naar de gewesten en gemeenschappen een verdere ontvlechting van België te veroorzaken.

55 Zie art. 1 van de Belgische Grondwet. De Grondwet is te raadplegen via de website http://www.senate.be/doc/const_nl.html.

56 Zie respectievelijk art. 2 en 3 van de Belgische Grondwet.

57 Zie de 'Bijzondere wet tot hervorming der instellingen' welke werd aangenomen op 8 augustus 1980 en verscheen in het Belgisch Staatsblad van 15 augustus 1980. Overeenkomstig haar art. 95 trad deze in werking op 1 oktober 1980. Daarnaast bestaan er bovendien nog provincies en gemeenten, met ieder hun eigen bevoegdheden. Zie art. 5 en 6 Belgische Grondwet.

De interne bevoegdhedenverdeling is beknopt weergegeven als volgt. De bevoegdheden met betrekking tot nationale aangelegenheden, zoals defensie, rechtspraak, buitenlandse zaken en het sociale zekerheidsstelsel, komen in beginsel toe aan de federale staat.⁵⁸ Ook het economische en monetaire systeem vallen onder de federale verantwoordelijkheid. De overige bevoegdheden zijn verdeeld tussen de verschillende gewesten en gemeenschappen, die hun bevoegdheden in beginsel geheel onafhankelijk van elkaar kunnen uitoefenen.⁵⁹ De drie gewesten hebben bevoegdheden met betrekking tot zaken als de lokale economie, ruimtelijke ordening, openbare werken en het milieu, terwijl de gemeenschappen bevoegdheden hebben met betrekking tot zaken die op het culturele vlak liggen.⁶⁰ Het Grondwettelijk Hof waakt erover dat wetgeving van de federale regering, de gemeenschappen en gewesten deze bevoegdheidsverdeling eerbiedigt.

De hierboven opgesomde bevoegdheden geven zowel de federale staat, als de gewesten en gemeenschappen de mogelijkheid om (overheids)ondernemingen op te richten. De federale staat, de gemeenschappen en de gewesten nemen dus afzonderlijk deel aan het economische rechtsverkeer en borgen (verschillende) publieke belangen. Zo heeft de federale overheid een aandeel in vennootschappen als Belgacom, bpost (tot 2011 De Post)⁶¹ en The Brussels Airport

58 Maar de gewesten en gemeenschappen hebben ook steeds een eigen bevoegdheid. Zo kunnen de gemeenschappen en gewesten verdragen sluiten met betrekking tot zaken waartoe zij bevoegd zijn. Zie art. 167 lid 1 Belgische Grondwet.

59 Zie voor een helder en beknopt overzicht van de Belgische staatsinrichting: C. van der Elst, *Management, decision-making and supervision of Belgian state owned enterprises: an inefficient patchwork?*, Financial Law Institute, Universiteit Gent 2006, i.h.b. p. 3 e.v. en Van Bael en Bellis, *Business Law Guide to Belgium*, Den Haag: Kluwer Law International 2003, p. 1-24. De bevoegdheden van de federale staat zijn te verdelen in drie hoofdgebieden: 1. Specifiek aan de staat toegekende bevoegdheden als de defensie- en politietaak; 2. bevoegdheden toegekend in uitzondering op de regionale en gewestelijke bevoegdheden, veelal in verdragen vastgelegde verplichtingen; 3. restbevoegdheden.

In het algemeen kan gesteld worden dat de federale regering bevoegd is gebleven met betrekking tot alle zaken die vallen binnen het algemeen belang zoals financiën, monetair beleid, defensie, rechtspraak, buitenlandsbeleid en sociale zekerheid. Ook het vennootschapsrecht blijft een federale bevoegdheid.

De drie gewesten hebben bevoegdheden met betrekking tot culturele zaken, onderwijs, zaken die op de persoonlijke levenssfeer zien (inclusief gezondheidszorg) en de taal. De regio's hebben een in de wet van 8 augustus 1980 opgesomde lijst aan bevoegdheden. Deze bevoegdheden hebben onder meer betrekking op de waterhuishouding, agrarisch beleid, economisch beleid, werkgelegenheid, publieke werken en vervoer. Sinds 2002 vallen ook buitenlandse handel, visserij en de inrichting van gemeenten onder de bevoegdheid van de regio's.

60 Zie voor de bevoegdheden van de Gemeenschappen art. 38 en 39 van de Belgische Grondwet. De Regeling met betrekking tot de Gewesten is neergelegd in de 'Bijzondere wet op de hervorming der instellingen'.

61 Zie <http://www.bpost.be/site/nl/postgroup/bpost/index.html>.

Company.⁶² Maar ook gewesten of gemeenschappen zijn in veel ondernemingen als meerderheids- of enig aandeelhouder aanwezig.⁶³

De federale Staat heeft echter enkele additionele bevoegdheden met betrekking tot overheidsondernemingen zoals geregeld in de hierna in paragraaf 3.5 te bespreken autonome overheidsbedrijvenwet. Deze zijn gecentraliseerd bij de minister van overheidsbedrijven zoals wordt besproken in paragraaf 3.6. Er is naast het instrument van overheidsaandeelhouderschap tevens een groot aantal andere rechtsfiguren voor overheidsinvloed. Volgens Alen en Devroe zijn er zelfs 18 verschillende soorten gemengd publiek-privaatrechtelijke rechtspersonen aan te wijzen.⁶⁴ Denk daarbij aan parastatalen of (autonome) instellingen van openbaar nut,⁶⁵ intercommunale verenigingen van gemeenten,⁶⁶ regies,⁶⁷ openbare instellingen,⁶⁸ autonome overheidsbedrijven en naamloze vennootschappen van publiek recht. Op gemeentelijk niveau bestaan voorts onder andere gemeentebedrijven en Openbare Centra voor Maatschappelijk Welzijn (OCMW). Ten slotte bestaat ook nog de mogelijkheid voor de verschillende rechtspersonen om, zoals in paragraaf 3.4.2 van dit hoofdstuk wordt besproken, aangemerkt te worden als vennootschappen met een sociaal oogmerk.

62 Zo heeft de Belgische Staat nog een belang van 25% in deze vennootschap, zie http://www.brusselsairport.be/nl/corporate/our_company/Mission_Vision_Values/.

63 Zo heeft bestuur van de gemeente Gent aangegeven dat het autonoom gemeentelijk havenbedrijf van Gent wordt omgezet in een naamloze vennootschap van publiek recht, om de samenwerking met de havens van Terneuzen en Vlissingen en andere private partijen te vergemakkelijken. Vanzelfsprekend verschilt de positie van de overheid bij dergelijke verschillende rechtsvormen. Zie het bericht op de website van de Zeeland Port Promotion Council: <http://zppc.nl/index.php/news/122-havenbedrijf-gent-wordt-nv-van-publiek-recht>.

64 A. Alen en W. Devroe, *Verzelfstandiging van bestuurstaken in België*, W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 172.

65 Dit is een specifiek in België gebruikte term voor een op afstand geplaatste overheidsinstelling, het beste te vergelijken met het Nederlandse agentschap of zelfstandige bestuursorgaan. Voorbeelden zijn het Federaal Agentschap voor de Veiligheid van de Voedselketen (FAVV) en de Belgische Regie der Gebouwen.

66 Een intercommunale is in beginsel een vereniging van gemeenten. In de zogenoemde zuivere intercommunale, kunnen ook private partijen deelnemen in welk geval men spreekt van een gemengde intercommunale. De meeste intercommunales zijn openbare instellingen. Zie W. Devroe, *Deugdelijk bestuur van overheidsondernemingen*, bijdrage tot het seminarie georganiseerd door het Instituut voor Bestuurders Planning Paper 87, p. 32- 33, <http://www.plan.be/admin/uploaded/200605091448064.PP087nl.pdf>.

67 Denk aan de reeds genoemde Regie der Gebouwen en voorheen de Regie der posterijen.

68 Openbare instellingen zijn publiekrechtelijke rechtsvormen waarin ondernemingen een statutaire opdracht vervullen van commerciële, financiële of industriële aard. Zie W. Devroe, *Deugdelijk bestuur van overheidsondernemingen*, bijdrage tot het seminarie georganiseerd door het Instituut voor Bestuurders Planning Paper 87, p. 32- 33, <http://www.plan.be/admin/uploaded/200605091448064.PP087nl.pdf>.

Het deelnemen in het aandelenkapitaal van verschillende rechtspersonen door de Belgische overheden is niet wezenlijk anders dan de wijze waarop de Nederlandse Staat en de decentrale overheden deelnemen aan het rechtsverkeer. Bijzondere verschillen tussen de mogelijkheden van de Nederlandse en Belgische rechtspersonen komen naar voren bij bestudering van de regelingen van de verschillende rechtsvormen. Hieronder wordt eerst nader ingegaan op het algemene kader van het Belgische vennootschapsrecht.⁶⁹

3.3 Het Belgisch kader voor rechtspersonen

België kent geen specifiek voor de rechtspersoon geschreven wetboek, zoals dat in Nederland wel bestaat. De meeste Belgische rechtspersonen hebben een belangrijke, gezamenlijke grondvorm, namelijk die van de vereniging. Van Gerven geeft de volgende definitie van de Belgische vereniging:

‘Wanneer twee of meer personen overeenkomen om samen te werken op een voet van gelijkheid, teneinde een gezamenlijk doel te verwezenlijken, en ze daarvoor hun kennis, werk of activa in gemeenschap brengen, ontstaat een vereniging.’⁷⁰

Onder het begrip vereniging in ruime zin vallen in België derhalve zowel de in het Wetboek van Vennootschappen geregelde vennootschappen als de onder de Wet op de verenigingen en stichtingen vallende vereniging zonder winstoogmerk (de vereniging in enge zin).⁷¹ In de volgende paragraaf komt deze vereniging zonder winstoogmerk kort aan de orde om deze uit te sluiten als vehikel voor de overheidsonderneming.⁷² Alvorens vervolgens toe te komen

69 De verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de beroepsverenigingen blijven buiten beschouwing omdat zij buiten het bestek van dit onderzoek vallen. Zie uitgebreid over de verenigingen zonder winstoogmerk: D. van Gerven, *Handboek verenigingen. De verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid, de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk, de beroepsverenigingen en de buitenlandse verenigingen*, Biblio 2004 Kalmthout.

70 Zie D. van Gerven, *Handboek verenigingen. De verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid, de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk, de beroepsverenigingen en de buitenlandse verenigingen*, Kalmthout: Biblio 2004, p. 31 en H. Braeckmans en R. Houben, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen – Cambridge Intersentia 2012, p. 10.

71 Deze ruime omschrijving van het genus vereniging omvat zowel de vennootschap als de vereniging in de enge zin, namelijk die zonder winstoogmerk. In deze ruime betekenis omvat de vereniging ook het Europees economisch samenwerkingsverband dat geen vennootschap is. D. van Gerven, *Handboek verenigingen. De verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid, de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk, de beroepsverenigingen en de buitenlandse verenigingen*, Kalmthout: Biblio 2004, p. 31.

72 De verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid en de beroepsverenigingen blijven buiten beschouwing. Zie uitgebreid over de verenigingen zonder winstoogmerk: D. van Gerven, *Handboek verenigingen. De verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid, de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk, de beroepsverenigingen en de buitenlandse verenigingen*, Kalmthout: Biblio 2004.

aan de vereniging *met* winstoogmerk, althans de vennootschap, volgen enige opmerkingen over de stichting waarin eventueel een overheidsonderneming gedreven zou kunnen worden.

3.3.1 De vereniging zonder winstoogmerk

Artikel 1 van de Wet op de verenigingen en stichtingen bepaalt dat de Vereniging zonder winstoogmerk (hierna: VZW) een vereniging is 'welke niet nijverheids- of handelszaken drijft en welke niet tracht een stoffelijk voordeel aan haar leden te verschaffen.' De VZW komt sterk overeen met de in het Nederlandse rechtspersonenrecht geregelde verenigingsfiguur, met dien verstande dat de VZW – in tegenstelling tot de ietwat ruimer geformuleerde Nederlandse vereniging – in beginsel geen winstoogmerk mag hebben en geen essentiële handelsactiviteit mag ontwikkelen.⁷³ Ook wanneer de VZW een ondergeschikte handelsactiviteit ontwikkelt is zij niet verplicht om zich in te schrijven in het handelsregister, aangezien zij niet wordt gezien als 'handelaar'.⁷⁴ Eventuele winst die behaald wordt, dient omwille van 'het belangeloos oogmerk' te worden aangewend voor het doel waarvoor de VZW is opgericht.⁷⁵

De Nederlandse vereniging mag daarentegen wel ondernemingsactiviteiten ontplooiën en een winstoogmerk hebben, zolang er maar geen winst wordt uitgekeerd.⁷⁶ De beperkte ruimte om aan het handelsverkeer deel te nemen, maakt de Belgische rechtsvorm mijns inziens ongeschikt om een (overheids)-onderneming in te drijven. Door de omschrijving in artikel 1 Wet op de verenigingen en stichtingen wordt de rechtsbevoegdheid van de VZW dusdanig

73 Geregeld in de eerste titel van de 'Wet betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen' (VZW-wet). In deze wet wordt in de tweede titel bovendien een onderscheid gemaakt tussen de 'stichting van openbaar nut' en de 'private stichting'. Art. 27 VZW-wet luidt: 'Een stichting kan worden erkend als zijnde van openbaar nut indien zij gericht is op de verwezenlijking van een werk van filantropische, levensbeschouwelijke, religieuze, wetenschappelijke, artistieke, pedagogische of culturele aard', te raadplegen via de website <http://www.juridat.be>.

74 Zie D. van Gerven, *Handboek verenigingen. De verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid, de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk, de beroepsverenigingen en de buitenlandse verenigingen*, Kalmthout: Biblio 2004, p. 40. Het is weliswaar mogelijk dat een VZW op beperkte schaal ondernemingsactiviteiten verricht zolang ze dat maar binnen de door de jurisprudentie gestelde eisen doet. Deze economische activiteiten dienen noodzakelijk te zijn voor de verwezenlijking van het ideële doel, en belangrijker te zijn dan de niet-economische activiteiten en de opbrengsten dienen te worden aangewend om het ideële oogmerk te realiseren. Zie H. Braeckmans en R. Houben, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen – Cambridge Intersentia 2012, p. 11.

75 D. van Gerven, *Handboek verenigingen De verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid, de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk, de beroepsverenigingen en de buitenlandse verenigingen*, Biblio 2004 Kalmthout, p. 39.

76 Zie art. 2:26 lid 3 BW.

beperkt dat ook deze als rechtsvorm voor de overheidsonderneming niet de meest geëigende lijkt. De beperking dat de rechtspersoon geen winstoogmerk mag hebben, past weliswaar bij de wens van de borging van publieke belangen aangezien er een spanningsveld kan bestaan tussen het doel van winstmaximalisatie en de borging van deze belangen. Het is immers mogelijk dat de behartiging van publieke belangen niet winstgevend is en ten koste gaat van winstmaximalisatie. Echter, indien vooraf vanwege de rechtsvorm reeds is bepaald dat de onderneming die daarin wordt gedreven geen winstoogmerk mag hebben, lijkt dit een beperking die het wezenlijke karakter van een onderneming geweld aandoet.

De VZW is derhalve mijns inziens evenmin als de Nederlandse verenigingsvorm geschikt om een onderneming in te drijven. Problematisch voor het onderbrengen van een overheidsonderneming is bovendien dat de VZW alleen kan worden opgericht door natuurlijke personen, zodat deze rechtsvorm niet in het leven kan worden geroepen door bijvoorbeeld één van de Belgische overheden. Wel zou de overheid eventueel lid kunnen worden van de vereniging, maar aldus heeft de overheid geen sterke positie in de organisatiestructuur om de borging van de desbetreffende publieke belangen te garanderen.⁷⁷

Kortom, indien een overheidsonderneming zou worden ondergebracht in deze rechtsvorm is er enerzijds de onnodige absolute beperking dat de onderneming geen winstoogmerk mag hebben, en is anderzijds de positie van (de overheid als) lid beperkt om een afdoende waarborg van het publieke belang te kunnen garanderen.

3.3.2 *De private stichting en de stichting van algemeen nut*

In de Wet op de verenigingen en stichtingen wordt een onderscheid gemaakt tussen twee verschillende stichtingsvormen, te weten de private stichting en de stichting van openbaar nut.⁷⁸ De stichtingen die op grond van deze wet

⁷⁷ Interne overheidscontrole is organisatorisch gezien alleen mogelijk indien de overheid ofwel lid van het bestuur is, ofwel een bestuurder van overheidswege kan benoemen en ontslaan.

⁷⁸ Bij Wet van 2 mei 2002 is de Wet van 27 juni 1921 op de Verenigingen en Stichtingen grondig gewijzigd. De bepalingen met betrekking tot de stichtingen zijn neergelegd in titel II van de Wet op de Verenigingen en Stichtingen, zie het Belgisch Staatsblad van 11 december 2002. De private stichtingsvorm is als evenbeeld van de in Nederland in Boek 2 BW neergelegde stichtingsvorm bij Wet van 2 mei 2002 door de Belgische wetgever ingevoerd. De hoofdreden voor deze aanvulling van het Belgische vennootschapsrecht was dat een gemis werd gevoeld, doordat bij de Belgische stichting van openbaar nut, het belangeloos karakter van het doel voorop stond. Een voordeel van de stichtingsfiguur in Nederland was dat in het geval van certificering, de stichting als rechtsvorm kon worden aangewend voor het administratiekantoor. De figuur van de private stichting die op de Nederlandse stichting is gebaseerd, voorzag derhalve in een lacune omdat met deze stichtingsfiguur wel economische activiteiten, ondernemingsactiviteiten ten behoeve van de behartiging van de certificaathoudersbelangen, mogen worden uitgeoefend, zolang dit maar niet gebeurt met een 'winstzoekend oogmerk'. Zie D. van Gerven, *Handboek stichtingen. De private stichting, de stichting als administratiekantoor, de stichting van openbaar nut en de buitenlandse*

niet als stichting van openbaar nut vallen aan te merken, zijn zogenaamde private stichtingen.⁷⁹ De stichting van openbaar nut is op grond van artikel 27 van de Wet op de verenigingen en stichtingen gericht op:

‘de verwezenlijking van een werk van filantropische, levensbeschouwelijke, religieuze, wetenschappelijke, artistieke, pedagogische of culturele aard’.

De stichting van openbaar nut is de opvolger van de ‘instelling van openbaar nut’. Om verwarring te voorkomen met de overheidsbedrijven bedoeld in de ‘Wet betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut’,⁸⁰ is de naam van deze rechtsvorm veranderd in stichting van openbaar nut.⁸¹ Deze rechtsvorm doet sterk denken aan de in Nederland voorgestelde maatschappelijke onderneming en kan op de in paragraaf 3.2 van hoofdstuk 1 genoemde gronden derhalve verder buiten beschouwing blijven.

Over de private stichting als mogelijke rechtsvorm voor de overheidsonderneming kort het volgende. De stichting kan worden opgericht door een rechtshandeling van één of meer natuurlijke personen of rechtspersonen.⁸² Evenals de VZW-rechtsvorm kan de stichting in beginsel geen stoffelijk voordeel nastreven.⁸³ Ondanks het belangeloos karakter van de stichting, kunnen de activiteiten van de stichting echter wel bedrijfsmatig zijn, zelfs in zoverre dat er sprake is van het drijven van een onderneming. Enerzijds lijkt de Belgische wetgever deze gang van zaken te honoreren, omdat deze praktijk in sommige gevallen

stichting, Kalmthout: Biblio 2004, p. 50.

79 De stichting van openbaar nut moet worden erkend bij Koninklijk Besluit met daaraan gekoppeld de goedkeuring van de statuten door de Minister van Justitie. Een stichting die niet valt onder de Wet op de verenigingen en Stichtingen mag de naam private stichting niet voeren. Zij mogen slechts de rechtsvorm ‘stichting’ gebruiken. D. van Gerven, *Handboek stichtingen. De private stichting, de stichting als administratiekantoor, de stichting van openbaar nut en de buitenlandse stichting*, Biblio 2004 Kalmthout, p. 45-46.

80 Zie de Wet van 16 maart 1954.

81 Zie D. van Gerven, *Handboek stichtingen. De private stichting, de stichting als administratiekantoor, de stichting van openbaar nut en de buitenlandse stichting*, Biblio 2004 Kalmthout, p. 35.

82 Art. 27 van de Wet op de Verenigingen en Stichtingen geeft de volgende definitie van de stichting: ‘Een stichting wordt opgericht door een rechtshandeling van één of meer natuurlijke personen of rechtspersonen waarbij een vermogen wordt aangewend ter verwezenlijking van een bepaald belangeloos doel. De stichting mag geen stoffelijk voordeel verschaffen aan de stichters, de bestuurders, of enig ander persoon, behalve, in dit laatste geval, indien dit kadert in de verwezenlijking van het belangeloos doel.’

83 Een verschil is dat de VZW alleen kan worden opgericht door natuurlijke personen. Daarbij heeft de stichting geen leden zoals de vereniging die kent en ook geen vennoten. Door het ontbreken van samenwerking tussen leden of vennoten, valt de stichting niet onder de definitie van de *ruime* vereniging zoals we die in de vorige paragraaf hebben gezien. De stichting valt in geen geval te kwalificeren als een subcategorie van de vereniging, maar deze staat als afzonderlijke rechtsfiguur *naast* de vereniging in de ruime zin. Zie D. van Gerven, *Handboek stichtingen. De private stichting, de stichting als administratiekantoor, de stichting van openbaar nut en de buitenlandse stichting*, Biblio 2004 Kalmthout, p. 27.

wettelijk wordt gefaciliteerd. Zo zijn stichtingen die een grote onderneming drijven gebonden aan bepaalde bepalingen uit het ondernemingsrecht.⁸⁴ Zij dienen de boekhouding en jaarrekening van hun onderneming ieder jaar te laten controleren door een commissaris.⁸⁵ Anderzijds wordt de stichting – evenals de VZW – in beginsel niet als deelnemer aan het handelsverkeer gezien en is inschrijving van de onderneming in het handelsregister niet mogelijk.⁸⁶ Bovendien handelt een stichting die uitsluitend handelsactiviteiten uitvoert in strijd met haar materiële kenmerken en kan aldus ontbinding worden gevorderd wegens schending van de wet.⁸⁷

De stichting mag dus wel een zogenaamde economische activiteit voeren, maar niet met winstzoekend oogmerk.⁸⁸ De Nederlandse wet lijkt soepeler. Op grond van artikel 2:285 lid 3 BW mogen Nederlandse stichtingen wel een winstoogmerk hebben, zolang de gemaakte winsten maar niet worden uitgekeerd in strijd met het uitkeringsverbod, dat wil zeggen zonder dat ze een ideële of sociale strekking hebben. Maar omdat de beperking met betrekking tot het winstoogmerk zodanig wordt uitgelegd dat de (Belgische) stichting de inkomsten uit haar activiteiten moet aanwenden voor een belangeloos doel dat in de statuten is omschreven⁸⁹ en voldaan wordt aan deze eis met betrekking tot het belangeloos oogmerk zolang een eventuele vermogensverbetering maar een neven doel is als gevolg van het belangeloos hoofddoel, lijken de verschillen tussen de Belgische en Nederlandse stichting niet groot.⁹⁰ Gelijk

84 Dit geldt tevens voor VZW's, internationale verenigingen zonder winstoogmerk (IVZW's) en vennootschappen. De criteria voor een 'grote' stichting zijn te vinden in art. 37 lid 5 Wet V&S. Het betreft onder andere het aantal werknemers in dienst van de stichting (meer dan 100) en de hoogte van het balanstotaal (meer dan €3.650.000). Bovendien moet een stichting die gemiddeld 100 werknemers in dienst heeft een ondernemingsraad instellen.

85 Zie art. 37 Wet V&S.

86 Zie D. van Gerven, *Handboek stichtingen. De private stichting, de stichting als administratiekantoor, de stichting van openbaar nut en de buitenlandse stichting*, Kalmthout: Biblio 2004, p. 53. Zie in vergelijkbare zin voor de vereniging H. Braeckmans en R. Houben, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen – Cambridge Intersentia 2012, p. 10.

87 Zie art. 39 Wet op de verenigingen en stichtingen.

88 Zie D. van Gerven, *Handboek stichtingen. De private stichting, de stichting als administratiekantoor, de stichting van openbaar nut en de buitenlandse stichting*, Kalmthout: Biblio 2004, p. 50.

89 Zie D. van Gerven, *Handboek stichtingen. De private stichting, de stichting als administratiekantoor, de stichting van openbaar nut en de buitenlandse stichting*, Kalmthout: Biblio 2004, p. 50.

90 Zie D. van Gerven, *Handboek stichtingen. De private stichting, de stichting als administratiekantoor, de stichting van openbaar nut en de buitenlandse stichting*, Biblio 2004 Kalmthout, p. 51 dat luidt: 'De oprichting van een private stichting om het familiaal karakter van een vennootschap te handhaven kadert al moeilijker in de traditionele benadering van onderscheid tussen winstoogmerk en belangeloos oogmerk. Immers, de stichting zal in zulk geval noodzakelijkerwijze haar vermogen dat bestaat uit een aandelenparticipatie in een vennootschap, beheren in het economische belang van de familie, en derhalve een verbetering van de vermogenspositie van de familie nastreven. De verklaring ligt hierin dat het verbod om een stoffelijk voordeel te verschaffen enkel niet geldt indien het kadert in het belangeloos

de Nederlandse stichting, lijkt de Belgische stichting aldus niet primair bedoeld te zijn om een onderneming – al dan niet overheidsonderneming – in te drijven.

3.4 Het Belgisch Wetboek van Vennootschappen

De Belgische rechtsfiguren die zijn te vergelijken met de Nederlandse kapitaalvennootschappen vallen in de Belgische systematiek onder het begrip ‘verenigingen met winstoogmerk’.⁹¹ Om tegemoet te komen aan de kritiek dat het Belgische vennootschapsrecht een versnipperd geheel vormde aangezien het in verschillende regelingen was neergelegd, is in 2001 het Wetboek van Vennootschappen (W.Venn) inwerking getreden.⁹² Op de maatschap,⁹³ de tijdelijke handelsvennootschap⁹⁴ en de stille handelsvennootschap⁹⁵ na, hebben alle in het Wetboek van Vennootschappen geregelde rechtsvormen rechtspersoonlijkheid.

In theorie kunnen bedrijven in handen van de overheid opteren voor alle in het Wetboek van Vennootschappen neergelegde rechtsvormen. Desalniettemin blijkt in de praktijk bij de overheid in beginsel een voorkeur te bestaan om

doel. Met andere woorden de verbetering van de vermogenspositie van zij wier familiaal vermogen also wordt beheerd, mag niet de hoofdbedoeling zijn. Indien de hoofdbedoeling ligt in het behoud van het familiaal karakter of de stabiliteit van de vennootschap, is de vermogensverbetering een neven doel, een gevolg van het belangeloos hoofddoel. Enkel in dat geval heeft de stichting geen winstoogmerk.’

91 Deze laatste groep omvat de vennootschappen die worden beheerst door het Wetboek van Vennootschappen. De vereniging in enge zin streeft zoals hier boven gezien geen winst voor haar leden na. De vennootschap veronderstelt echter wel een op winst gerichte samenwerking; een bedrijvigheid gericht op de verwezenlijking van vermogens voordelen. Zie H. Braeckmans en R. Houben, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen – Cambridge Intersentia 2012, p. 9 e.v.

92 Zie voor de invoering *Belgisch Staatsblad* 6 augustus 1999 en voor de inwerkingtreding *Belgisch Staatsblad* 6 februari 2001. Na de inleidende bepalingen (Boek 1) met onder andere bepalingen over de vennootschap en rechtspersoonlijkheid en de ‘bepalingen gemeenschappelijk aan alle vennootschappen’ in Boek 2, worden achtereenvolgens regelingen gegeven met betrekking tot de maatschap, de tijdelijke handelsvennootschap en de stille handelsvennootschap (Boek 3), de vennootschap onder firma en de gewone commanditaire vennootschap (Boek 5), de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (Boek 6), de coöperatieve vennootschap (Boek 7), de naamloze vennootschap (Boek 8), de commanditaire vennootschap op aandelen (Boek 9), de vennootschappen met een sociaal oogmerk (Boek 10). In de Boeken 13, 14 en 15 wordt respectievelijk een regeling gegeven voor de landbouwvennootschap, het economisch samenwerkingsverband en de Europese vennootschap.

93 Art. 46 W.Venn.

94 Art. 47 W.Venn.

95 Art. 48 W.Venn.

een onderneming te drijven in de naamloze vennootschapsrechtsvorm.⁹⁶ Voor deze naamloze vennootschappen kunnen op grond van specifieke wetten andere regels gelden dan de regels die zouden gelden op grond van het Wetboek van Vennootschappen. Indien de desbetreffende bijzondere wetten echter over een bepaald punt zwijgen, is steeds het algemene vennootschapsrecht van toepassing. Om deze reden zal ik alvorens nader in te gaan op de specifieke wetten met betrekking tot overheidsvennootschappen in paragraaf 2.5, hieronder de algemene naamloze vennootschapsfiguur voorzover relevant bespreken.

3.4.1 De Belgische naamloze vennootschap

Van de overheidsparticipaties wordt het grootste deel genomen in de privaatrechtelijke rechtsvorm van de naamloze vennootschap.⁹⁷ De bepalingen met betrekking tot de naamloze vennootschap zijn neergelegd in Boek 8, artikelen 437 tot en met 653 W.Venn. Ondanks verschillen is de strekking van veel bepalingen onder invloed van Europese richtlijnen en verordeningen sterk vergelijkbaar met de bepalingen zoals we die voor de Nederlandse naamloze vennootschap kennen. Derhalve beperk ik mij tot een bespreking van de verschillende in Belgische naamloze vennootschap bestaande organen die het meest relevant zijn voor de bestudering van de overheidsonderneming, te weten het bestuur, het directiecomité en de algemene vergadering van aandeelhouders. Ik richt mij hierbij vooral op de verschillen met het Nederlandse recht, zoals het in België in beginsel gehanteerde monistische model met een *one tier-board*.

Het bestuur; monistisch model

Het bestuur van een Belgische naamloze vennootschap is op grond van de artikelen 517 en 518 W.Venn in handen van ten minste drie natuurlijke of rechtspersonen.⁹⁸ Deze bestuurders worden op grond van artikel 55 lid 4 W.Venn voor maximaal zes jaar door de algemene vergadering van aandeel-

96 Wanneer het bedrijfsmatige karakter niet de boventoon speelt, heeft de Belgische overheid echter zeer ruime, volgens sommigen zelfs te ruime mogelijkheden in de keuze voor een rechtsvorm. Zie reeds *De Financieel Economische Tijd*, 3 januari 2000, 'Overheid verliest greep op verzelfstandiging bestuurstaken', interview met A. Alen en W. Devroe.

97 Zie paper van het Federaal Planbureau (FPB) van België, H. Spinnewijn, 'Overheidsparticipaties in de marktsector in België', Planning Paper 87, p. 32-33, <http://www.plan.be/admin/uploaded/200605091448064.PP087nl.pdf>.

98 De verplichte meerhoofdigheid is te verklaren door het feit dat de naamloze vennootschap aanvankelijk bestemd was als rechtsvorm voor de grote vennootschappen. Zie B. Tillemans, 'Interne werking van de raad van bestuur', in: B. Allemeersch, V. Sagaert et al, *Actuele ontwikkelingen inzake vennootschapsrecht*, Intersentia: Antwerpen-Oxford 2010, p. 111-112. Er geldt een uitzondering voor vennootschappen opgericht door twee personen of vennootschappen met twee aandeelhouders: de raad van bestuur mag bij deze vennootschappen uit slechts twee personen bestaan.

houders benoemd.⁹⁹ Tenzij de oprichtingsakte anders bepaalt, zijn zij herbenoembaar.¹⁰⁰ Het bestuur is onbeperkt bevoegd om de vennootschap te vertegenwoordigen. De statuten kunnen de vertegenwoordigingsbevoegdheid uitbreiden en aan een of meer bestuurders de bevoegdheid verlenen om alleen of gezamenlijk de vennootschap te vertegenwoordigen.¹⁰¹ De statuten kunnen bovendien de mogelijkheid bevatten om een dagelijks bestuur in te stellen.¹⁰² Bepaalde beslissingen van de raad van bestuur van een aan de beursgenoteerde vennootschap zijn aan nadere regels gebonden en dienen voorafgaand te worden beoordeeld door een comité van drie onafhankelijke bestuurders.¹⁰³

Het directiecomité; dualistisch model

Van oorsprong kent het Belgische systeem voor de naamloze vennootschap een monistisch bestuur. Sinds 2002 kunnen vennootschappen echter ook kiezen voor een dualistisch systeem.¹⁰⁴ Op grond van artikel 524bis W.Venn. kan het bestuur – als de statuten dat toelaten – een directiecomité instellen waaraan bestuurstaken worden overgedragen. Door een verschil tussen de Nederlandstalige versie en de Franstalige versie van de Belgische Corporate Governance Code is het onduidelijk of het een delegatie van bevoegdheden betreft waardoor het bestuur zelf ook nog bevoegd blijft om de gedelegeerde taken uit te voeren, of dat het bestuur deze taken door de overdracht prijsgeeft.¹⁰⁵ Het bestuur blijft wel zonder twijfel bevoegd op het terrein van het algemeen beleid en op de terreinen die op grond van de statuten aan het bestuur zijn voorbehouden. Bovendien is het bestuur belast met de controle op het directiecomité.¹⁰⁶ Het directiecomité bestaat uit meerdere personen. Typisch voor het Belgische systeem is dat leden van het bestuur kunnen toetreden tot het

99 De Belgische *corporate governance* code schrijft een maximum van vier jaar voor. De meeste beursgenoteerde bedrijven houden zich aan deze termijn. C. Van der Elst, 'Corporate governance op het snijvlak tussen wetgeving en aanbeveling', Financial Law Institute, universiteit Gent, *Maandschrift Accountancy & Bedrijfskunde* 2006, p. 11. Ook in België is een Commissie corporate governance in het leven geroepen om een corporate governance code te schrijven. In december 2004 is de uiteindelijke Belgische code gepubliceerd. Verschil met de Nederlandse code Tabaksblat is dat de Belgische code niet wettelijk is verankerd. Zie H. Braeckmans en R. Houben, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen – Cambridge Intersentia 2012, p. 320-321. Zie voor de meeste recente versie de website www.CorporateGovernanceCommittee.be.

100 Art. 520 W.Venn.

101 Art. 522 lid 2 W.Venn.

102 Zie art. 525 W.Venn.

103 Art. 524 lid 2 W.Venn.

104 Bij Wet van augustus 2002. Dit is mede in het licht van het ook in België gevoerde corporate governance debat. Zie H. Braeckmans en R. Houben, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen – Cambridge Intersentia 2012, p. 292.

105 Zie H. Braeckmans en R. Houben, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen – Cambridge Intersentia 2012, p. 293 en de aldaar genoemde literatuur. Materieel gezien zou het bestuur volgens sommigen concurrerend bevoegd blijven.

106 Art. 524bis W.Venn.

directiecomité. Zelfs alle leden van het directiecomité kunnen tevens bestuurders zijn.¹⁰⁷ De statuten kunnen aan een of meer leden van het directiecomité de bevoegdheid verlenen om de vennootschap te vertegenwoordigen. Vanwege deze verstrekkendheid van de bevoegdheden en de onduidelijkheid met betrekking tot de resterende bevoegdheden voor het bestuur, lijkt een dergelijke uitgebreide bevoegdheid bij een overheidsonderneming niet aan te bevelen.

Algemene vergadering van aandeelhouders

De Belgische aandeelhoudersvergadering wordt door de Belgische vennootschapswet zonder twijfel als het hoogste orgaan binnen de vennootschap beschouwd. Waar in de Nederlandse literatuur wordt gesproken over een restbevoegdheid voor de vergadering van aandeelhouders naast de bevoegdheden van de andere organen, bepaalt artikel 531 W.Venn expliciet:

‘De algemene vergadering van aandeelhouders heeft de meest uitgebreide bevoegdheid om de handelingen die de vennootschap aangaat, te verrichten of te bekrachtigen.’

Het is derhalve niet opmerkelijk dat de overheid binnen bepaalde vennootschappen een aanzienlijke positie in het aandelenkapitaal wenst aan te houden teneinde het publiek belang te kunnen behartigen. Ik kom terug op de sterke positie van de vergadering van aandeelhouders bij de bespreking van de overheid als aandeelhouder in paragrafen 3.5 en 3.6.

3.4.2 Vennootschappen met sociaal oogmerk

Alle in het Belgische Wetboek van Vennootschappen geregelde rechtsvormen met rechtspersoonlijkheid¹⁰⁸ kunnen in beginsel opteren voor de modaliteit ‘met sociaal oogmerk’. Deze vennootschappen met sociaal oogmerk (ook: VSO) mogen echter niet gericht zijn op de verrijking van hun vennoten en de statuten moeten aan bepaalde in de wet neergelegde eisen voldoen.¹⁰⁹ Verwarrend is mijns inziens dat ook de hierna in paragraaf 3.5.1 te behandelen vennootschappen van publiek recht, kunnen opteren voor deze modaliteit ‘met sociaal

107 Zie art. 524bis lid 2 W.Venn en H. Braeckmans en R. Houben, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen – Cambridge Intersentia 2012, p. 294.

108 Zie art. 661 W.Venn. Een uitzondering bestaat voor de Europese vennootschappen en de Europese coöperatieve vennootschappen.

109 Het in paragraaf 1.3.1 besproken verbod bij de vereniging zonder winstoogmerk (VZW) om een essentiële handelsactiviteit te mogen ontwikkelen, heeft in België geleid tot de invoering van deze figuur. Derhalve bestaat er in België naast een ‘NV met sociaal oogmerk’ tevens de mogelijkheid een BVBA met sociaal oogmerk’ of een ‘VOF met sociaal oogmerk’ op te richten.

oogmerk'.¹¹⁰ Het is aldus mogelijk om een 'NV van publiek recht met sociaal oogmerk' te drijven,¹¹¹ hetgeen de overzichtelijkheid van het toepasselijk rechtskader voor dergelijke overheidsondernemingen niet ten goede komt.¹¹²

In de literatuur was men bij de invoering ook niet onverdeeld positief over de vennootschap met sociaal oogmerk:

'Aldus wordt een merkwaardige tussenvorm gecreëerd tussen de klassieke vennootschap, gekenmerkt door een winstoogmerk en de klassieke vereniging, waarin het enerzijds verboden is winst uit te keren onder de leden en anderzijds verboden is een belangrijke handelsactiviteit te ontwikkelen.'¹¹³

Deze kritiek op de vennootschap met sociaal oogmerk doet mij sterk denken aan de discussie rondom de in Nederland bij bepaalde politieke partijen gevoelde wens tot de invoering van een specifieke rechtsvorm voor de 'maatschappelijke onderneming'. Het is de vraag of een Nederlandse variant op de vennootschap met sociaal oogmerk gemist wordt. Gezien het aantal inschrijvingen van vennootschappen met sociaal oogmerk in België is de rechtsvorm namelijk niet zeer populair geworden. Dit is niet in de laatste plaats te wijten aan het feit dat de aanvankelijk geplande bijkomende belastingvoordelen

110 Zie bijvoorbeeld Aperta NV van publiek recht met sociaal oogmerk. Het betreft een instelling met een vergelijkbare taak als die van de stichting COVA in Nederland, dat wil zeggen een taak die samenhangt met de verplichting voor lidstaten om op grond van de Europese Richtlijn 98/93/EG van de Raad van 14 december 1998, ten minste 90 dagen reserves aan te leggen van aardolie en aardolieproducten. Aperta is bij wet opgericht als een naamloze vennootschap van publiek recht met sociaal oogmerk. Het sociaal oogmerk zou erin bestaan dat de vennootschap verantwoordelijk is voor het beheer van de verplichte voorraden, die dienen ter vrijwaring van de bevoorrading van de Belgische eindgebruikers. Zie de wet van 26 januari 2006, betreffende de aanhouding van een verplichte voorraad aardolie en aardolieproducten en de oprichting van een agentschap voor het beheer van een deel van deze voorraad en tot wijziging van de wet van 10 juni 1997 betreffende de algemene regeling voor accijnsproducten, het voorhanden hebben, en het verkeer daarvan en de controles daarop, in het bijzonder art. 17 jo 35 W.Venn.

111 De Belgische Technische Coöperatie, een agentschap voor ontwikkelingssamenwerking, is een naamloze vennootschap van publiek recht met sociaal oogmerk. Zie <http://www.btcctb.org/nl/juridische-vorm-bestuurs-en-controleorganen> en W. Devroe, Deugdelijk bestuur van overheidsondernemingen, bijdrage tot het seminarie georganiseerd door het Instituut voor Bestuurders Planning Paper 87, p. 32- 33, <http://www.plan.be/admin/uploaded/200605091448064.PP087nl.pdf>.

112 De vele verschillende soorten gemengde rechtspersonen zorgen volgens Alen en Devroe, mede doordat steeds meer overheidstaken door rechtspersonen met een gemengd publiek-privaatrechtelijk statuut worden uitgevoerd, voor rechtsonzekerheid. Het is bijvoorbeeld niet duidelijk welke rechter bevoegd is om geschillen op te lossen. Zie *De Financieel Economische Tijd*, 3 januari 2000, 'Overheid verliest greep op verzelfstandiging bestuurstaken', interview met A. Alen en W. Devroe.

113 Zie H. Braeckmans, E. Wymeersch, *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1995*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu uitgevers 1996, p. 37.

achterwege zijn gebleven.¹¹⁴ Het in de praktijk achterblijven van het gebruik van de rechtsfiguur, betekent niet dat de figuur overbodig is, zolang de figuur in de (rechts)praktijk maar een essentiële bijdrage levert aan de verduidelijking van de mogelijkheden die de verschillende rechtsvormen ten opzichte van elkaar bieden. Maar of dit het geval is met de invoering van de door het instituut voorgestane figuur, is mijns inziens de vraag.

3.5 De Wet Autonome Overheidsbedrijven

Autonome overheidsbedrijvenwet

De Belgische overheidsbedrijven vielen tot 1991 onder de wet van 16 maart 1954 'betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut'. Met het oog op de verdergaande eenwording van de Europese markt en de trend tot liberalisering introduceerde België in 1991 een duidelijk *governance framework* voor de autonome staatsondernemingen. De autonome overheidsbedrijvenwet van 21 maart 1991 (hierna de AOB-wet) en de wet op de openbare kredietinstellingen werden vervangen door de bovengenoemde wet van 1954.¹¹⁵ Devroe ziet beide wetten als een alternatief voor de 'verplichte' privatisering.¹¹⁶ Door deze beide wetten werd het namelijk mogelijk gemaakt om privékapitaal in overheidsbedrijven toe te laten, met dien verstande dat de privé-sector nooit de controle over de overheidsonderneming kon verkrijgen.¹¹⁷ De AOB-wet voorzag in beginsel alleen in de hervorming van vier overheidsondernemingen in de vervoers- en telecommunicatiesector. De bedrijven die het betrof, waren de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (NMBS), Bpost (voorheen De Post), Belgacom en Belgocontrol (de voormalige Regie der Luchtwegen).¹¹⁸ De met de nieuwe wet doorgevoerde hervormingen moesten de bedrijven een betere concurrentiepositie verschaffen en de diensten efficiënter en beter laten uitvoeren. Maar de wet beoogde niet alleen veranderingen bij de vier genoemde bedrijven te bewerkstelligen. Artikel 1 paragraaf 1 van de AOB-wet luidt:

114 Met name de fiscale voordelen zouden hebben moeten bijdragen aan de populariteit van de VSO. Nu deze beperkt blijven, is ook de bereidheid om een VSO op te richten niet groot.

115 Voluit de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven en de wet van 17 juni 1991 betreffende de organisatie van de openbare kredietinstellingen en de harmonisering van de controle en werkingsvoorwaarden van de kredietinstellingen. De wet op de openbare kredietinstellingen blijft hierna verder onbesproken.

116 Zie A. Alen en W. Devroe, *Verzelfstandiging van bestuursstaken in België*, W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 172.

117 Zie H. Spinnewijn, *Overheidsparticipaties in de marktsector in België, 1997-2003*, Planning Paper 99 van het Federaal Planbureau, januari 2006, p. 12.

118 Zie art. 2 lid 2 AOB-wet.

‘Elk organisme van openbaar nut dat over beheersautonomie moet beschikken in een gegeven industriële of commerciële sector kan, na aanpassing bij wet van zijn organiek statuut aan de bepalingen van deze titel, dergelijke autonomie verkrijgen door het sluiten van een beheerscontract met de Staat onder de voorwaarden van deze wet.’

De wet diende als een structuur voor een kader waarbinnen alle overheidsbedrijven een plaats konden krijgen.¹¹⁹ Om als overheidsbedrijf op grotere afstand te komen, werd het mogelijk om als overheidsbedrijf de vorm van een naamloze vennootschap aan te nemen. In artikel 37 AOB wordt over deze zogenaamde naamloze vennootschap van publiek recht het volgende gezegd:

‘...overheidsbedrijven kunnen de vorm van naamloze vennootschap van publiek recht aannemen. In dat geval is het betrokken overheidsbedrijf, voor al wat niet uitdrukkelijk anders is geregeld door of krachtens deze titel of door of krachtens enige specifieke wet, onderworpen aan de wettelijke en reglementaire handelsrechtelijke bepalingen die van toepassing zijn op de naamloze vennootschappen’.

Hoewel de naamloze vennootschap van publiek recht hier expliciet wordt genoemd, geeft de AOB-wet zelf geen definitie van het begrip naamloze vennootschap van publiek recht. Men zou bij de definiëring van de naamloze vennootschap van publiek recht kunnen uitgaan van een formele benadering om te beoordelen of al dan niet sprake is van een naamloze vennootschap van publiek recht. Er is dan slechts sprake van een naamloze vennootschap van publiek recht, indien de wetgever de rechtspersoon bij de oprichting als zodanig heeft aangewezen.

Met Cornelis e.a. ben ik het eens, dat een dergelijke benadering geen recht doet aan de realiteit dat grote aantallen bedrijven ondanks het ontbreken van de benaming naamloze vennootschap van publiek recht, qua structuur inhoudelijk nauwelijks afwijken van de formele naamloze vennootschappen van publiek recht.¹²⁰ In de volgende paragraaf ga ik nader in op de afbakening van deze naamloze vennootschap van publiek recht.

3.5.1 De naamloze vennootschap van publiek recht nader bezien

Algemeen

In de literatuur wordt de volgende definitie van de naamloze vennootschap van publiek recht gegeven:

119 Zie F. VanDenDriessche, *Publieke en private rechtspersonen. Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge: Die Keure 2004, p. 207.

120 Zie L. Cornelis, E. de Keyser, D. D’Hooghe en F. VanDenDriessche, *De N.V. van publiek recht*, in: S. Baeten, K. Byttebier en K. Leus (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2000, p. 67.

‘de publiekrechtelijke rechtspersoon waarop de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen die betrekking hebben op de naamloze vennootschap van toepassing zijn, voor zover er in de organieke wetgeving (of desgevallend in de statuten) van die regels niet wordt afgeweken.’¹²¹

Deze naamloze vennootschap van publiekrecht is interessant bij het onderzoek naar bestaande rechtsvormen voor ondernemingen met een publieke doelstelling. Weliswaar hebben we afgaand op de gegeven definitie te maken met een *publiekrechtelijke* figuur, hetgeen een andere verhouding tussen de overheid en de onderneming meebrengt dan het geval is bij een privaatrechtelijke onderneming, maar wat betreft de structuur worden de regels voor de privaatrechtelijke NV-figuur, zoals geregeld in het Belgische Wetboek van Vennootschappen, volledig (voor zover een bijzondere wet niet anders bepaalt) van toepassing geacht.¹²²

Bekende naamloze vennootschappen van publiek recht zijn de VRT, Belgacom, Nationale Maatschappij der Belgische spoorwegen (NMBS), bpost (voorheen De Post) en sinds 2002 de Belgische Nationale Loterij.¹²³ Overigens wordt de rechtsvorm ook gebruikt in gevallen waar het ondernemingsgerichte aspect veel minder nadrukkelijk aanwezig is.¹²⁴

Over het algemeen is de voornaamste reden om te kiezen voor de organisatievorm van de naamloze vennootschap van publiek recht de zelfstandigheid die aldus wordt verkregen. Ondanks de blijvende verbondenheid met de overheid is er een grote zelfstandigheid ten opzichte van de overheid te

121 Zie L. Cornelis, E. de Keyser, D. D’Hooghe en F. VanDenDriessche, *De N.V. van publiek recht*, in: S. Baeten, K. Byttebier en K. Leus (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2000, p. 68.

122 Overigens was voor de invoering van deze figuur wel noodzakelijk dat art. 1 W.Venn, waarin het oogmerk vermogensvoordeel aan de vennoten te bezorgen als essentieel voor de vennootschap wordt genoemd, is aangevuld. Art. 1 W.Venn laatste zin luidt nu: ‘In de gevallen bepaald in dit wetboek, kan de vennootschapsakte bepalen dat de vennootschap niet is opgericht met het oogmerk aan de vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel te bezorgen’.

123 Zie art. 1 lid 4 AOB. Zo werd op 16 april 1997 het ‘decreet betreffende de omzetting van de BRTN in een naamloze vennootschap van publiek recht’ door het Vlaamse Parlement goedgekeurd, waarna omvorming van de BRTN in een NV van publiek recht mogelijk werd.

124 Zie bijvoorbeeld het deels door de overheid gefinancierde onderzoeksinstituut VITO dat wordt gedreven als NV van publiek recht, waarvan de Vlaamse overheid de enige aandeelhouder is. Overigens wordt op de website van VITO niet uitdrukkelijk gerefereerd aan haar rechtsvorm. Dat het drijven van het onderzoeksinstituut ook problemen met zich meebrengt blijkt uit het jaarverslag van 2011, waarin wordt gewezen op een geschil ten aanzien van de betaling van vennootschapsbelasting. Zie Jaarverslag VITO 2011, p. 56, te raad plegen via de website, http://www.vito.be/NR/rdonlyres/3F63786D-6E56-4888-B934-1C2F39BF1367/0/VITO_2011_NL.pdf.

realiseren, waardoor een grotere efficiëntie wordt verwacht.¹²⁵ Tegelijkertijd wordt benadrukt dat er een onderneming wordt gedreven, terwijl de overheid nog wel actief toezicht houdt om de verzekering van publieke belangen te behartigen en te voorkomen dat de winsten voor andere dan publieke doeleinden kunnen worden gebruikt. Het is mogelijk de zelfstandigheid van de vennootschap ten opzichte van de Staat te benadrukken door een ondernemingsboekhouding te voeren in plaats van een boekhouding volgens een begrotingssysteem.¹²⁶

Probleem van de hierboven genoemde ruime definitie is dat het moeilijk wordt om bepaalde vennootschappen als niet zijnde een naamloze vennootschap van publiekrecht te kwalificeren. Zoals eerder aangehaald, zag de wet van 1991 namelijk niet alleen op de vier expliciet in de AOB-wet genoemde ondernemingen. Deze wet creëerde bovendien de mogelijkheid om andere autonome overheidsbedrijven om te vormen tot¹²⁷ of om te zetten in¹²⁸ een naamloze vennootschap van publiek recht.

In de literatuur wordt een onderscheid gemaakt tussen de volgende vormen van naamloze vennootschappen van publiek recht. Naast de formeel onder de wet van 1991 opgerichte naamloze vennootschappen van publiek recht, zijn er ook vennootschappen die formeel niet onder het regime van de AOB-wet vallen, maar waar via een zogenaamde *sui generis* regeling het AOB regime wel grotendeels op van toepassing is. Dit kan verschillende oorzaken hebben. De AOB-wet is gericht op de hervorming tot naamloze vennootschap van publiek recht van *reeds bestaande* organisaties en niet bedoeld om, zoals de naam al aangeeft (Wet op de hervorming van sommige overheidsbedrijven) nieuwe naamloze vennootschappen op te richten. Formeel gezien vallen deze laatstgenoemde vennootschappen derhalve niet onder de AOB-wet. Wanneer er geen bestaande overheidsinstelling is die kan worden omgevormd, maar er wel behoefte is aan de oprichting van een nieuwe figuur, kan bij de inrichting van dergelijke vennootschappen echter wel gekeken worden naar de AOB-

125 Zie art. 7 AOB dat bepaalt dat de autonome overheidsbedrijven, binnen de grenzen van deze wet, alle bedrijvigheden kunnen ontwikkelen die verenigbaar zijn met hun doel. Opmerkelijk is dat de vennootschappen die vallen onder het regime van de Belgische vennootschapswet, aanvankelijk in beginsel steeds gericht moesten zijn op het maken van winst. Pas na de wijziging van art. 1 W.Venn is de eis van winstoogmerk komen te vervallen, zodat er ruimte komt voor een taak van algemeen belang, naast de handelsactiviteit.

126 Hoewel er in dit laatste systeem ook wel degelijk controle plaats vindt door de algemene vergadering van aandeelhouders, ontbreekt preventieve controle zoals die bestaat in een begrotingssysteem waar machtiging van de overheid nodig is om de uitgaven te verrichten.

127 Art. 37 AOB-wet.

128 Art. 38 AOB-wet.

wet als leidraad. Dit is bijvoorbeeld gebeurd bij de oprichting van de naamloze vennootschap van publiek recht ASTRID.¹²⁹

Ook sommige vennootschappen waarop de AOB-wet formeel *niet* van toepassing is, kunnen als vennootschappen van publiek recht worden gezien omdat belangrijke delen van de AOB-regeling van toepassing zijn verklaard. Dit geschiedde bijvoorbeeld wanneer het volledige regime van de AOB-wet te zwaar werd geacht voor bepaalde vennootschappen die slechts een heel beperkt takenpakket toebedeeld kregen.¹³⁰

Ook worden publiekrechtelijke naamloze vennootschappen – dit zijn publiekrechtelijke organisatievormen die in de naamloze vennootschapsvorm werden opgericht, zonder dat deze de titel naamloze vennootschap van publiek recht kregen – als een subcategorie van naamloze vennootschappen van publiek recht beschouwd, hoewel ook op deze vennootschappen de AOB-wet formeel niet van toepassing is.

Ten slotte is er volgens Cornelis, de Keyser, D'Hooghe en VanDenDriessche een derde groep of type van naamloze vennootschappen van publiek recht. Dit zijn de publiekrechtelijke rechtspersonen die weliswaar niet in de naamloze vennootschapsvorm worden gedreven, maar waar (delen van) de wetgeving met betrekking tot de naamloze vennootschap van overeenkomstige toepassing zijn verklaard. Het voert mijns inziens echter te ver om deze groep van organisaties ook als vormen van de naamloze vennootschap van publiek recht te beschouwen, omdat in wezen geen sprake is van de naamloze vennootschapsrechtsvorm.

De regeling van de NV van publiek recht in vergelijking met die van de reguliere naamloze vennootschap

De naamloze vennootschap van publiek recht kent bijzondere regels in de AOB ten aanzien van de uitgifte van nieuwe, in artikel 40 AOB genoemde effecten. Ook geldt er een bijzondere verdeling van stemrechten rustend op de aandelen en gelden bijzondere regels omtrent de uitoefening van de bevoegdheden die goedkeuring van de Koning behoeven. Deze regels worden hieronder nader besproken, waarbij de nadruk ligt op de meest in het oog springende verschillen tussen de naamloze vennootschap van publiek recht en de reguliere naam-

129 De afkorting ASTRID staat voor All-round Semi-cellular Trunking Radio-communication Network with Integrated Dispatching. De vennootschap is opgericht bij wet van 8 juni 1998 betreffende de radiocommunicatie van hulp- en veiligheidsdiensten, B.S. 13 juni 1998.

130 Zie L. Cornelis, E. de Keyser, D. D'Hooghe en F. VanDenDriessche, *De N.V. van publiek recht*, in: S. Baeten, K. Byttebier en K. Leus (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2000, p. 79.

loze vennootschap, in het bijzonder voor wat betreft de aandelen in de vennootschap en het bestuur van de vennootschap.

Ten opzichte van de vergadering van aandeelhouders van een 'gewone' naamloze vennootschap, mist de aandeelhoudersvergadering van een naamloze vennootschap van publiek recht op grond van de AOB-wet enkele op grond van het Wetboek van Vennootschappen bestaande bevoegdheden. Ten eerste is de wijziging van statuten een naamloze vennootschap van publiek recht in feite voorbehouden aan de Koning of de Regering omdat een statutenwijziging slechts uitwerking heeft na goedkeuring door de Koning, bij een in de ministerraad overlegd besluit.¹³¹ Ten tweede wijken de regels voor de naamloze vennootschap van publiek recht af van de besproken bevoegdheid van de vergadering van aandeelhouders om op grond van artikel 55 lid 4 W.Venn. de raad van bestuur te benoemen. De Koning benoemt op grond van artikel 18 AOB namelijk een aantal bestuurders evenredig naar gelang de grootte van het aandelenbezit van de overheid.¹³² Er bestaat voor de publieke aandeelhouder ten opzichte van de algemene vergadering van aandeelhouders waarin ook private aandeelhouders zitting kunnen nemen, derhalve een versterkt of bijzonder benoemingsrecht.¹³³

Van deze regeling kan voor specifieke bedrijven weer worden afgeweken, zoals is geschied in de statuten van Belgacom die op grond van artikel 59/2 lid 2 AOB afwijken van artikel 18 AOB. Met betrekking tot het bestuur van de vennootschap zijn derhalve veel modificaties denkbaar. Van een bestuur met

¹³¹Zie art. 41 lid 4 AOB.

¹³² Art. 18 AOB luidt: '§ 1. De raad van bestuur telt ten hoogste achttien leden, met inbegrip van de leden van het directiecomité die er van rechtswege deel van uitmaken. Het aantal gewone leden van de raad van bestuur bedraagt het dubbel van het aantal leden van het directiecomité. § 2. Ingeval het overheidsbedrijf niet de vorm van naamloze vennootschap van publiek recht heeft, wordt het aantal leden van de raad van bestuur vastgesteld en worden de gewone leden benoemd door de Koning, bij in Ministerraad overlegd besluit. Ingeval het overheidsbedrijf de vorm van naamloze vennootschap van publiek recht heeft, wordt het aantal leden van de raad van bestuur vastgesteld door de algemene vergadering van de aandeelhouders. De Koning benoemt, bij in Ministerraad overlegd besluit, een aantal gewone leden in verhouding tot het aantal stemmen dat verbonden is aan de aandelen in het bezit van de Staat. De overige gewone leden worden daarna benoemd door de andere aandeelhouders.'

¹³³ L. Cornelis, E. de Keyser, D. D'Hooghe en F. VanDenDriessche, *De N.V. van publiek recht*, in: S. Baeten, K. Byttebier en K. Leus (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2000, p. 100. Zie bijv. art. 18 lid 2 van de statuten van Belgacom N.V. van publiek recht, zoals inwerkinggetreden op 1 januari 2012, te raadplegen via de website <http://www.belgacom.com/assets/content/mbimport/%7B2C2D06B6-A641-4C5B-955D-147165DC51D0%7D?transformationID=CustomContent&contentType=content/custom&previewSite=cow>: 'Overeenkomstig artikel 18, par. 2, tweede lid, van de wet van 21 maart 1991, benoemt de Koning, bij in Ministerraad overlegd besluit, van het totaal aantal bestuurders vastgesteld door de algemene vergadering, een aantal bestuurders in verhouding tot het aantal stemmen dat verbonden is aan de aandelen in het bezit van de Staat.'

grote vrijheid ten opzichte van de vergadering van aandeelhouders¹³⁴ tot een bestuur waarvan de bevoegdheden volledig aan banden zijn gelegd.¹³⁵ Wel heeft de wetgever voor de overheidsondernemingen een zogenaamde *tweehoofdige beheersstructuur* voor ogen gehad.¹³⁶ In artikel 15 Wet AOB is vastgelegd dat naast de raad van bestuur een directiecomité ingesteld dient te worden.

Als derde verschil is aan te merken dat belangrijke bevoegdheden als ontbinding van de vennootschap, die onder het Wetboek van Vennootschappen bij de vergadering van aandeelhouders liggen, bij de naamloze vennootschap van publiek recht in handen van de overheid zijn. Zo kan slechts bij of krachtens de wet tot de ontbinding van een autonoom overheidsbedrijf dat de vorm van naamloze vennootschap van publiek recht heeft aangenomen, worden besloten. De wet regelt bovendien de wijze en de voorwaarden van de vereffening. Verbonden aan goedkeuring zijn ook beslissingen tot kapitaalsverhoging, maar door het overwicht van de Staat in de vergadering van aandeelhouders zijn deze sowieso onderworpen aan de goedkeuring van de vergadering van aandeelhouders, doordat een wijziging van de statuten is onderworpen aan de goedkeuring van de vergadering van aandeelhouders.

Hoewel via deze bijzondere regels een afwijking wordt geboden om de macht van de Staat in de vennootschap te verzekeren, zijn deze regels feitelijk overbodig. Want het meest wezenlijke aspect van de naamloze vennootschap van publiek recht is dat de Staat, of de door hem aangewezen personen op grond van artikel 39 AOB te allen tijde de meerderheid van de aandelen van de vennootschap moet behouden.¹³⁷

Mocht er geen beperking zijn gesteld aan de overdraagbaarheid van de aandelen, dan is in ieder geval bepaald dat de Staat tenminste de helft van de

134 Zie art. 22 van de statuten van Belgacom N.V. van publiek recht, zoals inwerkinggetreden op 1 januari 2012, te raadplegen via de website <http://www.belgacom.com/assets/content/mbimport/%7B2C2D06B6-A641-4C5B-955D-147165DC51D0%7D?transformationID=CustomContent&contentType=content/custom&previewSite=cow>.

135 Zie art. 12 van het VRT decreet. Bovendien ziet een zogenaamde regeringscommissaris toe op de naleving van de openbare opdracht van de VRT en het geheel van de activiteiten van de VRT, http://www.vlaanderen.be/servlet/Satellite?c=NB_Nieuwsbericht&cid=1140752635420&p=1106040582718&pagename=nieuwsberichten%2FNB_Nieuwsbericht%2F_Nieuwsbericht.

136 F. VanDenDriessche, *Publieke en private rechtspersonen. Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge: Die Keure 2004, p. 214.

137 Deze regel kent een uitzondering voor de aandelen uitgegeven door Nationale Maatschappij der Belgische spoorwegen die niet het belang van de Staat vertegenwoordigen, zie art. 39 lid 1 AOB.

stemrechten moet krijgen.¹³⁸ Op het overheidsaandeel rusten op basis van artikel 39 lid 5 AOB bovendien versterkte stemrechten. Het artikel bepaalt namelijk dat de aandelen in het bezit van de overheid tezamen, van rechtswege recht geven op meer dan 75% van de stemmen in alle organen van het autonome overheidsbedrijf. De stemrechten van de andere aandeelhouders worden pro rata verminderd. Het is interessant om te bezien of en in hoeverre deze bepaling in overeenkomst is met de Europese vrij verkeerregels. De concrete beoordeling zal mede afhankelijk zijn van de verdere invulling van de statuten van de overheidsonderneming in de naamloze vennootschap van publiek recht.

Behalve bovengenoemde bijzondere regelingen, gelden op grond van artikel 40 AOB voor de naamloze vennootschap van publiek recht ook bijzondere regels voor de uitgifte van nieuwe effecten.¹³⁹ In de bepaling is een getrappt systeem neergelegd voor de verkrijging van nieuwe effecten in naamloze vennootschappen van publiek recht. De uitgifte van nieuwe effecten vooraf moet worden gemachtigd door de Koning. De nieuwe effecten moeten allereerst worden aangeboden aan de Staat en indien deze ze niet (allemaal) neemt, aan de in het machtigingsbesluit genoemde decentrale overheden. Vervolgens worden de aandelen aan aandeelhouders met voorkeurrechten aangeboden.

3.5.2 *Het beheerscontract en het personeelsstatuut*

Op grond van artikel 3 lid 1 AOB dienen de bijzondere regels en voorwaarden waaronder de opdrachten van openbare dienst worden vervuld, vastgelegd

138 Op grond van art. 39 lid 4 AOB is een overdracht waardoor het rechtstreeks belang van de overheid in dat kapitaal niet langer meer dan 50% bedraagt, zelfs van rechtswege nietig indien, binnen een termijn van drie maanden na de overdracht, het belang van de overheid, door middel van een kapitaalverhoging geheel of gedeeltelijk geplaast bij de overheid, niet boven de 50% wordt gebracht.

139 Art. 40 AOB luidt: '§ 1. Elke uitgifte van nieuwe aandelen of van converteerbare obligaties of obligaties met inschrijvingsrecht, moet vooraf door de Koning worden gemachtigd, bij een in Ministerraad overlegd besluit. § 2. In afwijking van artikel 34bis, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, worden de aandelen waarop in geld wordt ingeschreven eerst aangeboden aan de Staat, vervolgens aan andere overheden aangewezen in het in § 1 bedoelde besluit en tenslotte, onverminderd het bepaalde in § 3, aan de andere aandeelhouders die alsdan gebruik zouden maken van hun voorkeurrecht overeenkomstig bedoeld artikel. § 3. In geval van plaatsing van in § 2 bedoelde aandelen bij personen andere dan de overheid, wordt een gedeelte van de uitgifte bij voorkeur aangeboden aan de personeelsleden van het uitgevende overheidsbedrijf. De personeelsleden oefenen hun voorkeurrecht tot inschrijving uit vóór de andere aandeelhouders. Dit voorkeurrecht is niet verhandelbaar. De aandelen waarop personeelsleden inschrijven krachtens dit artikel, met inkorting van het voorrecht van aandeelhouders andere dan de Staat, geven geen stemrecht, behoudens het geval bedoeld in artikel 71 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen. De Koning bepaalt in het in § 1 bedoelde besluit :1° het gedeelte van de uitgifte dat aan de personeelsleden zal worden aangeboden; 2° de modaliteiten volgens welke de personeelsleden hun voorkeurrecht tot inschrijving uitoefenen; 3° de voorwaarden van de uitgifte van aandelen zonder stemrecht.'

te worden in een beheerscontract tussen de Staat en het betrokken overheidsbedrijf.¹⁴⁰ In het beheerscontract kan onder andere worden vastgesteld welke taken van openbare dienst het overheidsbedrijf op zich neemt. Ook kunnen de tarieven voor deze prestaties worden vastgelegd en de gedragsregels ten aanzien van de gebruikers van de prestaties van openbare dienst. De aangelegenheden van strategisch economisch belang waarvoor de gunning van opdrachten is onderworpen aan ministeriële goedkeuring, kunnen ook worden genoemd. Voorts kunnen er regels worden vastgesteld met betrekking tot de bestemming van de nettowinst.¹⁴¹

Bij het zoeken naar een balans tussen privatisering en het behoud van de organieke openbare dienst, maakt de Belgische overheid sinds de jaren negentig voor wat betreft de inrichting van overheidsbedrijven steeds vaker gebruik van dergelijke beheersovereenkomsten.¹⁴² Het contract wordt afgesloten door het directiecomité van het overheidsbedrijf en de minister onder wie het overheidsbedrijf ressorteert. Het contract treedt slechts in werking na goedkeuring door de Koning, bij in Ministerraad overlegd besluit.¹⁴³ Wijzigingen in het contract zijn slechts mogelijk overeenkomstig artikel 4 AOB, met uitzondering van de wijzigingen naar aanleiding van de jaarlijkse toetsing en gewijzigde marktomstandigheden en technische ontwikkelingen met toepassing van in het beheerscontract vastgelegde objectieve parameters overeenkomstig artikel 5 AOB. De besluiten tot goedkeuring van een beheerscontract, of van een aanpassing ervan, alsmede de besluiten tot vaststelling van voorlopige regels, worden bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.¹⁴⁴

3.6 De Belgische overheid in vennootschappen

Spinnewijn constateerde dat de overheid in België tussen 1997 en 2003 actief bleef in een beperkt aantal bedrijfstakken. De afgelopen jaren nam het aantal participaties door de overheid in de marktsector juist weer toe.¹⁴⁵ Overigens

140 Zie art. 3 paragraaf 5 AOB dat bepaalt dat alle clausules in het beheerscontract geacht worden contractueel te zijn. Zie tevens F. VanDenDriessche, *Publieke en private rechtspersonen. Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge: Die Keure 2004, p. 211 en L. Cornelis, E. de Keyser, D. D'Hooghe en F. VanDenDriessche, *De N.V. van publiek recht*, in: S. Baeten, K. Byttebier en K. Leus (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2000.

141 Zie art. 3 paragraaf 2 AOB.

142 Zie de Toelichting op het Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, 22 juli 2003 3-117/1.

143 Zie art. 4 AOB.

144 Zie art. 6 AOB.

145 Zie H. Spinnewijn, *Overheidsparticipaties in de marktsector*, rapport van 14 juli 2011, te raadplegen via de website van het Belgische Federaal Plan Bureau, http://www.plan.be/admin/uploaded/201107132043490.CP_HS_overheidspart_juli_2011_NL.pdf.

lijkt de participatie van de Belgische overheid in andere ondernemingen dan de ondernemingen die worden gedreven in de naamloze vennootschap van publiekrecht, voornamelijk gericht op stimuleringen en financiële steunverlening. De minister geeft in haar beleidsplan aan dat de met name onder invloed van Europese regelgeving sterk wijzigende context aanleiding is om de overheidsbedrijven te (blijven) evalueren. In de beleidsnota lezen we over de modernisering van het statuut van de overheidsbedrijven:

‘Zelfs al zijn deze bedrijven bijzonder door de openbare opdrachten die hen worden toevertrouwd, toch handelen ze steeds meer binnen een concurrentiële context. Ze komen tegenover operatoren te staan die in sommige gevallen werken binnen een verschillend kader. Enerzijds moet de rol van de Staat als *voluntaristisch regulator* van de diensten van openbaar nut gegarandeerd blijven en zelfs versterkt worden. Anderzijds moet worden ingeschat hoe opportuun de bijzonderheden van de overheidsbedrijven, onder andere deze die door de wet van 21 maart 1991 met betrekking tot de hervorming van bepaalde economische overheidsbedrijven werden ingevoerd, nog zijn in het licht van de huidige context.’¹⁴⁶

Het Belgische beleid gaat er weliswaar van uit dat verdere liberalisering gewenst is en het gebruik van beheerscontracten moet worden versterkt. Maar van privatisering of verkoop van de staats aandelen wordt bij de bespreking van de afzonderlijke overheidsbedrijven niet uitgegaan.¹⁴⁷

3.6.1 De overheid binnen de naamloze vennootschap van publiek recht

Sinds 1991 zijn de regels onder druk van verschillende inzichten met betrekking tot het te voeren beleid gewijzigd. In de daaropvolgende jaren kwamen tot de conclusie dat de beschikbare *checks and balances* tussen de vennootschapsorganen niet per se afdoende waren gezien het publieke belang van de onderneming. Meer overheidscontrole werd wenselijk geacht. Om het overheidsbelang in geprivatiseerde ondernemingen te beschermen, werd het gouden aandeel ingevoerd. De federale overheid beschikte over een dergelijke bijzondere inspraakmogelijkheid in Distrigas/Distrigaz, Fluxys, de Nationale Maatschappij der Pijpleidingen/ la Société nationale de transport par canalisations en Synatom.^{148,149} Uit onderzoek van Van der Elst naar de verschillen

¹⁴⁶ Zie de Algemene beleidsnota van de minister van Ambtenarenzaken en Overheidsbedrijven, deel overheidsbedrijven, van 16 april 2008, zittingsperiode 2007/2008, nr. 52, 0995/019, p. 3.

¹⁴⁷ Zie de nog steeds actuele Algemene beleidsnota van de toenmalig minister van Ambtenarenzaken en Overheidsbedrijven, deel overheidsbedrijven, van 16 april 2008, zittingsperiode 2007/2008, nr. 52, 0995/019, p. 5 e.v.

¹⁴⁸ Zie KB van 10 juni 1994, waarbij de Staat een bijzonder aandeel in Synatom verwerft.

tussen de autonome staatsondernemingen en de commerciële vennootschappen,¹⁵⁰ bleek dat het aantal ondernemingen met een overheidsparticipatie dat op de beurs van Brussel genoteerd was in 1997 in 2004 tot tweeëntwintig beursgenoteerde ondernemingen met een overheidsaandeel verdubbelde.¹⁵¹ En hoewel het aantal beursgenoteerde ondernemingen met een overheidsaandeel inmiddels fors is afgenomen,¹⁵² lijkt het aantal participaties door de overheid in de marktsector de afgelopen jaren juist weer toe te nemen.¹⁵³

3.6.2 De minister van Overheidsbedrijven

De minister van Overheidsbedrijven heeft op federaal niveau de verantwoordelijkheid voor Belgacom, bpost, de NMBS/SNCB, BIAC en sinds 2002 de Nationale loterij.^{154,155} Het Comité Overheidsbedrijven ondersteunt de minister als adviesorgaan. In dit orgaan zijn de overheidsondernemingen en vakbonden vertegenwoordigd.¹⁵⁶ De visie van de federale overheid over de reikwijdte van overheidssturing wordt mijns inziens goed weergegeven door de toenmalig minister van Overheidsbedrijven wanneer hij antwoord geeft op een vraag over overheidsbedrijven en externe adviesopdrachten.¹⁵⁷ De overheidsbedrijven onder zijn beheer, zo stelt hij:

‘ (...) zijn autonome overheidsbedrijven die vrij hun commerciële en operationele strategie kunnen kiezen, evenals de instrumenten en middelen om deze strategie te volgen. (...) Slechts voor de opdrachten die verband houden met de uitvoering van taken van openbare dienst kan, overeenkomstig artikel 11, § 2, tweede lid van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische

149 De Europese Commissie heeft het bijzonder aandeel dat de Belgische Staat bezit in de eerste drie maatschappijen aangevochten. Ondanks een door de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG) in 2000 uitgebracht advies, werden het KB van 10 juni 1996 voor de Nationale Maatschappij der Pijpleidingen en het KB van 16 juni 1994 voor Distrigas/Distrigaz nog niet aangepast. (Fluxys is een afsplitsing van Distrigas/Distrigaz, en heeft dezelfde aandeelhouders als Distrigas/Distrigaz).

150 C. van der Elst, *Management, decision-making and supervision of Belgian state owned enterprises: an inefficient patchwork?*, Financial Law Institute, Universiteit Gent, 2006.

151 H. Spinnewijn, *Overheidsparticipaties in de marktsector in België, 1997-2003*, Planning Paper 99 van het Federaal Planbureau, januari 2006, p. 33.

152 Zie OECD (2011), ‘The size and composition of the SOE sector in OECD countries’, *OECD Corporate Governance Working Papers*, nr. 5, p. 23 www.oecd.org/daf/corporateaffairs/wp, die over 2009 nog 8 beursgenoteerde ondernemingen met een overheidsaandeel tellen.

153 Zie H. Spinnewijn, *Overheidsparticipaties in de marktsector*, rapport van 14 juli 2011, te raadplegen via de website van het Belgische Federaal Plan Bureau, http://www.plan.be/admin/uploaded/201107132043490.CP_HS_overheidspart_juli_2011_NL.pdf.

154 Zie de Algemene beleidsnota van de minister van Ambtenarenzaken en Overheidsbedrijven, deel overheidsbedrijven, van 16 april 2008, zittingsperiode 2007/2008, nr.52, 0995/019.

155 Zie de wet van 19 april 2002 tot rationalisering van de werking en het beheer van de Nationale Loterij.

156 Zie zoals in de AOB wet geregeld.

157 Zie Bulletin 3-10, Vergaderjaar 2003/04, vraag nr. 3-262, 9 september 2003.

overheidsbedrijven respectievelijk artikel 30, § 2, tweede lid van de wet van 19 april 2002 tot rationalisering van de werking en het beheer van de Nationale Loterij, het beheerscontract de aangelegenheden van strategisch economisch belang aanwijzen waarvoor de gunningbeslissing, naargelang het bedrag van de opdracht is onderworpen aan de goedkeuring van de minister van Overheidsbedrijven. (...) Het administratief toezicht van de bevoegde minister, uitgeoefend door de regeringscommissaris, blijft hier beperkt tot de naleving van de wet, het organiek statuut van het overheidsbedrijf en het beheerscontract.'

De minister van Overheidsbedrijven centreert het beleid omtrent overheids-ondernemingen.¹⁵⁸ In alle sectoren door eventuele andere beleidsverantwoordelijke ministeries zal rekening moeten worden gehouden met de visie van deze minister.

3.7 Tussenconclusie

De Nederlandse overheid kan een voorbeeld nemen aan de bijzondere aandacht die de vormgeving van overheidsinvloed heeft gekregen in de hierboven besproken relevante Belgische regelgeving. De Belgische wetgever heeft niet alleen voorzien in een in het bijzonder op het publiekrecht gerichte rechtsvorm, maar ook aanvullende mogelijkheden gecreëerd voor overheidsinvloed in de in deze rechtsvorm ondergebrachte overheidsonderneming via de Wet Autonome Overheidsbedrijven (AOB). De AOB biedt een bijzonder *governance framework* voor staatsondernemingen. Met de bijzondere regels voor de naamloze vennootschap van publiekrecht in de AOB heeft de regering in bepaalde gevallen immers bijzondere benoemings- en goedkeuringsrechten in de overheidsonderneming die hierin is ondergebracht. En ook de bevoegdheid besluiten ten aanzien van belangrijke beslissingen als de ontbinding van de naamloze vennootschap van publiekrecht goed te keuren, kan bij de overheid liggen. De Belgische wetgever erkent hiermee mijns inziens terecht de noodzaak om overheidsinvloed te verzekeren, in een in de naamloze vennootschap van publiekrecht ondergebrachte overheidsonderneming aangezien hier politieke verantwoordelijkheid voor bestaat. Dit blijkt mede uit de verplichting van artikel 39 AOB op grond waarvan de Staat, of de door hem aangewezen personen te allen tijde de meerderheid van de aandelen van de vennootschap

¹⁵⁸ Toch zijn er ook uitzonderingen gemaakt op de bevoegdheid van de minister van Overheidsbedrijven. Zo valt Belgocontrol onder de verantwoordelijkheid van de minister voor mobiliteit en valt de investeringsmaatschappij Federal Holding and Investment Company (FHIC) onder de minister van Financiën. Zie OECD (2011), 'The size and composition of the SOE sector in OECD countries', *OECD Corporate Governance Working Papers*, nr. 5, p. 82 www.oecd.org/daf/corporateaffairs/wp.

moet behouden.¹⁵⁹ Deze bepaling is in wezen een (partieel) privatiseringsverbod. Indien niet in de beperking van de overdraagbaarheid van de aandelen is voorzien, is bepaald dat in ieder geval de helft van de stemrecht bij de overheid moet berusten.¹⁶⁰ Ook rusten op het overheidsaandeel versterkte stemrechten op grond van artikel 39 lid 5 AOB en ex artikel 40 AOB gelden bijzondere regels bij de uitgifte van nieuwe effecten in de naamloze vennootschap van publiekrecht.

Deze wetgeving kan daarenboven worden aangevuld door nadere bepalingen in een daartoe gesloten beheerscontract. Met name lijkt vanuit het oogpunt van herkenbaarheid, de vormgeving van een bijzondere voor de overheidsonderneming bedoelde rechtsvorm wenselijk.

4 FRANKRIJK

4.1 Algemeen

4.1.1 *Frans rechtspersonenrecht als basis voor het Nederlandse rechtspersonenrecht*

Het Franse handelsrecht is neergelegd in de *Code de Commerce* van 2000.¹⁶¹ Deze is in sterke mate geënt op de eerdere *Code de Commerce* van 1807.¹⁶² Het Franse recht kende in het burgerlijke recht een afzonderlijke regeling voor het handelsrecht.¹⁶³ Het Nederlandse Wetboek van Koophandel is oorspronkelijk gebaseerd op de Franse *Code de Commerce* van 1807. Ook na de Franse tijd is dit systeem bijna ongewijzigd van kracht gebleven, totdat in 1838 het Nederlandse Burgerlijk Wetboek werd ingevoerd. Het Nederlandse Wetboek van Koophandel heeft ingrijpende wijzigingen ondergaan waarbij grote delen

159 Deze regel kent een uitzondering voor de aandelen uitgegeven door Nationale Maatschappij der Belgische spoorwegen die niet het belang van de Staat vertegenwoordigen, zie art. 39 lid 1 AOB.

160 Op grond van art. 39 lid 4 AOB is een overdracht waardoor het rechtstreeks belang van de overheid in dat kapitaal niet langer meer dan 50% bedraagt, zelfs van rechtswege nietig indien, binnen een termijn van drie maanden na de overdracht, het belang van de overheid, door middel van een kapitaalverhoging geheel of gedeeltelijk geplaatst bij de overheid, niet boven de 50% wordt gebracht.

161 De Code de Commerce bevat negen boeken. Zie <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379>.

162 H.E. Oving schreef in 1895 overigens reeds 'Geen titel van den Franschen Code de Commerce heeft zoo vele en gewichtige wijzigingen ondergaan als Boek I Titel III 'des societes'', zie H.E. Oving, *Iets over vennootschappen van koophandel in Frankrijk*, (diss. Leiden) L.J. Veen: Amsterdam 1895, p. 1.

163 Door de invoering van een wetboek van burgerlijke rechtspleging in 1806 en een jaar later een wetboek van koophandel werd in Frankrijk een onderscheid gemaakt tussen burgerlijk en handelsrecht. Zie H.E. Oving, *Iets over vennootschappen van koophandel in Frankrijk*, (diss. Leiden) L.J. Veen: Amsterdam 1895, p. 1.

zijn overgeheveld naar Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. In artikel 1690 en verder van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1838, waren enkele bepalingen opgenomen met betrekking tot zedelijke lichamen; een systematische regeling van het rechtspersonenrecht zoals in het huidige Boek 2 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek is neergelegd, ontbrak echter.¹⁶⁴ Voor wat betreft het Nederlandse vennootschapsrecht, is het huidige Nederlandse Wetboek van Koophandel in beginsel alleen nog relevant voor de personenvennootschap. Het Franse handelsrecht in de *Code de Commerce* 2000 bestrijkt een ruimer terrein dan het Nederlandse Boek 2 BW dat in beginsel louter ziet op rechtspersonenrecht.¹⁶⁵

4.1.2 *Het staatsrechtelijk bestel in Frankrijk en het beleid ten aanzien van overheidssturing*

Kenmerkend voor de Franse rijksoverheid is de van oudsher sterk centralistisch opgebouwde bestuursstructuur.¹⁶⁶ Bovendien bestaat er een sterke band tussen de politieke en ambtelijke instellingen van het bestuur, niet in de laatste plaats door het bestaan van zogenaamde *grands corps*.¹⁶⁷ Deze *grands corps* bestaan uit hoge publieke functionarissen die in bepaalde instituten zijn

164 Zo werd de vereniging in een afzonderlijke wet geregeld (Wet van 1855), was vanaf 1925 de Wet op de Cooperatieve verenigingen van toepassing op de cooperatieve vereniging en werd er pas in 1956 een afzonderlijke regeling voor de stichtingen ingevoerd. De naamloze vennootschap was in het Wetboek van Koophandel geregeld. In 1971 werd daar de regeling voor de Besloten vennootschap aan toegevoegd.

165 Waar Boek 2 BW ziet op de regeling van (de meeste) Nederlandse rechtspersonen, bevat het Franse Code de Commerce 2000 de regelingen van handelaren, handelaren van de handel, commerciële bedrijven, de belangrijkste teksten betreffende de vrijheid van prijzen en concurrentie, de huurovereenkomst, commerciële apparatuur, verkoop gereguleerde markten, enkele gereguleerde beroepen in de handel, handelaren en buitenlandse kamers van koophandel en industrie.

166 Zie O. Nay, 'European Community Policy in France: The State Bounces Back', *Journal of European Integration* 2002, vol. 24, issue 3, p. 245-260. Er hebben echter ook decentralisatieprocessen plaatsgevonden waarbij bevoegdheden van de nationale overheid werden overgeheveld naar regionale overheden. Zie meer over centralisatie en decentralisatie H. Reigner, 'Multi-level governance or co-administration?', *Policy & Politics* 2001, vol. 29, nr. 2, p. 181-192. Sarkozy wenste echter in plaats van verdergaande decentralisatie een beter gebruik en uitbreiding van de bevoegdheden van regionale overheden. Deze bevoegdhedenverdeling houdt echter niet in dat de bevoegdheden per se exclusief toekomen aan één bestuurslaag. Het is zeer wel mogelijk dat bij een bepaald onderwerp meerdere bestuurslagen betrokken zijn. Dit verklaarde de noodzaak voor de oprichting van een agentschap voor overheids-ondernemingen die het beleid hieromtrent centraliseert.

167 Zie het rapport *Andere overheid in het buitenland. Inrichting van de centrale overheid. Een internationale vergelijking* van het Departement Bestuurskunde Universiteit Leiden uit 2005 in het kader van het Actieprogramma *Andere Overheid* en M.C. Kessler, 'Les grands corps de l'État', *La Revue administrative* 1986/231, p. 221-228.

opgeleid.¹⁶⁸ Ondanks een carrière buiten de ambtenarij blijven de voormalig ambtenaren lid van het grand corps. Er bestaan dan ook nauwe, informele banden tussen de *grands corps*, de politiek en het bedrijfsleven.

Zoals ook de andere landen in Europa, zag Frankrijk zich genoodzaakt om te bezuinigen op het overheidsapparaat. De nadruk lag echter niet op privatisering, maar op decentralisatie en modernisering.¹⁶⁹ Toch wordt ook in Frankrijk meer en meer gebruik gemaakt van de private sector om overheidstaken uit te voeren.¹⁷⁰ De mogelijkheden van de private sector worden niet langer inferieur beschouwd vanwege haar vermogen publieke belangen te incorporeren in haar systeem.¹⁷¹

Hervormingen van de staat

Een van de belangrijkste hervormingsthema's van het laatste decennium van de vorige eeuw was de modernisering en privatisering van de publieke diensten. Voor wat betreft de modernisering kan worden geconcludeerd dat er sprake is van beleidscontinuïteit. Bij de privatisering deed zich echter een ander beeld voor:

'Wisselingen van kabinetten en politieke oriëntatie gingen in de periode 1980-1995 steeds samen met koersveranderingen op het gebied van privatisering en nationalisering. (...) Naast veranderingen in de nationale economische omstandigheden hadden politieke verschuivingen dus een duidelijke invloed op de hervormingen.'¹⁷²

In de geschiedenis van Frankrijk zijn drie golven van grote nationalisaties aan te wijzen, te weten 1936, 1945 en 1982.¹⁷³ In de jaren negentig brak vervolgens een periode van *dénationalisation* aan,¹⁷⁴ die vaak wordt gezien als een periode

168 Zie <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/administration/acteurs/qu-est-ce-qu-grand-corps-etat.html>. Over de mogelijke grote invloed van leden van *grands corps* zie bijvoorbeeld P. Bezes, 'The "steering state" model: The emergence of a new organizational form in the French Public Administration', *Sociologie du travail* 2007/49, p. 82-86.

169 Er worden zelfs grenzen getrokken voor wat betreft de reikwijdte van privatisering. Zie M. Tirard, 'Privatization and Public Law Values: A View from France', *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2008, vol 15, no. 1, p. 285-304.

170 Zie Pollitt en Bouckaert, 2000, p. 228.

171 Zie H. Reigner, 'Multi-level governance or co-administration?', *Policy & Politics* 2001, vol. 29, no. 2, p. 183.

172 Zie het rapport *Andere overheid in het buitenland. Inrichting van de centrale overheid. Een internationale vergelijking*. van het Departement Bestuurskunde Universiteit Leiden uit 2005 in het kader van het Actieprogramma *Andere Overheid*.

173 Zie D. Vidal, *Droit des sociétés*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence: Parijs 2003, p. 583.

174 Zie N. Thirion, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché: aspects juridiques*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence: Parijs 2002.

van privatisering.¹⁷⁵ In feite ging het in de meeste gevallen echter slechts om gedeeltelijke ongedaanmaking van de nationalisatie. Van privatisering in de zin dat de Staat (al) haar bevoegdheden in de desbetreffende ondernemingen verloor, was geen sprake.¹⁷⁶

4.2 Rechtsvormen voor overheidsondernemingen

4.2.1 *Het Établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC)*

Franse overheidsondernemingen kunnen in verschillende rechtsvormen worden gedreven. Traditioneel werden deze ondernemingen gedreven in een hiervoor bedoelde openbare instelling, het zogenaamde *Établissement public à caractère industriel et commercial* (hierna: EPIC).¹⁷⁷ Op grond van artikel 34 van de Franse grondwet kan 'la création de catégories d'établissements publics' slechts geschieden bij wet, en dus slechts door het parlement.¹⁷⁸

Van oudsher heeft Frankrijk een uitgebreid publiek apparaat. Toch verloor de manier van inrichten door het oprichten van dergelijke EPIC's onder druk van de ook in Frankrijk steeds verdergaande privatisering aan populariteit. Sommige EPIC's zijn inmiddels dan ook omgezet in volledig private rechtsvormen zoals die van de *société anonyme*. Wel heeft de Staat in veel gevallen nog steeds een grote invloed binnen dergelijke vennootschappen en houdt zij hier, direct of indirect,¹⁷⁹ een (meerderheids)belang in.¹⁸⁰ Hierbij vervult het in 2008 opgerichte staatsfonds *Fonds Stratégique d'Investissement* (hierna: FSI) een grote ondersteunende rol. Het FSI investeert in de strategische sectoren van Frankrijk om de activiteiten van de overheid als lange termijn aandeelhouder

¹⁷⁵ Zie La Loi de privatization.

¹⁷⁶ Zie D. Vidal, *Droit des sociétés*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence: Parijs 2003, p. 584.

¹⁷⁷ Voorbeelden van dergelijke ondernemingen zijn: L'Institut national de la consommation (INC), Le Commissariat à l'énergie atomique (CEA), L'Office national des forêts (ONF), L'Opéra national de Paris, La Monnaie de Paris. Maar ook het gemeentelijk vervoerbedrijf van Parijs, de Régie autonome des transports parisiens (RATP), de Franse Spoorwegen, la Société Nationale des Chemins de fer Français (SNCF) en La Poste zijn in deze rechtsvorm ondergebracht.

¹⁷⁸ Wanneer het de oprichting van een openbare instelling binnen een reeds bestaande categorie betreft, kan de regering een EPIC oprichten bij besluit.

¹⁷⁹ Zo wordt een deel van de aandelen in France Telecom gehouden via de ERAP (entreprise de recherches et d'activités pétrolières, een openbare instelling, EPIC, die namens de staat deelneemt in de energie, farmacie en telecommunicatiesector).

¹⁸⁰ Denk aan het elektriciteitsbedrijf EDF, het gasbedrijf GDF maar ook de vliegvelden bij Parijs, Aéroports de Paris (ADP) dat bij wet van 20 april 2005 is opgericht.

aan te vullen en te versterken.¹⁸¹ Anno 2012 heeft het staatsaandeelhouder-schap – hoewel de druk om te privatiseren, althans te bezuinigen door de crisis groter lijkt geworden – onder de regering van president Hollande zelfs een nieuwe impuls gekregen.¹⁸² Zo betrof een van zijn eerste handelingen als president de oprichting van een nieuw investeringsvehikel, de publieke investeringsbank *Banque publique d'investissement*, die tezamen met het FSI de publieke aandeelhouder nog intensiever moet faciliteren.¹⁸³

4.2.2 De Société anonyme en Société d'économie mixte

Een voor de hand liggende rechtsvorm om een overheidsonderneming in te drijven is in veel gevallen het equivalent van de rechtsvorm die in Nederland de naamloze vennootschap wordt genoemd.¹⁸⁴ De Franse Staat kan als aandeelhouder een belang in een zogenoemde *société anonyme* (SA) houden.¹⁸⁵

Wanneer de meerderheid van het kapitaal in publieke handen dient te blijven en de overheid waarde hecht aan de bescherming van een algemeen belang, kan de overheid deelnemen in een sterk aan de *société anonyme* verbonden rechtsvorm, de *Société d'économie mixte* (hierna: SEM). Met name in projecten van publiek-private samenwerking wordt gebruik gemaakt van deze SEM. Een SEM is een als *société anonyme* ingerichte vennootschap waarop specifieke wetten van toepassing zijn.¹⁸⁶ Het vermogen is deels in handen van één of meer publieke rechtspersonen (veelal de staat) en één of meer private personen.¹⁸⁷

181 Zie <http://www.fonds-fsi.fr/>. Zie P. Merle, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz: Paris 2009, p. 282 over de angst dat buitenlandse investeerders in mindere mate op het lange termijn belang zijn gericht.

182 Zie het voorwoord door de minister van economie en financiën in het jaarlijks rapport van het APE over de staat als aandeelhouder, p. 3, te raadplegen via de website http://www.apec.minefi.gouv.fr/sections/rapports_sur_l_etat/annual_reports_on_go/downloadFile/aattachedFil_4/2012_Report_on_the_Government_as_a_shareholder.pdf?nocache=1355742855.12.

183 Zie <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/banque-publique-d-investissement>.

184 De sterk op de besloten vennootschap lijkende *société à responsabilité* (SARL) gezien de ook volgens het Franse systeem sterk op de vennoten gerichte rechtsvorm, blijft hierna buiten beschouwing. Zie nader P. Merle, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz: Paris 2009, p. 199-200.

185 Dat overigens niet altijd duidelijk is of er sprake is van een EPIC dan wel van een SA blijkt uit de uitspraak van la Cour de cassation in de zaak over de status van France Telecom, waarin wordt overwogen: 'De la loi du 2 juillet 1990 à sa transformation en société anonyme en 1996, France Télécom a eu un statut qualifié par la loi d'« exploitant public », mais la Cour de cassation a jugé, le 22 février 1995, qu'il s'agissait en fait d'un EPIC'.

186 Zie loi nr. 83-597 van 7 juli 1983 in het bijzonder en loi nr. 83-675 van 26 juli 1983 welke betrekking heeft op de democratisering van de publieke sector.

187 Naast de SEM bestaan ook *Sociétés d'économie mixte locales*, afgekort SEML. Deze vorm is met name bedoeld om tegemoet te komen aan de wens om lokale, moeilijk te financieren projecten van privaat kapitaal te voorzien. Zie D. Vidal, *Droit des sociétés*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence: Parijs 2003, p. 584.

In de *Code de Commerce* worden bepaalde voor de bestuurders van een *société anonyme* geldende regels buiten beschouwing verklaard voor de bestuurders van een SEM.¹⁸⁸ Er kunnen ook juist extra (strengere) regels gelden voor dergelijke in een SEM vormgegeven overheidsondernemingen. Zo is evenals in Nederland, in Frankrijk een felle discussie met betrekking tot de bezoldiging van bestuurders gaande. Er wordt vanuit gegaan dat het management van staatsondernemingen een voorbeeldfunctie geniet voor wat betreft het remuneratiebeleid. De overheid wenst dan ook dat de relevante personen bij dergelijke ondernemingen zich houden aan de nieuwe regels voor het beloningsbeleid.¹⁸⁹

4.3 Beheer en invloed in deelnemingen

4.3.1 *Het Franse action spécifique*

Om te voorkomen dat de Franse Staat door privatisering in bepaalde sectoren alle invloed zou verliezen kon de Franse minister van Economische Zaken in de desbetreffende privatiseringswet voorzien in een zogenaamd *action spécifique*, een bijzonder of versterkt aandeel.¹⁹⁰ De gouden tijden van het bijzondere aandeel lijken echter ook in Frankrijk voorbij.¹⁹¹ Maar ondanks de kritische houding vanuit Europa tegenover het gouden aandeel maakt Frankrijk nog steeds gebruik van gouden aandelen.¹⁹² De Franse overheid

188 Zie art. L225-95 CC jo L225-21 CC op grond waarvan het maximum van vijf bestuursfuncties niet van toepassing wordt geacht op de 'publieke' bestuurders van een SEM.

189 Zie het voorwoord door de minister van economie en financiën in het jaarlijks rapport van het APE over de staat als aandeelhouder, p. 3, te raadplegen via de website http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/rapports_sur_l_etat/annual_reports_on_go/downloadFile/attachedFile_4/2012_Report_on_the_Government_as_a_shareholder.pdf?nocache=1355742855.12.

190 D. Vidal, *Droit des sociétés*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence: Parijs 2003, p. 584 en art. 10 Loi nr. 86-912 du 6 août 1986.

191 Zie G. Parleani, 'L'action spécifique "à la française" est morte; vive l'action spécifique "à l'européenne"!', *Revue des sociétés* 2002, p. 523-528.

192 Zie het jaarlijks rapport met betrekking tot de belangen van de Franse staat als aandeelhouder met betrekking tot het jaar 2012, te raadplegen via de website http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/rapports_sur_l_etat/annual_reports_on_go/downloadFile/aaattachedFi_4/2012_Report_on_the_Government_as_a_shareholder.pdf?nocache=1355742855.12. 'When necessary to protect national interests, a «special share» to which specific rights are attached may be introduced in privatised companies.' Als voorbeelden van rechtvaardiging worden de volgende twee voorbeelden genoemd: 'The capital of Thales includes a golden share, justified on grounds of national defence. The Government also holds a golden share in the new GDF Suez group, justified on grounds of security and continuity of energy supply.' Zie p. 31 van het rapport. Zie over de houdbaarheid van het bijzondere aandeel in Europese context reeds hoofdstuk 5. Voor de verhouding tussen Europeanisatie en regionalisatie in Frankrijk zie V. Rogers.

heeft bijvoorbeeld nog een gouden aandeel in de onderneming Thales dat volgens de Franse overheid wordt gerechtvaardigd op grond van een nationaal belang voor defensie. En de overheid houdt ook een gouden aandeel in de GDF Suez groep, gerechtvaardigd op grond van veiligheid en continuïteit van energielevering.¹⁹³

4.3.2 Agentschap voor staatsdeelnemingen APE

Algemeen

De 50 grootste deelnemingen van de Franse Staat – in zowel SA of EPIC rechtsvormen – worden beheerd door het Agentschap voor staatsdeelnemingen oftewel *l'Agence des participations de l'État* (hierna: APE). Dit agentschap is in 2003 in het kader van de grootschalige staatshervormingen opgericht. Het is ondergebracht bij het Franse ministerie van Financiën.¹⁹⁴

Het APE houdt zich voornamelijk bezig met de wijze waarop de overheid haar rol als aandeelhouder uitoefent binnen de desbetreffende deelnemingen. Hierbij wordt in het bijzonder gekeken naar de taakvervulling door de vertegenwoordigers van de overheid. Ook is het agentschap verantwoordelijk voor de ordentelijke verkoop van aandelen door de overheid. In een document met richtlijnen voor de wijze van de invulling door de Staat als aandeelhouder, het *Charte des relations avec les entreprises publiques* zoals dat op de website van APE is gepubliceerd, valt hieromtrent in de eerste alinea te lezen:

‘La mise en place de l’APE doit permettre de renforcer la gouvernance des entreprises dans lesquelles l’Etat détient une participation, en s’inspirant des recommandations des groupes de travail (...), des meilleurs pratiques en vigueur et en respectant les contraintes spécifiques liées à l’organisation de l’Etat, au caractère public de la majorité des entités détenues et aux missions d’intérêt général dont certaines sont chargées.’¹⁹⁵

Het *Charte* beheerst de verhouding tussen de Staat en de ondernemingen in het portfolio van het APE, zo lezen we:

‘Europeanization through Regionalization? Reforming the French Railways’, *Journal of Contemporary European Studies* 2007/15-2, p. 215-230.

193 Zie het rapport *The French State as Shareholder* 2012, een rapport door het APE, p. 31, te raadplegen via de website http://www.apec.minefi.gouv.fr/sections/rapports_sur_l_etat/annual_reports_on_go/downloadFile/attachedFile_4/2012_Report_on_the_Government_as_a_shareholder.pdf?nocache=1355742855.12.

194 Het APE is een afdeling van het directoraat generaal van de *Trésor et de la Politique économique* (DGTPE), van het ministerie de *l'Économie, des Finances et de l'Emploi français*.

195 Zie het *Charte des relations avec les entreprises publiques*, te raadplegen via <http://www.apec.minefi.gouv.fr>, http://www.apec.minefi.gouv.fr/sections/qu_est_ce_que_l_apec/regles_de_gouvernanc/.

‘Les règles de gouvernance énoncées ci-dessous portent sur les relations entre l’entreprise et l’Etat en tant qu’actionnaire. Elles doivent permettre de mieux distinguer celles-ci des relations concernant l’Etat dans son rôle de régulateur (responsable des conditions techniques et juridiques d’exercice d’une activité), financeur ou acheteur.’¹⁹⁶

Overigens zijn de richtlijnen overlappend en aanvullend op de algemene Franse *Corporate Governance* richtlijnen. Bovendien zijn het richtlijnen die niet wijken voor regels van publiekrecht.¹⁹⁷

Organisatie en taakomvang APE

Op grond van een verordening uit 2004¹⁹⁸ is het agentschap verdeeld in drie subafdelingen en een secretariaat.¹⁹⁹ De drie subafdelingen zijn verantwoordelijk voor een goede uitvoering van het staatsaandeelhouderschap op de terreinen van respectievelijk transport, energie en audiovisuele diensten en defensie.²⁰⁰ Het secretariaat draagt zorg voor de afstemming en coördinatie van het beleid tussen de verschillende subafdelingen. Op 16 februari 2011 is een overeenkomst gesloten tussen de Staat en het APE om de organisatie van het agentschap te moderniseren. De Directeur-Generaal van de *Agence France Trésor* draagt de verantwoordelijkheid voor het beheer van de Staat en middelen van het agentschap. Er is echter een gedeelde ministeriële verantwoordelijkheid voor het agentschap. Het ministerie voor Economische Zaken en Financiën (*Ministère de l’Economie et des Finances*) en het *ministère du Redressement Productif* hebben zeggenschap over *l’Agence des participations de l’État*. De uitoefening van dit gezamenlijke gezag is geregeld in het besluit van de *premier ministre* van 29 juni 2012.²⁰¹ Er vindt nauwe samenwerking plaats tussen onder andere

196 Zie het *Charte des relations avec les entreprises publiques*, p.16, te raadplegen via <http://www.apec.minefi.gouv.fr>.

197 Zo valt te lezen in het *Chartre*: ‘Elles (Les règles: JN) ne se substituent pas aux dispositions légales et réglementaires s’appliquant aux entreprises du secteur public, notamment à la loi n°83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public et aux décrets des 9 août 1953 et 26 mai 1955 concernant notamment le contrôle de l’Etat sur les entreprises publiques.’

198 Zie het Arrêté du 11 octobre 2004 portant organisation de l’Agence des participations de l’Etat.

199 Zie het Arrêté du 11 octobre 2004 portant organisation de l’Agence des participations de l’Etat, art. 1.

200 Zie Arrêté du 11 octobre 2004 portant organisation de l’Agence des participations de l’Etat, art. 2-4.

201 Zie het rapport *The French State as Shareholder* 2012, een rapport door het APE, p. 9, te raadplegen via de website http://www.apec.minefi.gouv.fr/sections/rapports_sur_l_etat/annual_reports_on_go/downloadFile/aaattachedFi_4/2012_Report_on_the_Government_as_a_sharholder.pdf?nocache=1355742855.12.

het APE en de ministeries om de uitzonderingen die het Europese recht biedt om het publieke belang te kunnen dienen, ten volle te benutten.²⁰²

Op basis van cijfers van het APE zijn de belangrijkste deelnemingen van de Franse Staat bekend. Per 14 januari 2013 heeft de Staat een belang in de volgende beursgenoteerde vennootschappen, waarbij het percentage het aandeel van de Staat in de onderneming weergeeft en het getal tussen haakjes de waarde in miljoenen Euro's die de aandelenportefeuille op die datum vertegenwoordigt.²⁰³

Aéroports de Paris	54,54% (3 114);
Air France KLM	15,88% (379);
Areva	14,33% (741);
CNP Assurances	1,10% (89);
EADS	14,96%(3 946);
EDF	84,44% (22 427);
France Télécom	13,45% (3 159);
GDF SUEZ	36,71% (13 668);
Renault	15,01% (1 814);
Safran	30,20% (4 181);
Thalès	27,08% (1 445).

Daarnaast neemt de Staat deel in ongeveer 47 niet beursgenoteerde ondernemingen.²⁰⁴ Het totaal aan dividenden dat werd uitgekeerd aan de Franse Staat als aandeelhouder is over 2011 op 4,9 miljard euro uitgekomen.²⁰⁵

Over de invulling van de rol van de Franse Staat als aandeelhouder stelt het APE in haar rapport reeds in 2007 het volgende:

'L'activité de l'APE a été marquée par la contribution de ses équipes à la définition de la stratégie générale des entreprises de son périmètre et de leur trajectoire financière pluriannuelle, la participation active aux organes sociaux de ces entreprises et aux comités spécialisés des conseils, le contrôle attentif de la fiabilité de

202 Zie reeds in 2007 de APE in haar rapport over 2007, *L'Etat Actionnaire, Government as Shareholder*, p. 14.

203 Voor de actuele cijfers, die dagelijks (!) te raadplegen zijn via de website van APE, zie http://www.apec.minefi.gouv.fr/sections/le_cadre_budgetaire/textes_de_references/downloadFile/attachedFile_1/HistoriqueParticipationsCotees_1mois.pdf?nocache=1197660604.98 of http://www.apec.minefi.gouv.fr/sections/colonne_de_droite/access_to_the_french/downloadFile/attachedFile/French_GovernmentPortfolio_20130114.pdf?nocache=1358182698.8. In de tabel op de website wordt bovendien aangegeven in hoeverre het aandeel van de staat is toe- of afgenomen.

204 In totaal is het APE voor het jaar 2011 verantwoordelijk voor 58 ondernemingen waar de staat in deelneemt. Zie het rapport *The French State as Shareholder* 2012, een rapport door het APE, p. 10.

205 Zie het rapport *The French State as Shareholder* 2012, een rapport door het APE, p. 11.

l'information financière et un dialogue approfondi avec les dirigeants sur l'opportunité et la rentabilité des projets d'investissements importants, des opérations de croissance externe ou des offres commerciales structurantes porteuses d'engagements de long terme.²⁰⁶

De Franse overheid beoogt lange termijn strategieën te implementeren en aldus de publieke belangen te verzekeren.²⁰⁷ Zo heeft er een hervorming plaatsgevonden in het juridisch raamwerk voor Franse vliegvelden om een grotere economische efficiëntie en financiële zelfstandigheid te bewerkstelligen.²⁰⁸ Weliswaar zijn het voor de APE geldende statuut gemoderniseerd²⁰⁹ en is een nieuwe directeur aangetreden in 2012, maar het beleid is de afgelopen jaren in wezen niet veranderd. De voormalig Directeur-Generaal van het APE, Bezard stelde in juni 2008 dat de Staat niet slechts een slapende aandeelhouder is.²¹⁰ De APE heeft zichzelf in de afgelopen jaren een steeds actievere rol toegedeeld. Daarbij moet echter de hierboven genoemde *Chartre* in het oog worden gehouden. Het bestuur van de onderneming is verantwoordelijk voor de implementatie van het beleid en de uitvoering van het dagelijks bestuur.²¹¹ Daarnaast is het bestuur verantwoordelijk voor de lange termijn strategie en de raming van de investeringen. Maar het bestuur zal hierbij steeds verzekerd zijn van de bijzondere aandacht van het APE als vertegenwoordiger van de aandeelhouder.²¹² Hier wordt invulling aan gegeven doordat het bestuur maandelijkse reportages opstelt en het bestuur op regelmatige basis (in ieder geval eens per jaar) bijeenkomt om het APE te treffen en de belangrijkste transacties en strategische vooruitzichten toe te lichten.²¹³ De overheid kan bovendien als aandeelhouder een onderzoek gelasten bij de onderneming.²¹⁴

206 Zie APE in haar rapport over 2007, *L'Etat Actionnaire, Government as Shareholder*, p. 12.

207 Zie het voorwoord door de minister van economie en financiën, p. 3, te raadplegen via de website http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/rapports_sur_l_etat/annual_reports_on_go/downloadFile/aaattachedFi_4/2012_Report_on_the_Government_as_a_sharholder.pdf?nocache=1355742855.12.

208 De toentertijd bestaande situatie waarbij het beheer via concessieovereenkomsten werd geregeld en veelal regionaal werd gereguleerd werd niet passend geacht te zijn met de publieke belangen van veiligheid en beveiliging. Zie de Engelse vertaling van het rapport van de APE over 2007, *L'Etat Actionnaire, Government as Shareholder*, p. 7-8 en nader over de regulering van vliegvelden P. Villard, 'Changing Frames of Reference and Regulatory Structures: French Airport Policy in Transition', *Journal of Public Policy* 2011/31, p. 73-93.

209 De nieuwe oprichtingsverordening van de agentschap is op 1 september 2012 gepubliceerd in het Franse Staatsblad.

210 Zie het artikel 'L'Etat n'est plus un actionnaire dormant', *Les Echos* 30 juni 2008.

211 Art. 1 van het *Charte des relations avec les entreprises publiques*, te raadplegen via <http://www.ape.minefi.gouv.fr>.

212 Art. 1.1 van het *Charte des relations avec les entreprises publiques*, te raadplegen via <http://www.ape.minefi.gouv.fr>.

213 Art. 2.2 van het *Charte des relations avec les entreprises publiques*, te raadplegen via <http://www.ape.minefi.gouv.fr>.

214 Art. 3.2 van het *Charte des relations avec les entreprises publiques*, te raadplegen via <http://www.ape.minefi.gouv.fr>.

Voorts benoemt APE in bepaalde ondernemingen bestuurders of leden van bepaalde commissies.²¹⁵ Deze benoemingen zijn aan strenge criteria gebonden.²¹⁶

Toezicht op en verantwoording voor staatsdeelnemingen

Het APE is verplicht om jaarlijks verantwoording af te leggen over haar werkzaamheden met betrekking tot de deelnemingen. In een jaarlijks rapport wordt uitgebreid ingegaan op de financiële situatie en de gevolgen en de te volgen strategie binnen de belangrijkste staatsdeelnemingen.²¹⁷

4.3.3 De Audit committee en Strategy Committee

De Franse overheid beoogt actief beleid te implementeren via zogenaamde *comités d'audit*. Deze houden met name toezicht op het doel van de onderneming en zien toe op de interne controle in de onderneming. Deze comités controleren de financiële gegevens zoals de boekhouding en jaarrekening. Ook zien de comités erop toe dat de eventuele risico's worden geïdentificeerd om te bezien of deze risico's beheersbaar zijn. De comités identificeren de risico's weliswaar niet zelf, maar moeten erop toezien dat de analyses plaatsvinden en dat er op dit punt een goede *corporate governance* structuur bestaat. Een andere belangrijke taak is dat de comités adviseren over de beloningen van de accountants. Zij zien er ook op toe dat de zogenoemde financiële communicatie waarheidsgetrouw is. Daar naast is er op grond van het *Chartre* bij de

215 Zie p. 12 van het rapport 'L'Etat Actionnaire. Rapport 2007', APE: 'Conformément au décret nr. 94-582 du 12 juillet 1994 qui a fait l'objet d'une modification en janvier 2007 (décret nr 2007-93 du 25 janvier), les représentants de l'État dans les conseils d'administration ou de surveillance des établissements publics et des sociétés du secteur public ou privé sont choisis parmi des fonctionnaires de l'État ou des agents contractuels de l'État en activité ou en retraite; dans les entreprises publiques qui entrent dans le champ de l'article 1er de la loi DSP, ils peuvent également être choisis parmi les dirigeants (présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux adjoints) des entreprises publiques relevant de ce même article ainsi que parmi les présidents, directeurs généraux adjoints ou délégués ou membres du directoire des établissements publics de l'État ou des entreprises du secteur public dont l'État détient directement ou indirectement la majorité du capital'.

216 In de Engelse vertaling van het rapport van de APE over 2007, *L'Etat Actionnaire, Government as Shareholder*, p. 11, valt hierover te lezen: 'Apart from the legal criteria (directors must be 30 or over), appointment to the Board of a quoted company as a director representing the Government (and hence as a member of the Agency staff), is for the most part reserved for executives with the rank of Deputy Director or above and familiar with the financial and strategic issues discussed in the Board.'

217 Het in 2012 gepubliceerde rapport was het laatste rapport met betrekking tot de deelnemingen van de overheid. Zie het rapport *The French State as Shareholder 2012*, een rapport door het APE, p. 9, te raadplegen via de website http://www.apec.minefi.gouv.fr/sections/rapports_sur_l_etat/annual_reports_on_go/downloadFile/aaattachedFi_4/2012_Report_on_the_Government_as_a_shareholder.pdf?nocache=1355742855.12.

overheidsondernemingen een *Strategy Committee* om de strategische belangen op lange termijn in het oog te houden.²¹⁸

4.4 Afstoting van overheidsdeelnemingen

Het verlies van overheidsaandeelhouderschap kan een beperking betekenen voor de sturingsmogelijkheden die de overheid heeft. Er zijn daarom strikte regels voor de afstoting van (aandelen in) overheidsondernemingen door de overheid. Op grond van artikel 34 van de Franse grondwet wordt zelfs de wettelijke regulering hiervan vereist. Deze bepaling bepaalt namelijk dat: 'La loi fixe également les règles concernant (...) les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.'²¹⁹ Het algemene juridische raamwerk wordt gevormd door drie wetten, *la loi n° 86793 du 2 juillet 1986, la loi n° 86912 du 6 août 1986*²²⁰ et *la loi n° 93923 du 19 juillet 1993*.²²¹ Deze wetten bepalen de reikwijdte van en de procedures voor die transacties. Indien de bijzonderheden van de overdracht dit vergen, kunnen bijzondere wetten het algemene raamwerk aanvullen en aanpassen voor die gevallen.²²² De overheidsparticipaties waarbij de overheid direct een meerderheidsbelang houdt zijn zogenaamde *participations de premier rang*. Andere belangen worden *participations de respirations* genoemd. Voor de afstoting van meerderheidsbelangen gelden bijzondere beginselen:

- ' Les privatisations des entreprises les plus importantes sont autorisées dans leur principe par la loi puis décidées par décret. Les autres opérations sont directement autorisées par décret;
- Le prix de cession arrêté par le ministre de l'Économie ne peut être inférieur à l'évaluation de la Commission des participations et des transferts (CPT). Pour les cessions hors marché, le ministre de l'Économie arrête le choix du ou des acquéreurs et les conditions de la cession sur avis conforme de la CPT;
- Les personnes physiques et les salariés de l'entreprise bénéficient d'avantages spécifiques (actions réservées, actions gratuites, délais de paiement auxquels s'ajoutent, pour les salariés, des rabais);

218 Zie APE in haar rapport over 2007, *L'Etat Actionnaire, Government as Shareholder*, p. 16 over de invulling van het audit committee. Zie het rapport *The French State as Shareholder* 2012, rapport door het APE, p. 16 over de implementatie van het strategisch comite.

219 Zie *Constitution de la République française* van 4 oktober 1958. De tekst van de Franse Grondwet, is te raadplegen via <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>. Het algemene juridische raamwerk wordt gevormd door drie wetten, *la loi n° 86793 du 2 juillet*.

220 Zie *Loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations*.

221 Te raadplegen via <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

222 Dit geschiedde bijvoorbeeld voor de *Crédit Agricole* in 1988 en met de privatiseringswet van 2003 voor *Air France*.

- Lorsque la protection des intérêts nationaux l'exige, il est possible à l'État d'instituer dans les sociétés privatisées une « action spécifique » à laquelle sont attachés divers droits.²²³

Op grond van La loi n° 86-912 du 6 août 1986²²⁴ werd een commissie opgericht die verantwoordelijk is voor de waardering van de te privatiseren ondernemingen of de bezittingen die worden overgeheveld naar de private sector en de modaliteiten van de overdracht. Na enkele naamswijzigingen heet deze nu *La Commission des participations et des transferts. Le ministre de l'économie* bepaalt weliswaar de overdrachtprijs, maar deze kan niet lager zijn dan de waardering van de commissie. De commissie heeft ook een adviserende rol die in meer of mindere mate verplicht kan zijn.²²⁵

Werknemers van overheidsondernemingen in Frankrijk genieten bepaalde voorrechten. Zo hebben zij het recht om te delen in de winst van het bedrijf en bestaan er uitgebreide spaarplannen.²²⁶ Daarnaast is er op grond van *la loi de démocratisation du secteur public*²²⁷ een voorziening om werknemers in het bestuur van de staatsonderneming te doen plaatsnemen. De werknemersrechten zijn sterk. Zelfs nadat de overheid (een deel van) haar aandelen heeft vervreemd, houdt de werknemer die reeds voor de privatisering was toegetreden tot het bestuur, het recht om als bestuurder aan te blijven.²²⁸

4.5 Tussenconclusie

Een voordeel van een specifiek agentschap dat verantwoordelijk is voor de invulling van het staatsaandeelhouderschap, is uniformiteit in het beleid ten aanzien van deelnemingen. Weliswaar is in Nederland het ministerie van Financiën aangewezen als eerstverantwoordelijke voor de deelnemingen van de staat, maar de desbetreffende vakdepartementen blijven ook een (statutaire)

223 Zie *L'Etat Actionnaire*, rapport 2012 APE, p. 32, te raadplegen op http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/rapports_sur_l_etat/rapport_de_l_etat_ac9656/downloadFile/attachedFile/1-Panorama_2012.pdf?nocache=1351692658.56.

224 Zie Loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations.

225 Zie nader over deze commissie http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/basedocumentaire/la_commission_des_pa/.

226 Zie het *Decret* van 26 november 1987.

227 Zie het rapport *The French State as Shareholder* 2012, een rapport door het APE, p. 31, te raadplegen via de website http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/rapports_sur_l_etat/annual_reports_on_go/downloadFile/aaattachedFi_4/2012_Report_on_the_Government_as_a_sharholder.pdf?nocache=1355742855.12.

228 Zie hieromtrent het Rapport 2007, *Government as Shareholder*, 2007 report, APE, p. 19 waar de volgende voorbeelden worden genoemd: 'As a result employee directors continue to sit on the Boards of BNP, Société Générale, Renault, Bull, Thales, France Télécom and Air France.'

verantwoordelijkheid voor de desbetreffende deelnemingen behouden, die in het geval van de elektriciteitsvoorziening in Nederland zelfs primair te noemen is. Door de instelling van een van de ministeries onafhankelijk agentschap dat verantwoordelijk is voor het te voeren beleid bij de deelnemingen voorkomt men dat er een tegenstrijdigheid kan ontstaan in het door het vakdepartement voorgestane beleid en het door het ministerie van Financiën gewenste beleid. Deze coördinatie kan vanzelfsprekend ook geschieden door overleg tussen de verschillende ministeries. Een voordeel van een agentschap kan zijn dat het beleid voor de overheidsondernemingen op grotere afstand van de minister wordt gezet, waardoor afwegingen ten aanzien van de deelnemingen minder aan de waan van de politiek blootstaan. Echter, dit is niet direct van invloed voor de inrichting van de rechtsvorm voor de overheids-onderneming.

5 HET VERENIGD KONINKRIJK

5.1 Algemeen

In Nederland wordt in discussies over het al dan niet liberaliseren of privatiseren van bepaalde diensten vaak een vergelijking gemaakt met het Engelse systeem.²²⁹ Kent continentaal Europa een lange traditie van publieke ondernemingen, in de jaren tachtig is in het Verenigd Koninkrijk onder leiding van Thatcher een grote hervorming van het overheidssysteem begonnen. Uitgangspunt werd dat in beginsel veel publieke taken die tot dan toe werden uitgevoerd door overheidsondernemingen, konden worden opgedragen aan private partijen. Het algemeen belang werd geborgd door de instelling van zogenaamde *regulators*.

Halverwege de 20ste eeuw waren in het Verenigd Koninkrijk talloze ondernemingen en zelfs gehele industrieën genationaliseerd.²³⁰ Reeds tijdens de Tweede Wereldoorlog werden veel industrieën onderworpen aan staatsinvloed, maar pas in de jaren daarna kwam de nationalisatie echt op gang. Een van de eerste nationalisaties was bijvoorbeeld de nationalisatie van de *Bank of*

229 Zie voor een overzicht van het Engelse systeem Zie het rapport *Andere overheid in het buitenland. Inrichting van de centrale overheid. Een internationale vergelijking*, van het Departement Bestuurskunde Universiteit Leiden uit 2005 in het kader van het *Actieprogramma Andere Overheid*, i.h.b. par. 10 onder verwijzing naar Richards, *The Civil Services in Britain*.

230 Na de eerste wereldoorlog zijn daar te noemen de nationale energievoorziening (in 1926 werd op grond van de Electricity Supply Act 1926 de Central Electricity Board opgericht), in 1927 de omvorming van de privaat gerunde *British Broadcasting Company* tot de publieke *British Broadcasting Corporation*, in 1933 de oprichting van *London Transport*, in 1938 de nationalisatie van de mijnen en een jaar later de oprichting van de onderneming welke tegenwoordig beter bekend is onder de naam *British Airways* (BA).

England.²³¹ Maar ook bijvoorbeeld de koolindustrie, de energiesector en de spoorwegen werden (grotendeels) geprivatiseerd.²³² Na het aan de macht komen van de Conservatieven, onder leiding van Thatcher, in 1979 brak echter, in het kader van de idee van '*market ideology in the state*',²³³ het tijdperk van de privatiseringen aan.²³⁴ Ook na het aantreden van een periode onder de Labour partij, is vastgehouden aan dit privatiseringsbeleid, waardoor de huidige Engelse economie grotendeels uit private ondernemingen bestaat. Drie decennia later heeft de Engelse overheid het overgrote deel van haar staatsondernemingen geprivatiseerd. Belangrijke sectoren, zoals de energievoorziening, luchtvaart en telecommunicatie zijn in private handen gekomen.²³⁵ Overigens hield de overheid in sommige gevallen nog wel een bijzonder aandeel in de onderneming. Om toe te zien op de waarborging van publieke belangen die sommige van deze private ondernemingen dienden, werden toezichthouders ingesteld die werden belast met sectoraal toezicht. Denk aan de *Civil Aviation Authority* (CAA) of de *Office of Gas and Electricity Markets* (Ofgem).²³⁶

Ondanks de wens tot privatisering veranderde na een periode van bijna 20 jaar waarin er geen ondernemingen waren geprivatiseerd, het strikte beleid enigszins tegen het eind van de jaren negentig. In 1997 werd de Docklands Light Railway genationaliseerd en in 2001 kwam de private onderneming Railtrack – zij het niet door zuivere nationalisatie – onder controle van de staat. En ook meer recentelijk hebben (gedeeltelijke) nationaliseringsoperaties plaatsgevonden naar aanleiding van de recente financiële crisis. De private bank, Northern Rock – in de problemen geraakt door de gevolgen van de in 2007 begonnen krediet- en hypotheekcrises – is in het begin van 2008 genationali-

231 Zie nader S. Patel, 'Accounting for policy change through multi-level analysis: the reform of the Bank of England in the post-war era', *Policy Studies* 2009/30-3, p. 333-346.

232 Zie over nationalisatie en privatisering in het Verenigd Koninkrijk J. Foreman-Peck, 'The Privatization of Industry in Historical Perspective', *Journal of Law and Society* 1989, vol. 16, no. 1, p. 129-148.

233 Zie M. Poole, R. Mansfield, M. Martinez-Lucio en B. Turner, 'Change and Continuities within the Public Sector: Contrasts between Public and Private Sector Managers in Britain and the Effects of the Thatcher Years', *Public Administration* 1995/73, p. 272-273.

234 Zie over Thatcher's privatiseringsbeleid J. Wolfe, 'State Power and Ideology in Britain: Mrs Thatcher's Privatization Programme', *Political Studies* 1991/39-2, p. 237-252. Haar visie wordt 'Thatcherism' genoemd. Zie hierover nader A. Gamble, 'Privatization, Thatcherism, and the British State', *Journal of Law and Society* 1989, vol. 16, no. 1, p. 1-20.

235 Denk daarbij aan bijvoorbeeld ondernemingen als British Steel, British Airways, British Telecom, British Coal, British Aerospace, en British Gas.

236 Maar ook de Office of Communications (Ofcom), de Office of the Rail Regulator (ORR), de Office of Water Services (Ofwat) of de Postal Services Commission (Postcomm).

seerd. Het betrof hier echter steeds een tijdelijke maatregel.²³⁷ Er kan derhalve niet worden gezegd dat de privatiseringsgedachte is verlaten.

De wens tot privatisering betekent derhalve niet dat de Engelse overheid alle controle over bepaalde sectoren of diensten wenst op te geven. Hoewel veel ondernemingen met een publiek belang in private handen zijn, geeft de Engelse wetgever toch belangrijke mogelijkheden om binnen private ondernemingen in te grijpen. Ondernemingen waar de Engelse overheid, buiten het systeem van de *Regulators*, invloed op kan uitoefenen worden ook wel als *government-owned corporations* (GOC) of *state-owned enterprises* (SOE) aangeduid, wat in tegenstelling tot de naam niet hoeft te betekenen dat het juridische of economische eigendom (geheel) in de handen van de overheid moet zijn.

Alvorens nader op dergelijke ondernemingen in te gaan, en de casus van *Network Rail* in het bijzonder te bespreken, volgen in de paragraaf hieronder enkele woorden over de rol van de (overheids)onderneming met publieke taken.

Positie van de onderneming

De onderneming zal een steeds grotere rol met betrekking tot publieke taken innemen binnen het Verenigd Koninkrijk:

‘The role of the company in the not-for-profit area is an increasingly important one. With the growing reliance by the government on non-governmental organizations for the delivery of some kinds of social services previously provided directly by the state, charities (...) find themselves entering into contractual commitments of an increasing size.’²³⁸

Deze ontwikkeling kan samengaan met een aanpassing van het vennootschaps- en rechtspersonenrecht waarbij plaats wordt gemaakt voor de private onderneming met publieke taken. Voor het Verenigd Koninkrijk geldt immers als voor andere rechtssystemen het volgende:

‘Globalisation, leading to pressure for convergence and harmonisation of laws, constitutes an important factor influencing the modern debate. Concerns about the reach and power of global corporations, their involvement in fraud, economic crimes, corruption, health and safety breaches and environmental depredations are reflected in recent appearance of corporate criminal liability on national and

²³⁷ De bank zal op ‘arms length’ als een commercieel bedrijf worden geleid aldus Alistair Darling, Chancellor of the Exchequer op 17 Februari 2008, in een via de website van de BBC te raadplegen verklaring, http://news.bbc.co.uk/player/nol/newsid_7240000/newsid_7249700/7249735.stm?bw=bb&mp=wm&asb=1&news=1&ms3=54&ms_javascript=true&bbcws=2. In de toekomst moet de bank weer in private handen komen.

²³⁸ Zie P. Davies, *Introduction to Company Law*, New York: Oxford University Press 2010, p. 27.

international law reform agendas. The growth of transnational corporations, the product of the dismantling of nationalistic anti-competitive measures and the general deregulation movements in the US and other major economies from the 1980s onwards has transformed the entire architecture of legal control of business activities. National, international and supra-national political institutions and legal regimes are all implicated.²³⁹

Rickford schrijft:

‘By May 1997, when the new Labour Government came to power, it was quite widely (but not universally) recognised that the state of British company law was no longer acceptable. (...) Very rarely was the basic structure adjusted, or anything, however obscure or outmoded, removed.’²⁴⁰ (...) ‘In short, by 1997 our company legislation was in many parts an incoherent, overdetailed and inaccessible jumble of provisions, many of them outmoded, deriving from the vicissitudes of our economic history since the Victorian age.’²⁴¹

Hieronder ga ik nader in op de aangepaste, voor de overheidsonderneming, relevante regelgeving.

5.2 Het vennootschapsrechtelijk kader: de *Companies Act 1985* en *Companies Act 2006*

De belangrijkste hier te noemen kapitaalvennootschappen zoals die in het Verenigd Koninkrijk voorkomen, zijn de *Private company limited by shares* (Ltd) en de *Public limited company* (Plc). Beide rechtsvormen werden aanvankelijk geregeld in de *Companies Act* van 1985. Deze *Companies Act 1985* bracht verschillende wetten over vennootschappen bijeen.²⁴² De wet bevatte een regeling ten aanzien van de verantwoordelijkheden van vennootschappen en organen van die vennootschappen.²⁴³

239 C. Wells, ‘The Reform of Corporate Criminal Liability’, in: *The Reform of United Kingdom Company Law*, Londen: Cavendish Publishing Limited 2002, p. 291.

240 Jonathan Rickford, ‘A History of the Company Law Review’, in: *The Reform of United Kingdom Company Law*, Londen: Cavendish Publishing Limited 2002, p. 5.

241 Een voorbeeld van aanpassing van het recht betreft de ‘law on private companies’. Als modificatie van het algemeen geldende 1862 *Companies Act* model, is deze wet in de jaren 1906-1908 speciaal geschreven voor grote, kapitaal intensieve ondernemingen, zoals spoorwegondernemingen. Zie Jonathan Rickford, ‘A History of the Company Law Review’, in: *The Reform of United Kingdom Company Law*, Londen: Cavendish Publishing Limited 2002, p. 7.

242 Onder de nieuwe wet, de *Companies Act 2006*, werden de twee verschillende systemen voor Groot-Brittannië en Noord-Ierland vervangen door één systeem.

243 De in 1985 inwerking getreden wet ziet overigens louter op de expliciet in deze wet genoemde rechtsfiguren; personenvennootschappen (partnerships) en limited liability partnerships (Llp) vallen derhalve niet onder het bereik van de wet.

De *Companies Act 1985* werd vervangen door de *Companies Act 2006*.²⁴⁴ Deze laatst genoemde wet beoogt een uitgebreide hervorming van het Engelse vennootschapsrecht.²⁴⁵ Invoering van de nieuwe wet was aanvankelijk voorzien in oktober 2008, maar deze werd een jaar uitgesteld.²⁴⁶ In de wet wordt een regeling getroffen voor de *Limited and unlimited companies* (Section 3), de *Private and public companies* (Section 4), de *Companies limited by guarantee* (Section 5) en de *Community interest companies* (Section 6).

Het idee achter de wet was om andere belangen dan louter het belang van de aandeelhouder een plaats te geven binnen de *Company Law*.

Hieronder ga ik in op de voor dit onderzoek in het bijzonder voor de overheidsonderneming relevante rechtsvormen, te weten de *private company limited by shares*, de *public limited company* en de *company limited by guarantee*. De in 2005 in Engeland ingevoerde *Community Interest Company* (hierna: CIC) vertoont sterke overeenkomsten met de Nederlandse stichting en de in hoofdstuk 1 genoemde maatschappelijke onderneming. De CIC komt voor zover relevant kort aan de orde in paragraaf 4.2.3.

5.2.1 De private company limited by shares²⁴⁷ en de public limited company

Algemeen

In de kapitaalvennootschapsvorm lag de ultieme macht binnen de vennootschap in het Engelse systeem van oudsher bij de aandeelhouder.²⁴⁸ Maar

244 *Companies Act 2006* (chapter 46) Royal Assent of 8 november 2006. Tekst van de wet is raad te plegen via de website: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006/pdf/ukpga_20060046_en.pdf.

245 Uitgebreid is wellicht nog een understatement: de *Companies Act 2006* telt maar liefst 1300 sections. L. Sealy en S. Worthington, *Cases and Materials in Company Law*, Oxford: Oxford University Press 2008, schrijven hierover in hun voorwoord: '...it is quite the largest piece of legislation ever have passed through the parliamentary proces. It is the product of the most extensive revision of company law in this country since limited liability was introduced in the 1850s.'

246 Tot de volledige inwerkingtreding bleef de *Companies Act 1985* van kracht. Wegens verplichtingen voortvloeiend uit Europese richtlijnen traden sommige bepalingen uit de *Companies Act 2006* reeds per januari 2007 in werking.

247 De *private company limited by shares* is overigens niet alleen in Engeland, maar ook in wetgeving van Wales, Schotland, Ierland en sommige Commonwealth landen geïncorporeerd.

248 Dat wil zeggen macht met betrekking tot de statuten, de benoeming en het ontslag van bestuurders en de bestemming van de winst. Zie P. Davies, *Introduction to Company Law*, New York: Oxford University Press 2010, p. 14. Illustratief is het door Frentrop aangehaalde citaat van de Britse *Hampel Committee on Corporate Governance 1998*: 'The directors as a board are responsible for relations with stakeholders; but they are accountable to the shareholders', zie P.M.L. Frentrop, *Corporate governance 1602-2002. Ondernemingen en hun aandeelhouders sinds de VOC* (diss. 2002 Tilburg), Amsterdam: Prometheus 2002, p. 25.

het primaat van de aandeelhouder is niet langer onbetwist.²⁴⁹ Het bestuur zou ook andere belangen moeten kunnen meewegen. In de discussie over machts- en bevoegdheidsverdeling binnen deze rechtsvormen wordt met name gesproken over de mogelijke invloed van de werknemers (zoals in Duitsland sterk het geval is); een wijziging van het uitgangspunt nog niet aan de orde.²⁵⁰ Bij de bespreking van de genoemde rechtsvormen, staan de mogelijkheden die de aandelen in deze kapitaalvennootschapsvormen bieden, centraal.

Wat betreft het gebruik van controle- en sturingsinstrumenten in de kapitaalvennootschap door de Britse overheid om aldus bepaalde publieke belangen te behartigen, moet worden opgemerkt dat de overheid over het algemeen niet vaak deelneemt in aandelenkapitaal. En ook wanneer zij wel deelneemt, wordt haar houding niet gekenmerkt door een activistische invulling van haar rol. Veelal probeert de overheid beleid te doen implementeren door institutionele beleggers een bepaalde kant op te dwingen. Zie bijvoorbeeld de houding van de overheid met betrekking tot de problemen die bestaan met de wijze van belonen van bestuurders.²⁵¹ Om de ongewenste neveneffecten van bestaande beloningssystemen weg te nemen,²⁵² heeft de overheid institutionele beleggers onder druk gezet om hun stemrecht in te zetten bij onregelmatigheden en hun aandelen niet te verkopen maar juist hun stem te laten horen in het bijzonder waar het de excessieve remuneratie van bestuurders betrof of het mismanagement bij door de crisis in problemen geraakte banken.²⁵³ Aldus wilde de overheid tegemoet komen aan de wensen van de publieke opinie zonder zelf regulering in te voeren.²⁵⁴ Het beleid waarbij zelfregulering of andere private sturingsinstrumenten voorop worden gesteld ten koste van

249 Over 'The pluralist alternative' en share- vs stakeholders zie bijvoorbeeld John Parkinson, 'Inclusive Company Law', in: *The Reform of United Kingdom Company Law*, Londen: Cavendish Publishing Limited 2002, p. 48-49.

250 Zie P. Davies, *Introduction to Company Law*, New York: Oxford University Press 2010, p. 289.

251 Zie John Parkinson, 'Inclusive Company Law', in: *The Reform of United Kingdom Company Law*, Londen: Cavendish Publishing Limited 2002, p. 58, die hieromtrent stelt: 'Another cause for concern is management pay schemes that create incentives to maximize relatively near-term results at what may be the expense of longer-term performance.'

252 Er wordt vanuit gegaan dat beloningssystemen waarbij het bestuur van een onderneming aandelen kan verkrijgen, onwenselijke *incentives* creëert waardoor de betrokken bestuurders met de ondernemingen tegenstrijdige belangen kunnen hebben. Hoewel het beloningssysteem erop is gericht het *agency-principle* probleem op te lossen door de belangen van de bestuurders te vereenzelvigen of op een lijn te stellen met de vennootschap, heeft het systeem dit niet altijd tot gevolg. Ook is er het risico dat de bestuurders de resultaten manipuleren. Zie P. Davies, *Introduction to Company Law*, New York: Oxford University Press 2010, p. 204-205.

253 Davies is kritisch of zelfregulering effectief is in een wereld van 'global investment strategies'. Zie P. Davies, *Introduction to Company Law*, New York: Oxford University Press 2010, p. 138.

254 Zie P. Davies, *Introduction to Company Law*, New York: Oxford University Press 2010, p. 136.

publieke regulering, is niet vrij van kritiek. Davies is kritisch of zelfregulering effectief is in een wereld van 'global investment strategies'.²⁵⁵

De private companies limited by shares

Hoewel het aantal *state owned enterprises* in Engeland niet groot is,²⁵⁶ is de *company limited by shares* – met name door decentrale overheden – een gebruikt vehikel om als aandeelhouder te participeren in ondernemingen. Een *company limited by shares* is vergelijkbaar met de in Nederland bestaande besloten vennootschap. Ook bij deze rechtsvorm zijn er aandeelhouders die beperkt tot hun oorspronkelijke inbreng aansprakelijk zijn voor schulden van de vennootschap. Een *limited company* kan beursgenoteerd zijn (*public*), maar is niet noodzakelijk (*private*). De publicatievereisten zijn hierdoor wel minder streng voor de *private* dan voor de *public limited company*. De *private companies limited by shares* zijn op grond van artikel 59 *Companies Act 2006* verplicht om het woord 'limited' – veelal afgekort tot 'ltd' – in hun naam te voeren.²⁵⁷ Wel moet artikel 60 *Companies Act 2006* in dit verband worden genoemd. In het eerste lid bepaalt dit artikel dat ondernemingen kunnen worden uitgezonderd van de verplichting om het woord 'limited' te voeren in hun naam als:

- '(a) it is a charity
- (b) it is exempted from the requirement of that section (59 JN) by regulations made by the Secretary of State'.²⁵⁸

Entiteiten die gebruik kunnen maken van deze mogelijkheid zijn op grond van de onder a genoemde *non-profit* organisaties. De ratio achter de keuze om gebruik te maken van deze exceptiemogelijkheid en het woord *limited* niet te voeren wanneer sprake is van een *private company limited by shares* is niet geheel duidelijk. Deze kan wellicht worden gezocht in de wens om het bijzondere karakter van de vennootschap voor buiten de vennootschap staande derden te verduidelijken.

Om een parallel met de overheidsonderneming te trekken, kan door een dergelijk naamsgebruik worden benadrukt dat er geen sprake is van een slechts op winst gerichte onderneming, maar dat de aansprakelijkheid voor de onder-

²⁵⁵ Zie P. Davies, *Introduction to Company Law*, New York: Oxford University Press 2010, p. 138.

²⁵⁶ Weliswaar staat het Verenigd Koninkrijk qua aantal werknemers op de tweede plaats na Frankrijk, maar dit wordt veroorzaakt door het aandeel in de *Royal Bank of Scotland*. Op de door het OECD opgestelde lijst met *state owned enterprises* staat het Verenigd Koninkrijk echter onderaan. Zie OECD (2011), 'The size and composition of the SOE sector in OECD countries', *OECD Corporate Governance Working Papers*, nr. 5, zie www.oecd.org/daf/corporateaffairs/wp resp. p. 6 en 8.

²⁵⁷ Art. 59 *Companies Act 2006* (chapter 46) luidt: '1) The name of a limited company that is a private company must end with "limited" or "ltd." 2) In the case of a Welsh company, its name may instead end with "cyfyngedig" or "cyf."'.
²⁵⁸ Zie art. 60 jo het derde lid van art. 59 *Companies Act 2006* (chapter 46).

neming voor wat betreft de overheid niet ophoudt bij de bijdrage in het aandelenkapitaal en verder reikt ten behoeve van de behartiging van publieke belangen. Omdat door slechts het weglaten van het woord *limited*, nog niet duidelijk is wat voor een soort *company* het dan betreft, zou een verdere verduidelijking echter wel wenselijk zijn. Dit is mijn inziens overigens niet anders als het een op grond van artikel 60 eerste lid sub a *Companies Act 2006* uitgezonderde *charity* betreft. Hier is bescherming van derden in de zin dat zij op de hoogte zijn van het bijzondere *non-profit* karakter van de entiteit echter gewaarborgd door verplichte inschrijving in een register²⁵⁹ en worden derden die niet op de hoogte waren van het feit dat ze te maken hebben met een *charity* beschermd.²⁶⁰ Een dergelijke regeling zou mijns inziens ook voor een private onderneming die in het bijzonder publieke taken verricht en waarbij de overheid een bepaalde mate van beleidsbepalende invloed heeft behouden, moeten gelden.

De public limited company

De *public limited company* is een vorm van de *limited company* die aandelen aan het publiek kan aanbieden. Om het onderscheid aan te geven met de niet aan een beurs genoteerde vennootschappen, de *private companies*, wordt wel gesproken van *public companies*, duidend op de vennootschappen met vrij verhandelbare aandelen. Verwarrend is echter dat ook de hierboven reeds genoemde *state owned* of *government-owned corporations* worden aangeduid met de term *public company*.

Ook voor deze rechtspersoon geldt de verplichting om bepaalde woorden in de naam op te nemen. Artikel 58 luidt:

'1) The name of a limited company that is a public company must end with "public limited company" or "p.l.c.".'

De voor de *private limited company* opgenomen uitzondering met betrekking tot het voeren van bepaalde woorden in de naam, is niet opgenomen voor de *public limited company*. Deze zullen dus steeds de woorden (of de afkorting) in hun naam moeten opnemen. Het bedrijfsmatige op winst gerichte karakter lijkt bij beursgenoteerde bedrijven dus steeds doorslaggevend te zijn. De deelname van de Engelse overheid als aandeelhouder in beursgenoteerde bedrijven is weliswaar zeer beperkt. Desondanks is mijns inziens een verduide-

259 Indien registratie gewenst is, dient wel aan een aantal voorwaarden te zijn voldaan: 'If the company intends to register as a charity then the Memorandum must be acceptable to the Charity Commission.'

260 Zie bijv. art. 42 *Companies Act 2006* (chapter 46): '1) Sections 39 and 40 (company's capacity and power of directors to bind company) do not apply to the acts of a company that is a charity except in favour of a person who – a) does not know at the time the act is done that the company is a charity.'

lijking van de positie van de overheid door middel van naamvoering niet minder relevant.²⁶¹

5.2.2 *De company limited by guarantee*

Naast de *Plc* en de *Limited* kent de Engelse vennootschapswet de *company limited by guarantee and not having a share capital*.²⁶² Deze rechtsvorm wordt hoofdzakelijk gebruikt als rechtsfiguur voor zogenaamde non-profit organisaties.²⁶³ Davies stelt hierover:

‘the flexibility of the corporate vehicle is such that it can be used carrying on not-for-profit activities. One form of the company is specifically adapted for this purpose. This is the company limited by guarantee’.²⁶⁴

De rechtsvorm doet sterk denken aan een rechtsfiguur tussen de Nederlandse stichting en vereniging in. Zij biedt weliswaar rechtspersoonlijkheid, maar het bijzondere is dat de *company limited by guarantee* in beginsel geen in aandelen verdeeld kapitaal kent. In plaats daarvan zijn er zogenaamde *members*

261 Een voorbeeld van een overheidsdeelneming is het BAE Systems (een defensie en ruimtevaart onderneming) waarin de overheid een bijzonder aandeel houdt op grond waarvan zij bepaalde sturingsmogelijkheden heeft. Zo staat op de website van de onderneming: ‘The Special Share is held on behalf of the Secretary of State for Business, Innovation and Skills (the ‘Special Shareholder’). Certain provisions of the Company’s Articles of Association cannot be amended without the consent of the Special Shareholder. These provisions include the requirement that no foreign person, or foreign persons acting in concert, can have more than a 15% voting interest in the Company, the requirement that the majority of the directors are British, and the requirement that the Chief Executive and any executive Chairman are British. The holder of the Special Share is entitled to attend a general meeting, but the Special Share carries no right to vote or any other rights at any such meeting, other than to speak in relation to any business in respect of the Special Share. Subject to the relevant statutory provisions and the Company’s Articles of Association, on a return of capital on a winding-up, the holder of the Special Share shall be entitled to repayment of the £1 capital paid up on the Special Share in priority to any repayment of capital to any other members. The holder of the Special Share has the right to require the Company to redeem the Special Share at par or convert the Special Share into one ordinary share at any time.’ Zie http://ara2011.baesystems.com/governance/other_statutory_regulatory_information/other_statutory_regulatory_information.html.

262 Zie art. 5 *Companies Act 2006* (chapter 46). De *company limited by guarantee* met een *share capital* (in tegenstelling tot de *company limited by guarantee not having a share capital*) die hier wordt besproken, werd in de praktijk bijna niet gebruikt, en kan sinds 1980 ook niet meer worden geregistreerd. Zie A.J. Boyle en J. Birds’ *Company Law*, Bristol: Jordan Publishing Limited 2007, p. 95.

263 Een voorbeeld van een dergelijke *company limited by guarantee* is de *The Financial Services Authority* (FSA), zoals ingesteld op grond van de Financial Services and Markets Act 2000. Zie <http://www.fsa.gov.uk/about/who>.

264 Zie P. Davies, *Introduction to Company Law*, New York: Oxford University Press 2010, p. 26.

die op grond van de statuten garant staan voor schulden van de vennootschap.²⁶⁵ Deze *members* zijn geen aandeelhouders in de vennootschap. Zij zijn derhalve niet als de 'eigenaar' van de onderneming te beschouwen. Ook is het niet mogelijk om in de vennootschap gemaakte winsten als dividend aan deze *members* uit te keren. De *members* vormen echter wel het orgaan binnen de vennootschap waar het beleid wordt vastgesteld. Voor de uitvoering van het beleid kunnen zij één of meerdere bestuurders aanwijzen, ook wel *trustees* genoemd. De toevoeging van het woord *limited* aan de naam van de *company limited by guarantee* is ook hier verplicht.²⁶⁶ Over het algemeen wordt de rechtsvorm gebruikt voor verenigingen, sportclubs, non-gouvernementele organisaties en 'goed doel'-instellingen. De reden om als instelling deze *company limited by guarantee* rechtsvorm te verkiezen boven de vennootschap met aandelen, ligt in het feit dat de regels met betrekking tot de genoemde *members* eenvoudiger zijn dan wanneer het aandeelhouders zou betreffen. Bovendien bestaat er niet de plicht om (een deel van de) winst uit te keren aan de *members*.²⁶⁷ Met name wanneer meerdere belangen bij elkaar gebracht moeten worden, biedt de *company limited by guarantee* uitkomst: er kan namelijk een onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende groepen *members*, waarvoor ook bijzondere stemregimes kunnen gelden. Ook voor de uitvoering van publieke taken maakt de Engelse overheid gebruik²⁶⁸ van deze rechtsvorm.²⁶⁹ Ik kom hierop terug bij de bespreking van de overheidsonderneming *Network Rail*.

265 Zie Section 11 'Statement of guarantee', sub 3: (...) each member undertakes that, if the company is wound up while he is a member, or within one year after he ceases to be a member, he will contribute to the assets of the company such amount as may be required for –

(a) payment of the debts and liabilities of the company contracted before he ceases to be a member,

(b) payment of the costs, charges and expenses of winding up.' Overigens is het bedrag waar de *members* in de praktijk garant voor moeten staan erg laag gesteld. Het minimum is 1 pond.

266 Uitzonderingen zijn echter mogelijk, in het bijzonder waar het een zogenoemde *Charity* betreft.

267 Zie P. Davies, *Introduction to Company Law*, New York: Oxford University Press 2010, p. 26-27.

268 Zie bijv. naast de reeds genoemde FSA tevens *Network Rail* en het domeinnaamregister *Nominet UK*.

269 Verwijzingen in de vennootschapsrechtelijke literatuur zijn minimaal. Zie bijvoorbeeld A.J. Boyle en J. Birds, *Company Law*, Bristol: Jordan Publishing Limited 2007, p. 95, die in hun ruim 1000 pagina's tellende overzicht over *company law* slechts opmerken: 'Companies limited by guarantee are usually formed for the purpose of carrying on business as mutual insurance and trade protection societies, social, athletic and other clubs, and concerns in which it is not intended to make a profit'.

5.2.3 De community interest company (CIC)

Om tegemoet te komen aan de grote verscheidenheid van maatschappelijke organisaties zijn bijzondere mogelijkheden gecreëerd. Om te voldoen aan de specifieke behoefte van op een goed doel gerichte organisaties is de *Charitable Incorporated Organization* in het leven geroepen.²⁷⁰ Daarnaast is in 2005 de *community interest company* (CIC) ingevoerd voor de maatschappelijke organisaties die geen *charity* zijn.²⁷¹ De CIC is een bijzondere vorm van de vennootschap om een gemeenschapsdoel (en derhalve niet zo zeer een charitatief doel) na te streven, met bovendien de beperkte mogelijkheid om winsten uit te keren.²⁷² Het betreft daarom eerder een bijzondere status van de vennootschap, dan een aparte rechtsvorm hoewel wel een ander regime geldt.²⁷³ Op grond van *Section 6 Company Act 2006*, in overeenstemming met het tweede deel van de *Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004* (*Chapter 27*), wordt over de *community interest company* gesteld:

‘a) a company limited by shares or a company limited by guarantee and not having a share capital may be formed as or become a community interest company.’

Op grond van artikel 58 sub 3 en 59 sub 3 *Company Act 2006*, zijn *community interest companies* niet verplicht de woorden *public limited company* of *limited* voor respectievelijk de *public* en de *private company*, in hun naam te voeren.²⁷⁴ Alle CIC's zijn verplicht informatie over hun activiteiten openbaar te maken.²⁷⁵ Door de flexibele en makkelijk op te richten rechtsvorm van de CIC, hoopte de wetgever tegemoet te komen aan ondernemingen die niet puur op winst zijn gericht en die hun gemaakte winsten weer in de onderneming willen brengen. Voor ondernemingen die niet als *charity* ingeschreven stonden werd het namelijk als problematisch ervaren om te verzekeren dat de winsten aan het algemeen belang ten goede kwamen, met name door de eis dat de winst ten gunste moet komen aan de aandeelhouders. Hoewel dit bezwaar te mitigeren valt door een zeer beperkt deel van de winsten voor de aandeelhouders te reserveren, was ook het vermogen van de vennootschap moeilijk voor het

270 Zie de *Charities Act 2006*. Zie P. Davies, *Introduction to Company Law*, New York: Oxford University Press 2010, p. 27.

271 Dergelijke maatschappelijke ondernemingen worden onder andere gedreven in companies limited by guarantee, companies limited by shares, unincorporated associations. Sommige zijn als ‘charity’ geregistreerd, anderen niet.

272 Zie *Companies (Audit, Investigation and Community Enterprise) Act 2004*, Part 2. In 2010 zijn er ongeveer 3500 CIC werkzaam, zie P. Davies, *Introduction to Company Law*, New York: Oxford University Press 2010, p. 28.

273 De bepalingen met betrekking tot de *public limited company* worden wel uitgezonderd voor deze *community interest company*.

274 Zie echter art. 33(3) en (4) van de *Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004* (c. 27)).

275 Zie <http://www.bis.gov.uk/cicregulator/forms-introduction>.

algemeen belang in te zetten waardoor de behoefte voor een specifieke rechtsvorm werd gevoeld. Bij een CIC zijn de mogelijkheden om dividenden aan de *members* uit te keren beperkt.²⁷⁶

Wanneer een *limited company* als een *community interest company* aangemerkt wil worden, moet de '*Regulator of community interest companies*' de inschrijving in het register goedkeuren.²⁷⁷ Hiervoor is ten eerste vereist dat het niet een van de CIC uitgesloten vennootschap betreft.²⁷⁸ Ten tweede moet de vennootschap de '*community interest*' test doorstaan. Dat wil zeggen dat: 'a reasonable person might consider that its activities are being carried out for the benefit of the community'.²⁷⁹ Deze *community interest* test is ruimer, dan de zogenaamde *public interest* test die bestaat voor *charities* welke strikter is vanwege de door *charities* te genieten belastingvoordelen.

Desalniettemin is de CIC mijns inziens eerder bedoeld als rechtsvorm voor wat in Nederland de equivalent van de maatschappelijke onderneming zou zijn, en niet zo zeer als een overheidsonderneming.

5.3 Systeem van externe toezichthouders

5.3.1 Algemeen

Om te voorzien in toezicht op de voornamelijk in de jaren tachtig geprivatiseerde overheidsbedrijven, is een systeem van concessieverlening in het leven geroepen. De concessiehouders zijn niet alleen gehouden aan de in de concessieovereenkomst opgenomen bepalingen, zij leggen bovendien verantwoording af aan de gebruikers van de (publieke) diensten door middel van verslaggeving. Daarnaast bestaat een uitgebreid scala aan sectorale toezichthouders die toezien op de uitvoering van de concessieovereenkomst en waken over de behartiging van het publieke belang. Reeds hier boven genoemd zijn de *Civil Aviation Authority* (CAA),²⁸⁰ de *Office of Gas and Electricity Markets* (Ofgem)²⁸¹ en de *Office of Rail Regulation* (ORR).²⁸² Ondanks het bestaan van modelconcessieovereenkomsten, kan in zijn algemeenheid lastig een nader overzicht worden gegeven van het systeem. Hieronder volgt een uiteenzetting

276 L. Sealy en S. Worthington, *Cases and Materials in Company Law*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 21.

277 L. Sealy en S. Worthington, *Cases and Materials in Company Law*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 21.

278 Uitgesloten zijn bijvoorbeeld ondernemingen gericht op het voeren van politieke campagne.

279 Zie art. 35 (2) *Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004* (chapter 27).

280 Zie <http://www.caa.co.uk/>.

281 Zie <http://www.ofgem.gov.uk/Pages/OfgemHome.aspx>.

282 Zie <http://www.rail-reg.gov.uk/> en de volgende paragraaf.

van de wijze waarop het vervoer over het spoor is geregeld in het Verenigd Koninkrijk. Aan de orde komen de toezichthouder, het *Office of Rail Regulation* en de beheerder van het spoornet, *Network Rail*.

5.3.2 De Office of Rail Regulation

De *Office of Rail Regulation* (hierna: ORR) is in 2004 ingesteld op grond van de *Railways and Transport Safety Act 2003*.²⁸³ De ORR houdt toezicht op de wijze waarop de spoorwegbeheerder, *Network Rail* het spoorwegnetwerk beheert.²⁸⁴ Daarnaast heeft de ORR sinds 2006 verantwoordelijkheid voor de veiligheid van het spoor.²⁸⁵ De ORR is ingesteld als een onafhankelijk lichaam, vergelijkbaar met een Nederlandse zelfstandig bestuursorgaan, dat wordt geleid door een in beginsel onafhankelijk bestuur. De organisatie en het functioneren van de ORR wordt als het ware een onderneming op afstand van de minister geleid. De ORR handelt in beginsel ook in overeenstemming met de *Corporate Governance Code*.²⁸⁶ Er zijn wel enkele bijzonderheden. In vijfjaarlijks overleg worden tussen het bestuur en de minister van transport afspraken gemaakt naar aanleiding van een periodiek verslag.²⁸⁷ In het jaarlijkse *business plan* worden de financiële plannen voor het komende jaar beschreven.²⁸⁸ De prestaties van het bestuur worden jaarlijks beoordeeld.²⁸⁹ Overigens is de minister bevoegd om leden van het bestuur te ontslaan op grond van de *Railways and Transport Safety Act 2003*.²⁹⁰ De *chief executive* van de ORR is verantwoording verschuldigd aan het parlement onder andere over het gebruik van publieke middelen.

283 Het Office of Rail Regulation werd ingesteld naar aanleiding van het in 2004 verschenen rapport *The Future of Rail*, en verving daarbij de *Rail Regulator* zoals die was ingesteld in 1993 op grond van de *Railways Act*. Zie voor het door het ministerie van transport op gestelde rapport de website: http://www.railwaysarchive.co.uk/documents/DfT_WP002.pdf.

284 Zie voor een beknopte omschrijving van de taken van de ORR de website van *Network Rail*: <http://www.networkrail.co.uk/aspx/717.aspx>.

285 Zie de *Railways Act 2005*.

286 Zie het door het ORR gepubliceerde *Annual report and Accounts 2011-12*, aangeboden conform art. 74 van de *Railways Act 1993*, p. 41 e.v. Het rapport is te raadplegen via de website <http://www.rail-reg.gov.uk/upload/pdf/annual-report-2011-12.pdf>.

287 Zie het door de ORR in mei 2011 uitgebrachte verslag *Shaping Britain's railways: the periodic review* op de website van de ORR <http://www.rail-reg.gov.uk/pr13/PDF/shaping-britains-railways.pdf>.

288 Zie het door het ORR gepubliceerde *Annual report and Accounts 2011-12*, aangeboden conform art. 74 van de *Railways Act 1993*, p. 41 e.v. Het rapport is raad te plegen via de website <http://www.rail-reg.gov.uk/upload/pdf/annual-report-2011-12.pdf>.

289 Zie bijvoorbeeld het door het ORR gepubliceerde *Annual report and Accounts 2011-12*, aangeboden conform art. 74 van de *Railways Act 1993*, p. 38 e.v. Het rapport is raad te plegen via de website <http://www.rail-reg.gov.uk/upload/pdf/annual-report-2011-12.pdf>.

290 De minister moet hier wel bepaalde in de wet neergelegde gronden in acht nemen. Zie Schema 1, par. 2 van de *Railways and Transport Safety Act 2003*.

5.3.3 De overheidsonderneming Network Rail nader bezien

Network Rail is eigenaar en beheerder van het nationale spoorwegnetwerk. Het betreft een *company limited by guarantee* die op basis van een licentieovereenkomst het spoor exploiteert.²⁹¹ Over de vraag of sprake is van een privaat dan wel een publiek geleide onderneming bestaat discussie. In theorie hebben we te maken met een rechtspersoon volgens privaatrecht. De rechtspersoon is echter door de Staat opgericht. Bovendien wordt de vennootschap door de Staat gefinancierd en staat de Staat garant voor de schulden van de vennootschap.²⁹² Met name de Staat wenst de vennootschap als een puur private onderneming te beschouwen.²⁹³ Zolang *Network Rail* niet wordt gezien als een publieke organisatie, komen namelijk ook de enorme schulden van de onderneming niet op de rijksbegroting.²⁹⁴

Hoewel de onderneming geen in aandelen verdeeld kapitaal heeft, wordt deze als een commercieel bedrijf gerund. In plaats van aandeelhouders zijn er zoals hierboven reeds aan de orde kwam *members* waar het bestuur verantwoording aan verschuldigd is. Met betrekking tot de rol van *members* in vergelijking met die van aandeelhouders, vinden we op de website van *Network Rail*:

‘The members hold the board to account for their management of the business and monitor their standards of corporate governance. (...) Members do not have any financial or economic interest in the company. This means that they do not receive

291 Zie ook het artikel in *The Guardian*, ‘Rail buy-out too costly for government. Special report: transport in Britain’, maandag 30 juli 2001, waar wordt gesteld: ‘Although not nationalised as such the takeover by Network Rail of the railway infrastructure in 2002 following the liquidation of Railtrack, which although not a state owned company has no shareholders and is underwritten by the State. In addition prior to this the government began to make use of a residual shareholding of 0.2% (including voting rights) in Railtrack Group Plc leftover from the original sale.’

292 *Network Rail* heeft in 2002 de infrastructuur via een ingewikkelde procedure in handen gekregen. *Network Rail* heeft *Railtrack plc* gekocht van de *Railtrack Group plc* voor een bedrag van ongeveer 3 pond per aandeel. Had de overheid het netwerk door nationalisatie in handen willen krijgen dan had zij op grond van de zogenaamde Humans Rights Act de aandelen niet voor het zeer lage bedrag per aandeel kunnen kopen, maar zou een prijs worden berekend aan de hand van de gemiddelde, veel hoger liggende waarde van drie daarvoor liggende jaren.

293 Maar zie ook de verklaring op de website van *Network Rail*, waar te lezen is dat: ‘As a company limited by guarantee, we are a private company operating as a commercial business. (...) We are run like a listed company. The board runs Network Rail to the standards required of a company with shares listed on the London Stock Exchange, including compliance with governance codes and reporting requirements. We produce an Annual Report and Accounts and hold an Annual General Meeting (AGM). We also publish a business plan, known as the Delivery Plan, each year – something that very few other companies do.’ Zie <http://www.networkrail.co.uk/aspx/713.aspx>.

294 Zie bijvoorbeeld het *National Audit Office* dat de onderneming aanwijst als een staatsbedrijf, maar het *Office for National Statistics* blijft bij haar kwalificatie als privaat.

dividends, share capital or any other form of payment from Network Rail, except for travel expenses. (...) Members perform a similar role to shareholders in a plc. This means that they review our performance against our commercial and other targets as well as industry benchmarks for its provision, maintenance and management of the railway infrastructure. It is their duty to act in the best interests of the business without personal bias. They do not make any strategic decisions themselves but hold the board to account for its management of the company. In particular they seek assurance from the board that the necessary processes are in place and are being implemented to maintain high standards of corporate governance.²⁹⁵

Bij *Network Rail* zijn er ongeveer 100 *members*, bestaande uit vertegenwoordigers uit zowel de private als de publieke sector.²⁹⁶ De *members* hebben vanwege de inrichting van *Network Railway* als een *company limited by guarantee*, beperkte bevoegdheden. Het *Department for Transport* (DfT) is echter een *member* met bijzondere rechten onder andere met betrekking tot de inrichting van de statuten. Het bepalen van de strategie en het management van de onderneming liggen in beginsel in handen van het bestuur, maar de DfT kan bijzondere zeggenschapsrechten hebben wanneer deze krediet verschaft voor de onderneming.

5.4 Tussenconclusie

De ontwikkelingen in het Verenigd Koninkrijk kunnen tot voorbeeld dienen voor het Nederlandse rechtspersonenrecht. Hoewel privatisering de voorkeur heeft gehad, betekent dit niet dat de overheid mogelijkheden om controle uit te oefenen op strategische sectoren of andere diensten die van publiek belang worden geacht, volledig heeft prijsgegeven. Met de besproken controlemogelijkheden, geeft het Engelse voorbeeld blijk van de gedachte dat privatisering geenszins betekent dat reële controlemogelijkheden op functioneren onderneming in vennootschapsvorm met publieke taak worden opgegeven. Het Engelse recht kan als inspiratie dienen om aanpassing van het vennootschapsrecht – indien daar vanwege maatschappelijke ontwikkelingen behoefte aan is – niet te schuwen. De mogelijkheden van controle die de overheid heeft gecreëerd met de oprichting en inrichting van externe toezichthouders zoals de ORR geeft aan hoe vorm wordt gegeven aan actief beleid om grip op het beleid in deze ondernemingen te houden. Ik wil hiermee niet zeggen dat in Nederland externe toezichthouders voor bepaalde ondernemingen die publieke taken uitvoeren moeten worden opgezet, maar ik denk dat het functioneren van externe toezichthouders als ORR als ware het een onderneming een succesvol voorbeeld is van de integratie van private normen en gebruiken in de

²⁹⁵ Zie <http://www.networkrail.co.uk/aspx/721.aspx>.

²⁹⁶ Uitgebreid over de taak en samenstelling van de *members* zie de website www.networkrail.co.uk, in het bijzonder <http://www.networkrail.co.uk/aspx/721.aspx>.

publieke sector. Er zijn bijzondere rechtsvormen gecreëerd via welke de overheid in bepaalde ondernemingen beleidsbepalende invloed kan uitoefenen. Een soortgelijke aanpassing van de vennootschapsrechtelijke mogelijkheden in Nederland zou ook soelaas kunnen bieden voor het gevoel dat de Nederlandse overheid als gevolg van privatisering te veel van haar invloed in bepaalde ondernemingen heeft moeten opgeven. Met name de figuur van *members* lijkt een adequate mogelijkheid om voor wat betreft het bepalen van de strategie en het management van een onderneming een rol te geven aan anderen dan primair op winst gerichte (private) aandeelhouders.²⁹⁷ Doordat de *members* meer een controlerende functie hebben dan een beleidsbepalende functie, past de figuur ook goed bij de gedachte een dienst op afstand van de overheid te zetten door privatisering terwijl nog wel de mogelijkheid bestaat een bepaald minimum niveau van de uitvoering van publieke taken te garanderen. Als *member* kunnen verschillende belanghebbenden controle uit oefenen, zo niet inspraak hebben bij het bestuur van de desbetreffende onderneming waardoor een breder draagvlak ontstaat voor de invulling van de uitvoering van de taken met een publiek karakter door private ondernemingen. Ondanks de aanwezigheid van verschillende belanghebbenden heeft de Dft binnen de verzameling van *members* bij *Network Rail* nog steeds een overwegende rol. Het behartigen van publieke belangen wordt aldus niet volledig overgelaten aan de overige (private) belanghebbenden.

6 CONCLUSIE

De kritiek op de Belgische vennootschap met sociaal oogmerk benadrukt terecht dat een specifieke rechtsvorm, in dit geval een rechtvorm voor de overheidsonderneming, alleen bestaansrecht heeft als deze voorziet in een bepaalde behoefte. Ik meen op grond van de voorgaande hoofdstukken dat er behoefte is aan een bijzondere rechtsvorm voor de overheidsonderneming. Dit wordt ondersteund door de bevinding dat in alle onderzochte rechtssystemen – zelfs in het Verenigd Koninkrijk waar privatisering de sterke voorkeur heeft (gehad) – steeds een mogelijkheid in het vennootschapsrechtelijk kader is gecreëerd voor een bijzondere positie van de overheid dan wel van publieke belangen.²⁹⁸ Voor wat betreft de regulering en de inrichting van een Nederlandse regeling voor een specifieke rechtsvorm voor de overheidsondernemingen, wil ik naar aanleiding van de in dit hoofdstuk onderzochte buitenlandse regelingen het volgende overwegen.

²⁹⁷ Zie met betrekking tot de invoering van een systeem met *members* voor de inrichting van de maatschappelijke onderneming J.M. De Jongh, A.J.P. Schild en L. Timmerman, 'Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW?', in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen*, preadvies NJV 2010, p. 241.

²⁹⁸ Zie bijvoorbeeld paragraaf 3.5.1 van dit hoofdstuk voor België.

In de Belgische AOB is een bijzondere positie voor de overheid gecreëerd voor belangrijke bevoegdheden zoals de ontbinding van de vennootschap. Deze ligt onder het Belgische Wetboek van Vennootschappen bij de vergadering van aandeelhouders, maar AOB wijkt hiervan af en legt deze bevoegdheid bij de overheid is neer. Een dergelijke bijzondere positie van de overheid kan echter ook uit het meerderheidsaandeelhouderschap voortvloeien. Het publieke meerderheidsaandeelhouderschap is in het geval een bijzondere positie van de overheid wordt gewenst, geschikt en mijns inziens noodzakelijk. Het is mijns inziens niet opportuun om regelgeving aan te nemen die een bijzondere positie voor de overheid tracht te creëren die de overheid ook zou hebben gehad als deze meerderheidsaandeelhouder was, ook vanwege mogelijke strijd met de relevante vrijverkeersregels. Hoewel ik de overwegingen begrijp om een bijzondere positie voor de overheid op te nemen in de statutaire bepalingen zoals ook in Duitsland gebeurt, meen ik dat dit in verband met de in hoofdstuk 5 besproken 'gouden aandeel' toets onder de relevante vrij verkeerregels, problematisch kan zijn. Aanpassing van de statutaire bepalingen om de vennootschapsrechtelijke verhoudingen in te kleuren zodat de onderneming meer is toegesneden op de behartiging van de betrokken publieke belangen is mijns inziens inderdaad wenselijk. Het zou echter beter zijn om niet een bijzondere verwijzing naar de positie van de overheid op te nemen, maar in plaats daarvan een verwijzing naar de specifieke publieke belangen in de statutaire bepalingen op te nemen. Hierbij past wat betreft de beleidsvorming omtrent strategische belangen, het instellen van een met de Franse *Strategy Committee* vergelijkbaar orgaan binnen de overheidsonderneming.

8 | Conclusie en aanbevelingen

1 INLEIDING

In dit hoofdstuk vat ik in paragraaf 2 de hoofdbevindingen van het onderzoek samen om vervolgens in paragraaf 3 de hoofdvraag van dit onderzoek – te weten de vraag of het Nederlandse rechtspersonenrecht een specifieke regeling dient te kennen voor de privaatrechtelijke rechtsvorm van de overheidsonderneming – te kunnen beantwoorden. Ik beargumenteer hieronder dat deze rechtsvorm hiervoor in beginsel weliswaar geschikt is, maar dat deze meer op het publieke belang zou moeten worden toegesneden, waardoor de specifieke publieke taakbehartiging beter kan worden verzekerd. Er wordt voorts bekeken welke aspecten mee zouden kunnen worden genomen om de rechtsvorm van de Nederlandse kapitaalvennootschap te verbeteren om aldus tot de inrichting van een eigen rechtsfiguur voor overheidsondernemingen te komen. In paragraaf 3 worden aanbevelingen gedaan voor de inrichting van een nieuwe rechtsfiguur – althans een modificatie van de naamloze vennootschap – voor de overheidsonderneming, de zo te noemen publieke naamloze vennootschap.

2 ONDERZOEKSBEVINDINGEN

2.1 Hoofdstuk 1

In dit hoofdstuk is de historische ontwikkeling van de taak van de overheid en haar betrokkenheid bij de (overheids)onderneming geschetst als achtergrond voor de onderzoeksvraag. Ik heb de in het onderzoek gebruikte terminologie toegelicht. De overheidsonderneming is ‘een organisatie die 1) een onderneming drijft en die 2) duurzaam verbonden is met de overheid.’¹ Met ‘een organisatie’ wordt een onderneming bedoeld volgens het door het HvJ EU geformuleerde Europeesrechtelijke functionele begrip van een onderneming. De verbondenheid met de overheid moet bestaan uit verschillende elementen. Zo moet het politiek gezien wenselijk zijn dat de overheid (overwegende) invloed op (het bestuur van) de onderneming kan uitoefenen vanwege de wens

1 Zie par. 4.3.2 van hoofdstuk 1.

toezicht te houden op de uitoefening van de aan de onderneming toekomende publieke taken zodat het desbetreffende publieke belang optimaal wordt verzekerd.² Voor de overheidsonderneming is van belang dat de overheid (mede) door middel van privaatrechtelijke bevoegdheden een *overwegende* mate van invloed uitoefent die als beleidsbepalend geldt. De onderneming moet daarom als overheidsonderneming worden aangemerkt 'wanneer de zeggenschap van de overheid dusdanig is dat zij op de nodige bepaalde strategische beslissingen van de onderneming een doorslaggevende invloed heeft'.³ De overheid kan een doorslaggevende invloed hebben vanwege de institutionele verbondenheid (zoals wanneer de overheid zitting heeft in een van de vennootschapsorganen), maar ook andere sturingsinstrumenten zijn denkbaar.

Vanwege haar politieke eindverantwoordelijkheid wil de overheid aldus steeds mede een beleidsbepalende rol hebben. De *autonomie* van de overheidsonderneming zou derhalve beperkt moeten zijn doordat de overheid vanuit de wens het publieke belang te behartigen, een beleidsbepalende invloed heeft op (strategische) beslissingen die normaliter volgens het (huidige) algemene vennootschapsrechtelijke kader behoren tot de autonomie van (het bestuur van) de onderneming.⁴ Derhalve staat de door de overheid gewenste beperking van de zeggenschap *binnen* de onderneming ten behoeve van het verzekeren van het publieke belang centraal. Deze beperking kan liggen in een institutionele verbondenheid middels een meerderheidsbelang van publieke aandeelhouders, maar tevens door de inhoud van statutaire bepalingen. Hoewel ook een overeenkomst, een concessie of andere sturingsinstrumenten met een directe en beperkende invloed op de onderneming kunnen bewerkstelligen, is voor de vraag of sprake is van een overheidsonderneming essentieel of daarmee ook de autonomie van de onderneming is beperkt. Bij een overeenkomst is dit in beginsel niet het geval. Formeel kan een aan een dergelijke overeenkomst gebonden onderneming besluiten niet na te komen.

Ik heb bewust gekozen voor een dergelijke afgebakende definitie om te voorkomen dat onduidelijk is of sprake is van een overheidsonderneming. Binnen de ondernemingen waarin de overheid in welke vorm dan ook aanwezig is, richt ik mij op de ondernemingen waarin de overheid met behulp van en soms in aanvulling op het reguliere juridische kader overheidsinvloed uitoefent vanwege de wens een zeker publiek belang op de lange termijn te willen verzekeren.

2 Een publieke taak is een taak van algemeen belang die politiek gezien onder de verantwoordelijkheid van de overheid valt.

3 Zie par. 4.3.2 van hoofdstuk 1.

4 Zie par. 4.3.2 van hoofdstuk 1.

2.2 Hoofdstuk 2

In de praktijk worden privaatrechtelijke rechtsvormen gebruikt voor de behartiging van publieke taken. In hoofdstuk 2 is onderzocht in hoeverre de overheid gebruik mag maken van het privaatrecht als sturingsinstrument. De overheid is – ondanks bepaalde beperkingen – bevoegd om gebruik te maken van private rechtsfiguren. Om de centrale vraag in dit onderzoek te kunnen beantwoorden moeten de verschillende rechtsvormen waarin de overheidsonderneming zou kunnen worden ondergebracht, onderzocht. In het hoofdstuk heb ik het algemene vennootschapsrechtelijke kader en de verschillende voor (overheids)ondernemingen gebruikte privaatrechtelijke rechtspersonen besproken om deze te kunnen beoordelen op hun geschiktheid voor het onderbrengen van de onderneming met een publiek belang. Ik acht de naamloze vennootschap het meest geschikt voor het drijven van een overheidsonderneming mede omdat deze primair voor het drijven van een onderneming is bedoeld, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de stichting en de vereniging.

2.3 Hoofdstuk 3

Er is besproken dat het handelen van de overheidsonderneming – hoewel deze niet (steeds) te vereenzelvigen is met de overheid – mijns inziens mede kan en moet worden getoetst aan – althans mede worden ingekleurd aan de hand van – bepaalde bestuursrechtelijke normen, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze toepasselijkheid moet eventuele bezwaren tegen het gebruik van het privaatrecht door de overheid wegnemen. Mijns inziens rechtvaardigt de bijzondere positie van de overheidsonderneming ten opzichte van reguliere ondernemingen ook een bijzonder normenkader waarbij publieke beginselen invloed hebben op dit privaatrechtelijke kader. De toepassing van bestuursrechtelijke normen is niet alleen wenselijk of gerechtvaardigd vanwege specifieke mededingingsrechtelijke overwegingen, maar ook omdat de onderneming een bijzondere – namelijk publieke taak – heeft. Ook wanneer de overheidsonderneming geen openbaar gezag heeft, zou het mijns inziens passend zijn om de privaatrechtelijke normen die gelden voor het handelen met betrekking tot de publieke taak mede aan de hand van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in te kleuren.

Er is besproken dat over de toepasselijkheid van algemene beginselen op het handelen van niet-overheidsorganen zeker nog geen consensus bestaat. Maar mijns inziens verschilt de overheidsonderneming van andere reguliere ondernemingen die geen publieke taak verrichten. Dit is bijvoorbeeld zelfs het geval wanneer een reguliere onderneming wordt gefinancierd met overheidsgelden, maar op deze onderneming geen beleidsbepalende overheidsbeïnvloeding plaatsvindt ten aanzien van de specifiek door de onderneming

te behartigen publiek belangen. Per geval zal de invulling van het hybride privaat-publieke kader moeten worden bepaald.

Er vindt aldus wanneer de overheid deelneemt in een overheidsonderneming op verschillende wijzen interactie plaats tussen publiek- en privaatrecht. Ik heb geconcludeerd dat mijns inziens, allereerst voorafgaand aan het oprichten of deelnemen in een privaatrechtelijke onderneming, aan de doorkruisingsleer wordt getoetst of de overheid de privaatrechtelijke weg mag bewandelen. Vervolgens dat – wanneer de overheid een privaatrechtelijke rechtsfiguur heeft opgericht, of hierin deelneemt – haar handelen steeds is onderworpen aan zowel de privaatrechtelijke als publiekrechtelijke normen via art. 3:14 BW. Tenslotte geldt dat ook voor het handelen van de overheidsonderneming een doorlopende toets van toepassing is door het juridische kader dat een wisselwerking is van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke normen die zowel beperkend als verruimend kunnen werken. Deze doorlopende toets moet als een extra waarborg tegen misbruik van het privaatrecht door de overheid worden gezien, die de bezwaarlijkheid van het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen mijns inziens wegneemt.

2.4 Hoofdstuk 4, 6 en 7

In het kader van de centrale onderzoeksvraag moet worden gezien of het huidige vennootschapsrechtelijke kader van de NV voldoet voor publieke taakbehartiging (door de overheid). Aan de hand van een bespreking van de beschikbare vennootschapsrechtelijke mogelijkheden waarin overheidsbeïnvloeding in de Nederlandse kapitaalrechtsvorm kan plaatsvinden, concludeer ik dat deze in het bestaande kader reeds sterker kan worden toegesneden op de behartiging van een publieke taak. De Nederlandse kapitaalvennootschapsvorm kan verbeterd worden om de behartiging van publieke belangen een stevigere plaats in de vennootschapsrechtelijke institutionele structuur te geven.⁵ Maar het specifiek vennootschapsrechtelijk kader om overheidsinvloed vorm te geven dient mijns inziens nog meer te worden verbeterd. Aanknopingspunten voor deze verbeteringen worden gevonden in de in hoofdstuk 6 besproken *case studies* van Nederlandse overheidsondernemingen en de in hoofdstuk 7 besproken rechtsvergelijking met het Belgische, Franse en Engelse recht.⁶

De bespreking van de bevindingen over de verschillende vennootschapsrechtelijke mogelijkheden voor overheidsinvloed van hoofdstuk 4 en de bevindingen

5 'Dient het Nederlandse recht een specifieke regeling te kennen voor de privaatrechtelijke rechtsvorm van de overheidsonderneming?' Zie hoofdstuk 1, p. 16.

6 Zie hoofdstuk 7.

van de hoofdstukken 6 en 7 worden besproken in paragraaf 3 van dit hoofdstuk waar de inrichting van een nieuwe eigen rechtsfiguur voor de overheidsonderneming, namelijk de publieke vennootschap, wordt besproken.

2.5 Hoofdstuk 5

In hoofdstuk 5 is onderzocht in hoeverre het Europese recht de lidstaten toestaat om overheidsinvloed in private ondernemingen te bewerkstelligen. Hiertoe zijn de voor de overheidsonderneming relevante Europeesrechtelijke normen besproken. Of onder Europees recht ruimte bestaat voor publieke taakbehartiging via een overheidsonderneming, is beoordeeld aan de hand van de samenhang tussen artikel 345 VWEU, artikel 106 VWEU, de mededingingsrechtelijke verboden, de vrijverkeersjurisprudentie en de staatssteunregeling.

De vraag of een absoluut privatiseringsverbod volgens artikel 345 VWEU is toegestaan en de desbetreffende (overheids)maatregel buiten het toepassingsbereik van de verdragen plaatst, is momenteel aanhangig bij het HvJ EU. Op grond van artikel 106 VWEU kan voor de (financiering van een) overheidsonderneming als verschaffer van een dienst van algemeen belang, een bijzondere uitzonderingspositie verkregen worden voor de toepasselijkheid van de staatssteunregels. Zonder deze uitzonderingspositie zal de overheidsonderneming echter onder de onverkorte toepassing van de verdragsregels vallen, waarbij met name de mededingingsrechtelijke verboden, de vrijverkeersbepalingen en de staatssteunbepalingen beperkingen kunnen inhouden voor de bevoegdheid van lidstaten om de publieke taakbehartiging vorm te geven via private ondernemingen. De mogelijkheden om publieke taakbehartiging als rechtvaardigingsgrond van schendingen van de verdragsbepalingen aan te voeren, verschillen al naar gelang sprake is van toepasselijkheid van de mededingingsregels, de vrijverkeersregels en de staatssteunregels. Ik heb in het bijzonder aandacht besteed aan een bespreking van de vrijverkeersregels in verband met de gouden aandelenproblematiek. Een rechtvaardiging op grond van publieke belangen wordt onder de vrijverkeerstoets behandeld als afwijking van de fundamentele verdragsregelingen en is derhalve ondergeschikt aan het belang van de vervolmaking van de interne markt. De zeer brede interpretatie van handelsbelemmeringen en de rigide toepassing van het evenredigheidsbeginsel zoals uitgewerkt in de Belgische gouden aandeeljurisprudentie beperken de bevoegdheid van lidstaten om overheidsingrijpen via vennootschapsrechtelijke constructies vorm te geven, sterk. Afwijking van een wettelijke basisregeling voor een rechtsvorm in het algemene vennootschapsrechtelijke kader om bijzondere bevoegdheden voor de overheid te creëren is tot dusver niet goed mogelijk gebleken. Het moet mijns inziens echter wel mogelijk zijn voor de overheid om gebruik te maken van deze algemene vennootschapsrechtelijke bevoegdheden zoals deze gelden voor de besluitvorming in de onderneming wanneer hierbij geen bijzondere van het nationale vennootschapsrecht

afwijkende bevoegdheden worden gecreëerd. Toekomstige uitspraken van het HvJ EU moeten uitwijzen in hoeverre deze ruimte inderdaad bestaat.

Op de overheidsonderneming als hybride constructie van publiek- en privaatrechtelijke regelingen, kunnen de mededingingsrechtelijke bepalingen (waaronder de staatssteunregeling) en vrijverkeersbepalingen cumulatief van toepassing zijn. De vrijheid van de lidstaten om de overheidsonderneming vorm te geven wordt in meerdere opzichten beperkt. De Europeesrechtelijke beperkingen gelden ten eerste voor de wijze waarop lidstaten trachten een van het gewone vennootschapsrechtelijke regime afwijkende positie voor zichzelf te creëren. Ten tweede geldt ook dat de wijze van financiering van een overheidsonderneming met het doel een dienst van algemeen economisch belang uit te voeren, wordt begrensd. Ten derde wordt de toegestane ruimte voor handelen door de overheidsonderneming als onderneming met een machtspositie ook beperkt door het Europeesrechtelijke kader.

3 DE PUBLIEKE NAAMLOZE VENNOOTSCHAP

3.1 Behoeftte aan een vennootschap ter behartiging van het publieke belang

Er wordt in de politiek belang gehecht aan de verlening van bepaalde diensten die daarmee worden aangemerkt als publieke taken, zoals de in hoofdstuk 1 genoemde ophaaldiensten voor huisafval.⁷ Hiervoor bestaat, ondanks dat deze wellicht op afstand van de overheid in private ondernemingen worden uitgevoerd, politieke verantwoordelijkheid. De overheidsonderneming als hybride figuur moet daarom zowel plaatsbieden voor het laten uitvoeren van bepaalde publieke taken middels de daartoe geboden mogelijkheden in het privaatrecht, als voor de sturing (op afstand) door de overheid ter borging van het publiek belang. Ik meen dat het gewenst is een eigen rechtsvorm in te richten voor dergelijke overheidsondernemingen. De redenen waarom een specifieke rechtsvorm op basis van de kapitaalrechtsvorm mijns inziens wenselijk is, kunnen worden samengevat onder de volgende drie noemers, te weten herkenbaarheid, legitimiteit en doelgerichtheid. Omdat deze redenen onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, zal ik deze hieronder gezamenlijk bespreken.

De bestaande diversiteit – die het gevolg is van de verschillende opties die het Nederlandse rechtspersonenrecht biedt – kan als wenselijk worden gezien om de overheid de vrijheid te bieden een privaatrechtelijke rechtsvorm te kiezen die het beste aansluit bij de uitvoering van de desbetreffende publieke taak en het bijbehorende publieke belang. Een nadeel van deze diversiteit is echter dat deze de *herkenbaarheid* van overheidsondernemingen niet ten goede

⁷ Zie art. 10.21 lid 1 Wet milieubeheer.

komt. Deze *herkenbaarheid* van de overheidsonderneming is nodig om enerzijds het gebruik van de privaatrechtelijke rechtsvorm te legitimeren en anderzijds de doelgerichtheid van het handelen van de privaatrechtelijke rechtsvorm ten behoeve van het publieke belang te kunnen borgen. Ik kom hier hieronder op terug.

Vanwege het feit dat het in beginsel bij de overheidsonderneming primair gaat om een te exploiteren *onderneming*, lijkt mij de kapitaalrechtsvorm in het bijzonder aangewezen. Zoals in hoofdstuk 4 geconcludeerd is vervolgens de naamloze vennootschap de meest geschikte voor het drijven van een overheidsonderneming. In deze rechtsvorm kan een in beginsel privaat ingerichte onderneming publieke taken op zich nemen. Indien een private onderneming een publieke taak uitoefent, is het vanwege de politieke verantwoordelijkheid belangrijk dat de overheid toeziet op de uitvoering van deze publieke taak. De publieke taakbeartiging door de private onderneming vindt op afstand plaats, maar het toezicht kan mijns inziens evenwel niet op te grote afstand geschieden. Overheidsinvloed moet op een zodanige wijze mogelijk zijn dat het desbetreffende publieke belang effectief kan worden geborgd. De overheid kan mede via het privaatrecht toezien op de publieke taakbeartiging door de private onderneming. Het bestaande rechtspersonenrecht is echter in het algemeen niet afdoende toegesneden op het geval dat de overheid een publiek belang expliciet wil verzekeren. De overheid probeert beleidsbepalende invloed uit te oefenen via het publieke aandeelhouderschap, maar de inrichting van de kapitaalrechtsvorm kan en moet mijns inziens verbeterd worden teneinde een stevigere plaats voor de publieke taakbeartiging te bewerkstelligen in het vennootschapsrechtelijke kader (zie hierna paragraaf 3.2). De overheidsinvloed dient *effectiever* te worden vormgegeven. Herkenbaarheid van de prioriteit vergroot ook de *legitimiteit* van de bijzondere inkleuring omdat de bijzondere positie van het publieke belang kenbaar is voor alle betrokkenen.

Voor overheidsondernemingen kan een modificatie van de vennootschapsrechtsvorm behulpzaam zijn. 'Meer focus op borging van publieke belangen dient [immers] plaats te vinden binnen de kaders van het vennootschapsrecht'.⁸

Kortom, een bijzondere rechtsvorm kan verduidelijken dat bij de hierin ondergebrachte ondernemingen een bijzondere positie voor het publieke belang is ingeruimd. Het instellen van een bijzondere op het publieke belang gerichte rechtsvorm maakt voor allen vooraf en via objectieve criteria duidelijk wanneer sprake is van een overheidsonderneming, waardoor mijns inziens gehandeld wordt met in achtneming van de Europeesrechtelijke eisen zoals ik in hoofdstuk 5 heb behandeld.

8 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 28 165, nr. 69, p. 15 (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2007).

Deze nieuwe rechtsfiguur die ik voorstel als modificatie van de naamloze vennootschap heeft mijns inziens vanwege verschillende redenen een meerwaarde ten opzichte van het huidige vennootschappelijk kader. Allereerst blijkt er een behoefte te bestaan aan de uitvoering van publieke taken op een zekere afstand van de overheid door in beginsel privaat ingerichte ondernemingen. Ten tweede kan de nieuwe rechtsfiguur zorgen voor verduidelijking voor wat betreft de prominente plaats van het publieke belang in (het handelen van) de onderneming, de positie van de overheid en het toepasselijke normenkader. Indien het publieke belang een prominentere rol krijgt in de overheidsonderneming, zal dit de *doelgerichtheid* van de overheidssturing vergroten. Daarbij zal het ook mogelijk zijn de vennootschapsrechtelijke verhoudingen meer te laten inkleuren door de vraag of het publieke belang wordt geborgd. Vanwege de bijzondere plaats die het publieke belang in het vennootschapsrechtelijk kader van een specifiek daarop gerichte kapitaalsrechtsvorm krijgt, kunnen de vennootschapsrechtelijke verhoudingen en het toepasselijk normenkader op het handelen van de overheidsonderneming meer vanuit het oogpunt van de publieke taakbeartiging worden ingevuld.

3.2 De inrichting van de overheidsonderneming in de publieke naamloze vennootschap

3.2.1 Algemeen

De basis voor de publieke naamloze vennootschapsvorm is de regeling voor de naamloze vennootschap. Hieronder worden de verschillen in de door mij voorgestelde regeling van de nieuwe rechtsfiguur met de geldende wettelijke regeling besproken. Voor het overige verwijs ik naar de behandeling van de regeling van de naamloze vennootschap zoals besproken in hoofdstuk 4.

3.2.2 *Verplichte naamvoering van de publieke naamloze vennootschap*

De onderneming die voldoet aan de kenmerken van de definitie zoals behandeld in hoofdstuk 1, is zonder uitzondering een overheidsonderneming. Deze kwalificatie is niet optioneel. Alle overheidsondernemingen zouden mijns inziens in beginsel in de hiervoor bedoelde vennootschapsvorm moeten worden ondergebracht om aldus een versterking van de positie van publieke taakbeartiging te bewerkstelligen en ook om aldus de herkenbaarheid van de overheidsonderneming te bevorderen. Daarbij moet de naam ‘publieke naamloze vennootschap’ (af te korten als: pnv) in beginsel steeds worden gevoerd. Door verplicht te stellen dat overheidsondernemingen in de publieke naamloze vennootschap worden ondergebracht, vindt ook harmonisatie plaats ten aanzien van het beleid voor overheidsondernemingen.

3.2.3 De doelomschrijving en winstmaximalisatie

Ik meen dat de statutaire doelstelling met het daarin opgenomen specifieke publieke belang zowel extern, als intern juridische waarde toekomt. Dat wil zeggen dat de vennootschap zich op doeloverschrijding van het publieke doel kan beroepen tegenover derden, dat bestuurders die in strijd handelen met het publieke doel hiervoor aansprakelijk kunnen worden gesteld en dat bovendien de positie van de overige organen ten opzichte van de vennootschap door een dergelijke publieke taak doelstelling zal worden beïnvloed. Voor externe werking is herkenbaarheid van het publieke karakter van de onderneming echter wel een vereiste. De publieke taakbehartiging moet daartoe zeer bepaald en gespecificeerd in het statutaire doel van de overheidsonderneming worden omschreven. Met de doelomschrijving moet de prioriteit ten aanzien van de uitvoering van de publieke taak worden aangegeven. Het publiek belang zal door de uitdrukkelijke inbedding in het vennootschapsrechtelijk kader van de rechtspersoon (het statutair doel) zo een duidelijke betekenis ten aanzien van de te behalen doelen kunnen krijgen. Bovendien zal opname van een verwijzing in de doelstelling naar het publiek belang, de invulling van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden.

Ook de relatie tussen het winstoogmerk en het publiek belang moet uitdrukkelijk worden vermeld. Winstoogmerk mag aanwezig zijn, maar een eventuele winstuitkering mag niet ten koste gaan van de publieke taakbehartiging. Zowel aandeelhouders als certificaathouders zijn aldus op de hoogte van het feit dat bij de dividenduitkering rekening moet worden gehouden met het in de doelstelling opgenomen publiek belang. Het dividend moet aldus – afhankelijk van de relatieve omvang van de publieke taakuitvoering – worden gemaximaliseerd.⁹ De uitwerking hiervan kan in een uitvoeringsconvenant worden geregeld op grond waarvan uit de jaarrekening moet blijken dat de uitkering conform is.

3.2.4 Bijzondere zeggenschaps- en goedkeuringsrechten

Vanwege de in hoofdstuk 5 besproken vrijverkeersregels zijn constructies die bijzondere rechten voor de overheid bedingen buiten het reguliere vennootschapsrechtelijke kader niet snel toelaatbaar. Wel kan de overheid als meerderheidsaandeelhouder met gebruikmaking van het reguliere vennootschapsrecht de in hoofdstuk 4 besproken zeggenschaps- en goedkeuringsrechten uitoefenen.

⁹ Zie in vergelijkbare zin met betrekking tot de inrichting van de maatschappelijke onderneming J.M. De Jongh, A.J.P. Schild en L. Timmerman, 'Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW?', in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen*, preadvies NJV 2010, p. 241. Auteurs stellen voor bepaalde ondernemingen met een maatschappelijke doelstelling, een *asset lock* voor.

Voor de door de overheid beoogde effecten is noodzakelijk dat de structuurregeling buiten toepassing wordt verklaard voor de overheidsonderneming. In afwijking op de regeling voor de naamloze vennootschap moet de toepasselijkheid van de structuurregeling in beginsel worden uitgesloten, omdat deze de vennootschapsrechtelijke verhoudingen te ingrijpend wijzigt voor een adequate overheidsbeïnvloeding van de overheidsonderneming. Op grond van de huidige regeling is een gemitigeerd regime mogelijk van toepassing bij een 100 procentsaandeel van de overheid, maar ook indien de Staat een belang van ten minste 50 procent vertegenwoordigt, moet dit gemitigeerde regime van toepassing zijn, hetzij rechtstreeks via de door mij voorgestelde nieuwe wettelijke regeling, hetzij via de goedkeuring zoals bedoeld in artikel 2:156 BW.

De publieke (meerderheids) aandeelhouder benoemt (mede) de commissarissen. Het zou overigens goed zijn als de beleidsverantwoordelijke minister hierbij wordt betrokken. Op grond van artikel 2:143 BW kan deze betrokkenheid statutair verzekerd worden om weliswaar in samenspraak met de publieke aandeelhouders, een derde van het totaal van de commissarissen te benoemen. Vanwege de gewenste transparantie, helderheid en consistentie is een recht op benoeming van commissarissen in een 'contract' met de aandeelhouders van de vennootschap mijns inziens niet geschikt.

Wat betreft de door de overheid benoemde commissaris heb ik geconcludeerd dat deze commissaris een nuttige informatiefunctie kan vervullen. De overheid heeft echter niet de mogelijkheid om via een door hem benoemde commissaris het publieke belang te laten prevaleren in het beleid van de onderneming.

3.2.5 *De strategische commissie voor het publiek belang*

Gebaseerd op de Franse *Strategy Committee* moet binnen overheidsondernemingen een 'strategische commissie voor het publiek belang' worden ingericht, om aldus de behartiging van publieke belangen op de lange termijn in het oog te houden. Het orgaan zou georganiseerd kunnen worden als commissie binnen de raad van commissarissen, bij voorkeur onder leiding van een door de overheid aangewezen commissaris en verplicht moeten worden gesteld voor alle overheidsondernemingen. In het jaarverslag moet een paragraaf worden opgenomen met betrekking tot de invulling en uitwerking van de strategie met betrekking tot het publiek belang en de verhouding tot de overheid.

3.2.6 *Certificering*

In hoofdstuk 4 zijn de verschillende beïnvloedingsmogelijkheden voor de overheid via vennootschappelijke organen besproken. Geïnspireerd door

enerzijds het *member* systeem zoals dat in het Verenigd Koninkrijk bestaat bij de *company limited by guarantee* en anderzijds door de oprichting van een stichting administratiekantoor voor het beheer van de staatsdeelnemingen in enkele financiële instellingen, zou certificering van aandelen in alle overheidsondernemingen een mogelijkheid moeten zijn. Dit om een zekere mate van overheidsbeïnvloeding, hoewel weliswaar op afstand, te behouden. De aandelen worden gehouden door een stichting administratiekantoor waarvan het beheer alleen in publieke handen is; private investeerders zouden slechts certificaten in de onderneming kunnen verkrijgen.

4 VOORSTEL TOT COÖRDINATIE VAN BELEID MET BETREKKING TOT OVERHEIDS- ONDERNEMINGEN: CENTRALISATIE

4.1 Algemeen

Er zijn meerdere redenen om beleid ten aanzien van overheidsondernemingen te willen centraliseren. In de hoofdstukken 6 en 7 heb ik problemen geanalyseerd, en de gevolgen besproken van het ontbreken van (afdoende uniforme) coördinatie en een bevoegdheidsverdeling tussen de bij eenzelfde overheidsonderneming betrokken publieke lichamen. Zoals besproken in de hoofdstukken 1 en 4 is er een aanvang gemaakt met de uniformering van het beleid met betrekking tot *staatsdeelnemingen* in de Nota Deelnemingen 2007. Dit neemt niet weg dat de verhouding tussen de minister van Financiën en een eventueel (voor een overheidsonderneming) beleidsverantwoordelijk departement mijns inziens vastgesteld en geformaliseerd zou moeten worden, om aldus de overheidsbeïnvloeding te kunnen optimaliseren. Dit geldt niet alleen voor de actoren op rijksniveau. Gecentraliseerde, uniforme coördinatie tussen alle bij dezelfde overheidsonderneming betrokken publieke lichamen – zoals de verhouding tussen de Staat en decentrale overheden met een aandelenbelang – is mijns inziens wenselijk.

Deze coördinatie kan aan het ministerie van Financiën – dat reeds verantwoordelijk is voor het staatsdeelnemingenbeleid – worden toevertrouwd.¹⁰ Hiertoe zou naar Frans voorbeeld een agentschap bij het ministerie van Financiën kunnen worden ondergebracht dat zich richt op het beleid met betrekking tot overheidsondernemingen.¹¹ Ook de vaststelling van (een) mijns inziens noodzakelijk geformaliseerd beleid ten aanzien van de afstoting van (specifieke) overheidsdeelnemingen zou hier ook onder kunnen vallen. Door de keuze

10 Zie over de coördinatie tussen de verschillende bij staatsdeelnemingen betrokken departementen, het rapport Interdepartementaal Beleidsonderzoek (IBO) Staatsdeelnemingen, Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 148.

11 Zie par. 4.3.2 van hoofdstuk 7.

om het beleid bij een agentschap al dan niet onder het ministerie van Financiën onder te brengen, kan men bovendien de overheidsondernemingen op grotere afstand van de politiek zetten. Overigens realiseer ik me dat de invoering van een agentschap zoals in Frankrijk geen garantie is voor de gewenste uitvoering van het beleid. Door het autonome karakter van de onderneming, blijft de uitvoering in hoge mate afhankelijk van het handelen van de (bestuurders van de) desbetreffende vennootschappen. Zo proberen veel Franse vennootschappen met een staatsbelang via Nederlandse vennootschappen de Franse belastingheffing te omzeilen, ondanks het feit dat de voor staatsdeelnemingen verantwoordelijke minister dit heeft afgekeurd.

4.2 Het uitvoeringsconvenant

Voor de uitwerking van de verhouding tussen de overheid en de overheidsonderneming moet, geïnspireerd op het Belgische beheerscontract, een zogenoemd uitvoeringsconvenant worden gesloten. Hierin worden de bijzondere regels en voorwaarden vastgelegd. Het publieke belang en de publieke taak zijn dan verankerd in de doelomschrijving en uitgewerkt in dit uitvoeringsconvenant. Vanwege deze verankering en de publieke taakuitvoering nemen bestuursrechtelijke normen zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijke plaats in, mede voor de invulling van de verhoudingen in het institutioneel kader van de overheidsonderneming maar ook invulling van de verhouding tussen de overheid en de overheidsonderneming en de verhouding tussen de overheidsonderneming en afnemers van de publieke diensten. De precieze publiekrechtelijke inkleuring van private normen moet per overheidsonderneming worden vastgesteld. Omdat de naamloze vennootschap van publiek recht een privaatrechtelijke rechtspersoon is, valt deze voor zover deze geen openbaar gezag heeft, in beginsel onder de bevoegdheid van de burgerlijke rechter.

4.3 Informatievoorziening ten behoeve van transparantie

Ik acht informatievoorziening over het beleid met betrekking tot de invulling van het publiek belang en de in het uitvoeringsconvenant vastgelegde doelen in het jaarverslag noodzakelijk. De op grond van het uitvoeringsconvenant betrokken overheden zouden door de overheidsondernemingen in ieder geval jaarlijks schriftelijk op de hoogte moeten worden gesteld van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en de invulling van de publieke taak. Dit in aanvulling op eventueel relevante sectorspecifieke wetten met regels dienaangaande.

5 VOORSTEL ARTIKEL 2:151A BW VOOR DE INVOERING VAN DE PUBLIEKE
NAAMLOZE VENNOOTSCHAP

Met de onduidelijkheid over de reikwijdte van de regeling van de Belgische naamloze vennootschap van publiek recht in gedachten, zou mijns inziens niet het op de overheidsonderneming toepasselijke recht moeten bepalen of een onderneming een overheidsonderneming is. Bepalend zijn de in hoofdstuk 1 genoemde elementen van de definitie van de overheidsonderneming.¹² De regeling voor de zogenoemde publieke naamloze vennootschap als artikel 2:151a BW met betrekking publieke naamloze vennootschap zou kunnen worden geplaatst na de regeling met betrekking tot de naamloze vennootschap en vóór de structuurregeling. De vennootschap brengt haar statuten in overeenstemming met artikel 2:151a BW.

Het door mij voorgestelde artikel 2:151a BW moet aldus luiden:

‘Art. 151a

1. Een vennootschap valt aan te merken als een overheidsonderneming, indien de Staat, de provincies, de gemeenten of waterschappen, daarin al dan niet tezamen met een andere in artikel 1 boek 2 BW bedoelde rechtspersoon ten minste 50 procent van het geplaatste kapitaal verschaft of anderszins een duurzame overwegende beleidsbepalende invloed binnen de onderneming heeft, met het oogmerk duurzaam invloed uit te kunnen oefenen op de strategie met betrekking tot het in lid 3 van dit artikel bedoelde publiek belang.
2. De naam van de vennootschap begint of eindigt met de woorden Publieke Naamloze Vennootschap, hetzij voluit geschreven, hetzij afgekort tot “P.N.V.”
3. De publieke doelstelling van de vennootschap blijkt duidelijk uit het in de statuten opgenomen doel.
4. Indien de Staat mede aandelen in de vennootschap houdt, wordt tussen de minister van Financiën, de minister van het verantwoordelijk vakdepartement, de institutioneel bij de vennootschap betrokken decentrale overheden en de publieke naamloze vennootschap ter nadere invulling van de doelomschrijving een uitvoeringsconvenant gesloten.
5. De jaarrekening wordt slechts vastgesteld indien blijkt dat de uitkering van winst in overeenstemming is met het uitvoeringsconvenant. Het niet uitgekeerde deel van de winst wordt toegevoegd aan de statutaire reserves.
6. In het jaarverslag wordt door het bestuur ingegaan op de invulling van het publiek belang en de in het uitvoeringsconvenant vastgelegde doelen.
7. Conform artikel 2:143 bepalen de statuten dat een derde van het gehele aantal van de commissarissen wordt benoemd door de algemene vergadering op voordracht van de beleidsverantwoordelijke vakminister.
8. In aanvulling op art. 2:141 lid 2 stelt het bestuur de aandeelhouder en de beleidsverantwoordelijke vakminister schriftelijk op de hoogte van de hoofdlijnen

12 Zie par. 3.5.2 van hoofdstuk 7.

van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en de invulling van haar publieke taak.

9. Behoudens de voorgaande leden van dit artikel zijn de op de naamloze vennootschap toepasselijke bepalingen, van toepassing op de publieke naamloze vennootschap.

10. De vennootschap, die aan de criteria van lid 1 voldoet, brengt haar statuten uiterlijk met ingang van de dag waarop de regeling krachtens lid 1 van dit artikel op haar van toepassing wordt in overeenstemming met het bepaalde in dit artikel.'

Summary

GOVERNMENT UNDERTAKING

A study on the influence of government bodies in Dutch public limited companies

Inspired by the ideal of privatization, the popularity of government bodies exercising influence in undertakings via Dutch company law instruments was waning. Aversion to government ownership led to the selling of shares owned by government bodies and the abolition of provisions that specifically facilitated government influence within private legal law bodies. However, the view on the role of government in private law bodies with a public interest is changing. This reflects upon the use by government bodies of Dutch company law to look after public interests. The use of Dutch company law instruments is no longer frowned upon and thus deservedly receives more attention as a viable and desirable option for government bodies to uphold public interests. However, Dutch company law could benefit from a study on how it can accommodate government influence to better ensure public interests.

The main question of this study is whether or not Dutch company law should have a specific legal form for government undertakings. I do think that such a legal form could be beneficial for reasons that will be set out hereafter. A subsequent question is how such a specific legal form for government undertakings should be organized. Recommendations are made on the organization of such a specific legal form for government undertakings to better suit the pursuit of the public interest attached to government undertakings.

An explanation of what is meant with the concept of 'government undertaking' (*overheidsonderneming*) is needed. This undertaking is part of the private sector because of its legal status as a private law body. Since an undertaking in a private law body has a legal personality separate from government bodies, government control is neither automatic nor complete. The government (or a government body) may want a certain level of influence in such an undertaking because they are politically responsible for the public interest attached

to the undertaking in question.¹ The government or government body for example may wish to be able to influence the actions of these undertakings to ensure the existing public interests. Some of these private law bodies that house undertakings with a public interest have a hybrid character:² They are not on the same footing as private law bodies without a public interest because government bodies have a dominant level of influence in these entities.³ A dominant level of influence the level of influence necessary to be able to stipulate the outcome of decision-making in and by the undertaking when the public interest is at stake. In general this does not require complete control, but the ability to determine the outcome of decision-making in and by the private law body that operates an undertaking with a public interest. The influence has to be such that it allows the government bodies concerned to shape the policy of the undertaking.

This study focuses on the group of undertakings with a public interest that have the legal form of a Dutch public limited company (*naamloze vennootschap*) in which government bodies⁴ have a continuous and permanent dominant

-
- 1 Government bodies are politically responsible for a particular private law body when the activities of its undertaking are deemed to be of public interest. Although in common parlance and even in general the terms 'general interest' and 'public interest' are used interchangeably, a more prudent use of these terms would seem desirable to me. The usage of the concepts 'general interest' as *genus* and 'public interest' as *species* complemented by a second *species* category namely 'social interest', could both signify and clarify the level of involvement of government bodies and/or private actors in accomplishing these interests. A division of collective interests according to these proposed categories would make the concepts more distinguishing than they are at the moment. The qualification 'general interest' indicates the importance of the relevant interest as a common or collective interest to society (as a whole or a specific group of people in society). Interests that are of importance to society as a whole (or a specific group of people in society) but for which (self-appointed) private actors hold prime responsibility are 'social interests'. The concept of a 'public interest' should be reserved for the interests for which the government has political responsibility. Classical government tasks are of public interest, as are the interests that the outcome of political decision-making indicates as interests for whose accomplishment the government or government bodies hold prime responsibility.
 - 2 Not all private law bodies with a public interest have a hybrid character. In this research only entities in which government bodies have a dominant say are perceived as hybrid entities bordering both private and public law. Not the existence of a public interest but the level of influence by government bodies therefore determines the character of the entity concerned.
 - 3 Private law bodies in which government bodies have a dominant influence may be regarded as semi-private entities following (European) case law on free movement rules in which actions of private law bodies that are perceived as being connected to government bodies can be forbidden by the free movement rules.
 - 4 Although I will use the term government bodies, it may well be only one government body establishing a continuous dominant influence to guarantee the public interests concerned. Also, when referring to government undertakings in general, I mention public interest or public interests interchangeably. Participation of government bodies may either serve one

influence (partly) due to company law instruments to guarantee public interests.⁵ These entities are called 'government undertakings'. 'Government undertakings' can be characterized as semi-private entities because of the dominant say of government bodies in these entities.⁶ The dominant influence, however, is not the sole constituent element for qualifying an undertaking as a government undertaking as described in Chapter 1 but a very distinctive element nevertheless together with another cumulative constituent condition – apart from the requirement of being an undertaking in the sense that economic activities are being pursued – namely the existence of a certain public interest attached to the (activities of the) undertaking. The presence of a certain public interest is the reason for the link between the government undertaking and the government bodies concerned.

An undertaking can be qualified as a government undertaking when government bodies have such an influence that they can exert a decisive influence on (strategic) decisions in and by the undertaking that affect the public interest attached to the undertaking. Government bodies have such an influence when they make up the majority of one of the company organs but other ways of influence are possible. What is crucial is that the 'regular' autonomy of the undertaking in question is limited because of the dominant influence of the government body on (strategic) decisions that to the basic statutory arrangement of a Dutch public limited company would belong to the autonomy of the undertaking itself. However, sheer ownership of shares does not turn an undertaking into a government undertaking when, for example, the government bodies concerned only hold these shares to receive dividends. The dominant influence that government bodies exert, must exist to uphold the public interest(s) concerned.

I am of the opinion that government undertakings hold a special position in comparison to other undertakings because of the dominant government influence and the existence of a public interest. Their hybrid character is reflected in the rules applicable to the government bodies participating in these entities as described in Chapters 2 and 3. When a government body establishes a private law body housing an undertaking with a public interest or participates in such a private law body, on the basis of Article 3:14 Dutch Civil Code (*BW*),

public interest in particular or several public interests simultaneously. This differs per government undertaking *in concreto*.

5 The continuity of the dominant government influence distinguishes 'permanent' government undertakings from 'temporary' government undertakings. Point of departure for this distinction is the idea that adapting the organization of the legal form is only appropriate for government undertakings in which government bodies wish to have a dominant influence to ensure public interests *in the long term*.

6 They are rather semi-private than semi-public because of their legal form which is a private law body.

its actions are subject to both private law norms and public law norms. The applicability of public norms as the general principles of good governance (*algemene beginselen van behoorlijk bestuur*) for semi-private entities without public authority is not generally accepted. The applicability, however, would not be unbecoming for government undertakings since it suits the existence of a public interest. I feel that it is the special hybrid character of a government undertaking that – even in the absence of the undertaking holding (part of) public authority (*openbaar gezag*) – warrants the applicability of public norms as the general principles of good governance to the (actions of a) government undertaking. The applicability of some of the public norms could also take away some of the concerns on the use of private law by government bodies as it provides for a continuous additional hybrid framework of norms that incorporate the relevant public norms as well as the relevant private norms.

Dutch constitutional and administrative law allows government bodies to make use of private law and to participate in private law bodies to further public interests, albeit under certain conditions as discussed in Chapter 2. However, other rules are also relevant when determining what involvement of government bodies in government undertakings is allowed. As examined in Chapter 5, government involvement may also be restricted by the rules of free movement if they cannot be justified. There is a field of tension between the wish of governments to be involved in such entities and the rules relating to the functioning of the internal market. EU law leaves it to the discretion of the Member States to declare an interest to be of public interest. However, the concept of an undertaking in EU law is autonomous. If an entity with a public interest engages in economic activities, EU (competition) law marks this entity as an undertaking and thus government involvement in such an entity is also confined by the borders set out by the state aid rules. The use of statutory competences existing in the basic statutory arrangement of a legal form by government bodies that for example follow from the ownership of a majority of shares is allowed. But a departure from the basic statutory arrangement of a legal form in the general statutory framework of Dutch company law to create special rights and means of influence for government bodies within government undertakings is scarcely allowed. Instead of creating special competences for government bodies, a move in the right direction could be to give the public interest a more prominent place within the framework of the legal body of the public limited company. In Chapters 2, 4 and 8, I argue that the objective of public limited liability companies should be formulated in such a way to incorporate the public interest (better) and afford it a more prominent place amongst the existing interests in the company. This would make the whole company aimed more towards the protection of public interests and therefore make the whole governance framework more effective. Such a provision was lacking in the government undertakings examined in Chapter 6. Drawing inspiration from company law rules in Germany, Belgium,

France and the UK as discussed in Chapter 7, I make recommendations in Chapter 8 to add a specific legal form for government undertakings to the available legal forms set out in Dutch company law. The reasons for introducing a specific legal form for government undertakings can be summarized in the following three words: recognizability, legitimacy and effectivity.

Public limited companies can contribute to public interests, but could do so even more if their general framework as laid down by Dutch company law were directed more towards protecting public interests. The legal relationships between the actors in a government undertaking are primarily decided by the interest of the company. The insertion of the relevant public interests in the aim of the company as stated in the articles of association of a government undertaking would make government influence more *effective*, because public interests would weigh heavier when balancing out conflicting interests. The insertion would also *legitimize* the priority given to the public interest over other existing interests in the company. A specific legal form that prioritizes public interests in an undertaking would also emphasize that public law norms can be applicable because of the special character, objective of the undertaking and the involvement of government bodies in upholding public interests. Furthermore, the special character of the government undertaking concerned would be clearly discernible by looking at the articles of association and therefore knowable to interested parties. I do think that the special position the government holds in the government undertaking and the hybrid character should be even more easily *recognizable* for all. The legal form should be named the public limited company with public interest (*publieke naamloze vennootschap*).

Literatuurlijst

Ackermans-Wijn

J.C.E. Ackermans-Wijn, *Contracten met de overheid* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1989.

Addink

G.H. Addink, *Good Governance: Concept and Context*, Oxford University Press 2013 (nog te verschijnen).

Adriaanse

P.C. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun* (diss. VU), Kluwer: Deventer 2006.

Adriaanse

P.C. Adriaanse, 'Vergoedende maatregel of steunregel?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 641-658.

Adriaanse en Van Angeren

P.C. Adriaanse en J.R. van Angeren, 'De Awb en staatssteunaanvragen', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 669-686.

Akkermans en Ramaekers

B. Akkermans en E. Ramaekers, 'Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations', *European Law Journal* 2010/16, p. 299.

Alen en Devroe

A. Alen en W. Devroe, *Verzelfstandiging van bestuurstaken in België*, W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Allemeersch

B. Allemeersch, V. Sagaert et al, *Actuele ontwikkelingen inzake vennootschapsrecht*, Intersentia: Antwerpen/Oxford 2010.

Amtenbrink en Van de Gronden

F. Amtenbrink en J.W. van de Gronden, 'Economisch recht en het Verdrag van Lissabon: mededinging en interne markt', in: R.H. van Ooik en R.A. Wessel (red.), *De Europese Unie na het Verdrag van Lissabon*, Kluwer: Deventer 2009, p. 139-153.

Appeldoorn

J.F. Appeldoorn en G.T. Davies, *Vier vrijheden. Een inleiding tot het recht van de Europese interne markt*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003

Aronstein

I.V. Aronstein, 'De rol van het evenredigheidsbeginsel in Europees en Nederlands privaatrecht', *WPNR* 2011/6901.

Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997

J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel II. De rechtspersoon*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Asser/Maeijer (2000)

Asser/Maeijer 2-III, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Vertegenwoordiging en Rechtspersoon. De naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Tjeenk Willink 2000.

Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme (2009)

Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Rechtspersonenrecht. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Rensen 2-III* 2012

G.J.C. Rensen (m.m.v. J.M. Blanco Fernández), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen*, Deventer: Kluwer 2012.

Asser/Scholten Algemeen Deel* 1974

P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel**, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Aquina

H.J. Aquina, 'Overheidsbemoeienis en particulier initiatief. Een verkenning van technische, politieke en ethische aspecten', *Bestuursrecht* 1988/6, p. 147-151.

Baarsma

B. Baarsma, M. de Nooij, W. Koster en C. van der Weijden, 'Divide and rule. The economic and legal implications of the proposed ownership unbundling of distribution and supply companies in the Dutch electricity sector', *Energy Policy* 2007/35, p. 1791.

Backer

L.C. Backer, 'The Private Law of Public Law: Public Authorities as Shareholders, Golden Shares, Sovereign Wealth Funds, and the Public Law Element in Private Choice of Law', *Tul. L. Rev.* 2007-2008/82, p. 1801-1868.

Van Bael en Bellis

Van Bael en Bellis, *Business Law Guide to Belgium*, Den Haag: Kluwer Law International 2003.

Baldwin en Cave

R. Baldwin en M. Cave, *Understanding Regulation, Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, 1999.

Barents

R. Barents, 'The Competition Policy of the EC', in: P.J.G. Kapteyn & VerLoren van Themaat, *The Law of the European Union and the European Communities*, Kluwer 2008.

Barents en Brinkhorst

R. Barents en L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2006.

Bartels

S. Bartels, 'Europees privaatrecht: enkele opmerkingen over de bevoegdheidsverdeling tussen Unie en lidstaat met betrekking tot het eigendomsrecht, AA 1995/4, p. 244-251.

Bartman

S.M. Bartman, 'Taalverrijking', *Novum* 2008/11, p. 36.

Bartman

S.M. Bartman, 'Het benoemings- en vetorecht van de Nederlandse Staat in de raad van commissarissen van ING: een vennootschapsrechtelijk dubieuze constructie', *WPNR* 2009/6809, p. 688-693.

Bartman

S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2003.

Baquero Cruz

J. Baquero Cruz, 'Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law', in: G. de Búrca (red.), *EU Law and the Welfare State, In Search of Solidarity*, New York: Oxford University Press 2005.

Beek

T.J. Beek en E. van Diepen, 'De status van werknemers/ambtenaren bij de overheidsstichting', *S&V* 1999.

Ten Berge

J.B.J.M. ten Berge, S.E. Zijlstra, L. Timmerman en F.K. Buijn, 'Privaatrechtelijke rechtspersonen met publieke taken', in: J.B.J.M. ten Berge, S.E. Zijlstra, L. Timmerman, F.K. Buijn, *Preadviezen over het onderwerp: De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2000-I), Deventer: Tjeenk Willink 2000.

Beurskens

W.J.J. Beurskens, *De Hoge Raad en de twee-wegenleer* (Ars Aequi Cahiers Privaatrecht deel 6), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997.

Bezes

P. Bezes, 'The "steering state" model: The emergence of a new organizational form in the French Public Administration', *Sociologie du travail* 2007/49, p. 82-86.

Blanco Fernández

J.M. Blanco Fernández, 'Vennootschappelijke werking van stemovereenkomsten', *Ondernemingsrecht* 1999/6, p. 148.

Bloembergen

A.R. Bloembergen, 'Overheidsprivaatrecht: schets van een algemeen deel', *WPNR* (1992) 6074.

Boekraad

B.M. Boekraad, 'Het bonusverbod voor bestuurders van staatsgesteunde financiële ondernemingen', *V&O* 2011/12, p. 225-229.

Boot

A.W.A. Boot, *Overheid als aandeelhouder: een economisch perspectief*, 22 mei 2006.

Boschma

H.E. Boschma, *De rechtsvorm van de onderneming in beweging. Over de (Europese) grenzen van de kapitaalvennootschap en over de personenvennootschap uit de Shadowlands*, oratie RUG 2013.

Boschma, Lennarts en Schutte-Veenstra

H. E. Boschma, M. L. Lennarts en J. N. Schutte-Veenstra, *Alternatieve systemen voor kapitaalbescherming*, 18 augustus 2005, onderzoeksrapport van het Instituut voor Ondernemingsrecht te Groningen te raadplegen op www.flexbv.ez.nl.

Boschma en Snijder-Kuipers

H.E. Boschma en B. Snijder-Kuipers, 'De bescherming van het (doel)vermogen van de stichting en herstructurering', in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman, *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 45-60.

Bosse

W. Bosse, J.D. Schoonbrood, H.J. Breeman, J.A.M. ten Berg, *Statuten zonder bezwaar*, Preadvies KNB 11 oktober 2002.

Bouwens en Dierikx

A.M.C.M. Bouwens en M.L.J. Dierikx, *Op de drempel van de lucht: Tachtig jaar Schiphol*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1996.

Bovens

M. Bovens, 'Voorland Vlaanderen. België als maatschappelijk model', *De academische boekengids*, 2005/48, p. 15.

Boyle en Birds

A.J. Boyle en J. Birds' *Company Law*, Bristol: Jordan Publishing Limited 2007.

Braeckmans en Houben

H. Braeckmans en R. Houben, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen/Cambridge Intersentia 2012.

Van Brakel

S. van Brakel, *De Hollandsche handelscompagnieën der zeventiende eeuw: hun ontstaan, hunne inrichting*, Den Haag: Nijhoff 1908.

Brouwer en Van Kesteren

P. Brouwer/ G. van Kesteren, *Berigt aan de heeren reizigers. 400 jaar openbaar vervoer in Nederland*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008.

Bruggen

K. van der Bruggen, 'Critical infrastructures and responsibility: A conceptual exploration', *Safety Science* 2008/46, p. 1137-1148.

Brugmans

I.J. Brugmans, *Paardenkracht en mensenkracht: sociaal-economische geschiedenis van Nederland, 1795-1940*, Den Haag: Nijhoff 1961.

Buijn

F.K. Buijn, 'Privaatrechtelijke rechtspersonen: rechtspersoonlijkheid en rechtsvorm', in: J.B.J.M. ten Berge, S.E. Zijlstra, L. Timmerman, F.K. Buijn, *Preadviezen over het onderwerp: De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2000-I), Deventer: Tjeenk Willink 2000.

Buijs

D.C. Buijs, 'Het ser-advies over de structuurregeling', *Ondernemingsrecht* 2001/5, p. 116.

Bulk en Blaauwbroek

M. Bulk en A. Blaauwbroek, 'Betere borging diensten van publiek belang door de overheid?', *M&M* 2010/2, p. 81-87.

- Van der Burg
V.A.M. van der Burg, 'De van overheidswege benoemde commissaris', *WPNR* 5371/1985, p. 757.
- Van der Burg
V.A.M. van der Burg, 'Nogmaals: de van overheidswege benoemde commissaris', *WPNR* 5758/1985, p. 693.
- Van der Burg
V.A.M. van der Burg, 'Het functioneren van de van overheidswege benoemde commissaris (artt. 158 lid 12 en 268 lid 12 boek 2 BW)', *TVVS* 1989/2, p. 40.
- Cherednychenko
O.L. Cherednychenko, 'Contractsvrijheid van billijkheid in het huidige contractenrecht: kunnen grondrechten ons helpen?', *Contracteren* 2004/3.
- Cools
K. Cools, M. van Praag, 'Meerdere doelstellingen is geen doelstelling', *ESB*, 24 augustus 2001.
- Cornelis
L. Cornelis, E. de Keyser, D. D'Hooghe en F. VanDenDriessche, *De N.V. van publiek recht*, in: S. Baeten, K. Byttebier en K. Leus (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2000.
- Craig en De Búrca
P. Craig en G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011.
- Craig en De Búrca
P. Craig en G. de Búrca, *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press: Oxford 2011.
- Van Daelen en Huybens
M.M.A. van Daelen en J.H. Huybens, 'Europese ontwikkelingen en (de hervorming van) het BV-recht in verschillende lidstaten', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2010/4, p. 99-117.
- Van Damme
E.E.C. van Damme, 'Het wetsvoorstel markt en overheid: een economisch perspectief', in: H.J. de Ru, J.A.F. Peters en J.J. Sylvester (red.), *De Wet markt en overheid. Beschouwingen over een omstreden wetsvoorstel. Monografieën Overheid & Markt*, Den Haag: SDU Uitgevers 2002, p. 29-42.
- Dankers-Hagenaars
D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, J.A. van der Kolk, R.L. Latten en R. Leijenaar, 'Van Roodeschool naar Hoek van Holland: het spoorvervoer geliberaliseerd?', *TVR* 2002/1, p. 4.
- Davids
M. Davids, *De weg naar zelfstandigheid. De voorgeschiedenis van de verzelfstandiging van de PTT in 1989*, Hilversum: Verloren 1999.
- Davies
P. Davies, *Introduction to Company Law*, New York: Oxford University Press 2010.

Defares

K.J. Defares en S.M. Goossens, 'Het arrest Boiron: de pil verguld?', *NTER* 2007-1/2, p. 10.

Dekker en Duman

C.T. Dekker en M. Duman, 'Kroniek staatssteun 2008-2009', *SEW* 129 juni 6 2010, p. 231.

Delfos-Roy

Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, *Informatieverstrekking en informatievergaring in het kader van de toezichthoudende en raadgevende taak van de Raad van Commissarissen*, Deventer: Kluwer 1997.

Devroe

W. Devroe, *Privatisering en verzelfstandiging. Een verkenning vanuit nationaal en Europees economisch recht*, KU Leuven: Jura Falconis 2001.

Devroe

W. Devroe, 'Privatizations and Community Law: Neutrality versus Policy', *Common Market Law Review* 1997/34, p. 267-306.

Diamant en Kaptein

J. Diamant en F.J.L. Kaptein, 'De stroom loopt gewoon door', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2012/11.

Dierikx

M.L.J. Dierikx, *Blauw in de lucht. Koninklijke Luchtvaart Maatschappij 1919-1999*, Den Haag: Sdu 1999.

Dierikx

M.L.J. Dierikx, *De vrijheid in beeld: Nederland en Amerika, 1945-nu*, Den Haag: Sdu 1997.

Dijk/Van der Ploeg

P.L. Dijk en T.J. van der Ploeg, *Van vereniging, stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2007.

Van der Does & Snijders

J.A.E. van der Does en G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht*, (serie Monografieën Nieuw BW deel A-26), Deventer: Kluwer 2001.

Dölle & Elzinga

A.H.M. Dölle en D.J. Elzinga, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Donner

A.M. Donner, *Nederlands Bestuursrecht. Algemeen deel*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1987.

Dortmond

P.J. Dortmond, 'De overheidscommissaris terug van weggeweest?', *Ondernemingsrecht* 2008/175, p. 594.

Dortmond

P.J. Dortmond, *Stemovereenkomsten rondom de eeuwwisseling*, Deventer: Kluwer 1999.

Drijber

B.J. Drijber, 'Gouden aandelen verder in de min', *NTER* 2003/7-8, p. 185.

Drijber

B.J. Drijber, 'Interne markt en publieke voorzieningen: een schijntegenstelling', *SEW* 2007/7/8, p. 258-264.

Dunne

N. Dunne, 'Knowing When to See It: State Activities, Economic Activities, and the Concept of Undertaking', *Columbia Journal of European Law* 2010/16, p. 431-432.

Duynstee

J.A.T.J.M. Duynstee, *Beschouwingen over de stichting naar Nederlands privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1970.

Ebbers

H. Ebbers, *Economische bedrijfsomgeving*, Amsterdam: Pearson Education Benelux BV 2005.

Van Eck en Mos

G.C. van Eck en J. Mos, 'De algemene vergadering aan (statutaire) banden?', *V&O* 2004/12, p. 206.

Eijlander

Ph. Eijlander, 'Zelfstandige bestuursorganen: mogen ze blijven?', *RM Themis* 2005/3, p. 139-140.

Van der Elst

C. Van der Elst, 'Corporate governance op het snijvlak tussen wetgeving en aanbeveling', Financial Law Institute, universiteit Gent, *Maandschrift Accountancy & Bedrijfskunde* 2006, p. 11.

Van der Elst

C. van der Elst, *Management, decision-making and supervision of Belgian state owned enterprises: an inefficient patchwork?*, Financial Law Institute, Universiteit Gent 2006.

Van Erp

J.H.M. van Erp, 'Europees privaatrecht en rechtsvergelijking (2). Wat wordt nu eigenlijk verstaan onder "Europees privaatrecht" en bestaat er "Europees" goederenrecht?', *WPNR* 2000(6408), p. 477.

Evers

G.J.M. Evers, 'Certificatie als instrument van overheidsbeleid. Zoeken naar gebruiksvoorschriften' *OB* 2003/9, p. 8-12.

Fase

M.M.G. Fase, *Tussen behoud en vernieuwing: geschiedenis van de Nederlandsche Bank 1948-1973*, Den Haag: SDU Uitgevers 2000.

Feld

J.M.T. Feld, 'Publiek aandeelhouderschap energiebedrijven: rapport Commissie Kist', *Bb* 2008, nr. 71.

Feld en Reintjes

J.M.T. Feld en S.J.W.H. Reintjes, 'Gerechtshof Den Haag: splitsen energiebedrijven in strijd met het Europese recht', *Bb* 2010/24, nr. 49.

FIDE rapport

Public capital and private capital in the internal market (Proceedings of the FIDE XXIV Congress Madrid 2010 Vol. 3), Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid 2010.

Foreman-Peck

J. Foreman-Peck, 'The Privatization of Industry in Historical Perspective', *Journal of Law and Society* 1989, vol. 16, no. 1, p. 129-148.

Fredriksen

H.H. Fredriksen, 'The EFTA Court 15 Years On', *International and Comparative Law Quarterly* 2010/59, p. 742-743.

Frentrop

P.M.L. Frentrop, *Corporate governance 1602-2002. Ondernemingen en hun aandeelhouders sinds de VOC* (diss. 2002 Tilburg), Amsterdam: Prometheus 2002.

Gaastra

F.S. Gaastra, *De geschiedenis van de VOC*, Zutphen: Walburg Pers 2002.

Galle

R.C.J. Galle, 'De flexibele vereniging', *WPNR* 2005/6621.

Galle en Van der Sangen

R.C.J. Galle, G.J.H. van der Sangen (red.), *De coöperatieve onderneming; vijf thema's over de veranderende rol van de coöperatie*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Gamble

A. Gamble, 'Privatization, Thatcherism, and the British State', *Journal of Law and Society* 1989, vol. 16, no. 1, p. 1-20.

Gerven

D. van Gerven, *Handboek verenigingen. De verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid, de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk, de beroepsverenigingen en de buitenlandse verenigingen*, Biblio 2004 Kalmthout.

Van Gestel

R.A.J. van Gestel, 'Vertrouwen in een lerende wetgever', *RegelMaat* 2011 (26) 1, p. 7-22.

Gilliams

H. Gilliams, 'Steun aan financiële instellingen na Lehman: een 'stresstest' voor de regels inzake staatssteun', *SEW* aug 2010, nr. 7/8, p. 281.

De Goede & Troostwijk

B. de Goede en M. Troostwijk, *Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen* (Preadviezen algemene vergadering 18 mei 1956, Geschriften van de Vereniging voor administratief recht), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink NV 1956.

Greef

R.J.M.H. de Greef, 'Inventarisatie spontane vernietigingsbesluiten van de Kroon 1993-2004', *Gemeentestem* 2006/55.

De Greef, Huntjens en Oud

R.J.M.H. de Greef, L.C.L. Huntjens en N.M. Oud, 'Verbonden partijen: de lusten en lasten van verzelfstandiging', *NTB* 2012/6 (2), p. 38-46.

Groenewald

Zie Th. Groenewald, *Doeloverschrijding bij NV en BV. een rechtsvergelijkend onderzoek naar de uitvoering van de bepalingen omtrent doeloverschrijding in artikel 9 eerste EG-richtlijn inzake het vennootschapsrecht*, Deventer: Kluwer 2001.

Groenewald

Th. Groenewald, 'Equity carve-outs' *Ondernemingsrecht* 2000/7, p. 175.

Van de Gronden

J.W. van de Gronden, 'Niet-economische belangen en het mededingingsrecht: het Europese en Nederlandse kader', in: J.W. van de Gronden en K.J.M. Mortelmans (red.), *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer: Kluwer

De Groot

C. de Groot, 'Bezoldiging van bestuurders van naamloze vennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2005/14, p. 464-470.

De Groot

C. de Groot, 'Een beloningscode voor de financiële sector', *O&F* 2010 (18)3, p. 5-31.

De Haan

P. de Haan, *Het moderne bestuursrecht en de verhouding publiek-/privaatrecht* (Pre-advies voor de christen juristenvereniging), Den Haag: SDU 1998.

De Haan

P. de Haan, *Publiek- en Privaatrecht; overheidsbeleid en recht*, Deventer: Kluwer 2002.

De Haan

P. de Haan, *Recente ontwikkelingen in de verhouding publiek-/privaatrecht*, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen 1999

De Haan, Drupsteen en Fernhout

P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, deel 1: ontwikkeling, organisatie, instrumentarium*, Deventer: Kluwer 1996.

De Haan, Drupsteen en Fernhout

P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, deel 2: Bestuurshandelingen en waarborgen*, Deventer: Kluwer 1998.

Hamers

J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz, B.T.M. Steins Bisschop (red.), *Noodzaak, plicht of wenselijkheid van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen: een multidisciplinaire verkenning*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Hancher

L. Hancher, 'European utilities policy: The emerging legal framework', *Utilities Policy* 1991/1 (3), p. 255-266.

Hancher, Ottervanger en Slot

L. Hancher, T. Ottervanger en P.J. Slot, *EU State Aids*, Londen: Sweet & Maxwell 2012.

Hancher en Sauter

L. Hancher en W. Sauter, 'Het nieuwe Altmark-pakket vastgesteld door de Commissie', *M&M* 2012/1, p. 31.

Harten

H.J. van Harten, 'Over innemen en afscheiden; tussen vrij verkeer en alcohol-monopolie', *NTER* 2007/10, p. 185-190.

Hautecloucq en Rious

A. de Hautecloucq en V. Rious, 'Reconsidering the European regulation of merchant transmission investment in light of the third energy package: The role of dominant generators', *Energy Policy* 2011/39, p. 7068-7077.

De Heer

G.C. de Heer, 'Benoeming van een 'structuurcommissaris' bij een niet-structuurvennootschap valt buiten artikel 2:356BW', *V&O* 2002/5, p. 88.

Van der Heijden

E.J.J. van der Heijden, *De ontwikkeling van de Naamloze Vennootschap in Nederland vóór de codificatie* (diss. Utrecht), Amsterdam: Boekh. en uitg.-zaak 1908.

Van der Heijden en Van der Grinten

E.J.J. van der Heijden en W.C.L. van der Grinten, 'Handboek voor de Naamloze en Besloten Vennootschap' (1976).

Den Heijer

H.J. den Heijer, *De geotrooieerde compagnie: de VOC en de WIC als voorlopers van de naamloze vennootschap* (Ars Notariatus 128), Deventer: Kluwer 2005.

Henssler

Henssler/Strohn/Maier-Reimer, *Gesellschaftsrecht*, Verlag C.H. Beck: München 2011.

Hirsch Ballin

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Bijdrage van de Minister van Justitie over de rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming', *Ondernemingsrecht* 2007/16, p. 586.

Hoefnagel en Derksen

F.J.P.M. Hoefnagel, W.J. Derksen, 'Het wetsontwerp overheid en markt en het borgen van publiek belang', in: H.J. de Ru, J.A.F. Peters en J.J. Sylvester (red.), *De Wet markt en overheid. Beschouwingen over een omstreden wetsvoorstel. Monografieën Overheid & Markt*, Den Haag: SDU Uitgevers 2002.

Honée

H.J.M.N. Honée, *De overheidscommissaris en de norminstructies van het vennootschappelijk belang* in: 'Goed & trouw', Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984.

Hooghe

M. Hooghe, *Sociaal kapitaal in Vlaanderen. Verenigingen en democratische politieke cultuur*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2003.

Houben

I.S.J. Houben, *Contractdwang*, Kluwer: Deventer 2005.

Houben

R. Houben, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen/Cambridge Intersentia 2012.

Houwing

Ph.A.N. Houwing, *Subjectief recht, rechtssubject, rechtspersoon* (diss. Leiden 1939), Zwolle: Tjeenk Willink 1939.

Huijgen

W.G. Huijgen, *Aansprakelijkheid van de overheid. Graadmeter voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1991.

Huijgen

W.G. Huijgen, 'Artikel 6:162 BW en de doorkruising van het publiekrecht', *WPNR* 1992/6074, p. 964-969.

Huijgen

W.G. Huijgen, *Kwartaalbericht Nieuw BW*, 1991/4.

Huizink

J.B. Huizink, 'Het vennootschapsrecht en de werkelijkheid', *WPNR* 2009/6803, p. 531-533.

Huizink

J.B. Huizink, 'Privaatrecht Actueel. Het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming: te ver doorgeschoten?', *WPNR* (2013) 6982, p. 535-537.

Huizink (Rechtspersonen)

J.B. Huizink, *Rechtspersonen. Boek 2 BW*, Deventer: Kluwer (losb.), artikel 2:132 BW, aant. 10.

Huizink

J.B. Huizink, 'Zorgplichten in het concern', *O&F* 2010/4, p. 17.

Huygen

A. Huygen, 'Waar blijven de wetenschappers', *NJB* 2004/174.

Van den Ingh, Bos en Oerlemans

F.J.P. van den Ingh, E. Bos, P.C.J. Oerlemans, *De stichting als ondernemingsvorm*, Deventer: Kluwer 1993.

Jak en Zijlstra

N. Jak en S.E. Zijlstra, 'De overheidsstichting: een tussenstand', in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman, *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 191-214.

Jans

J. H. Jans, 'Evenredigheid revisited?', *SEW* 2000/7-8, p. 270-282.

Jansen

R.W.J. Jansen, *Prestatie-onderzoek naar Nederlandse overheidsbedrijven. Case-studies naar de Staatsmijnen, de NV Nederlandse Spoorwegen en de Nederlandse Centrale organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek* (diss. Maastricht 1993).

Johnson

S. Johnson, 'The Rise of Sovereign Wealth Funds', *F&D*, september 2007/3.

Johnston

A. Johnston, A. Kavali en K. Neuhoff, 'Take-or-pay contracts for renewables deployment', *Energy Policy* 2008/36 (7), p. 2502.

Jonckers Nieboer

J.H. Jonckers Nieboer, *Geschiedenis der Nederlandsche Spoorwegen 1932-1938*, Rotterdam: Nijgh & Van Ditmar 1938.

Jones

A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011.

De Jongh

J.M. de Jongh, 'Redelijkheid en billijkheid en het evenredigheidsbeginsel, in het bijzonder in de verhouding van aandeelhouders tot het bestuur', *Ondernemingsrecht* 2011/124, p. 608-618.

De Jongh, Schild en Timmerman

J.M. De Jongh, A.J.P. Schild en L. Timmerman, 'Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW?', in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen*, preadvies NJV 2010.

Jurgens & Van Ommeren

G.T.J.M. Jurgens en F.J. van Ommeren, 'Publiekrecht in Engeland: Roomser dan de Paus? De opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht', *NTB* 2009.

Kapteyn – VerLoren van Themaat

Kapteyn – VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003.

Kessler

M.C. Kessler, 'Les grands corps de l'État', *La Revue administrative* 1986/231, p. 221-228.

Kikeri & Kolo

S. Kikeri, A.F. Kolo, *Privatization: trends and recent developments. World Bank Policy Research Working Paper 3765*, London: november 2005.

Kluiver

H.J. de Kluiver, 'Van commissarissen en ondernemingsraden', *Ondernemingsrecht* 2001/1, p. 28.

Kluiver

H.J. de Kluiver, *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht*, Den Haag, 6 mei 2004 (Rapport van de Expertgroep onder leiding van H.J. de Kluiver).

Knook

A.D.L. Knook, 'Nieuwe regelgeving diensten van algemeen economisch belang', *BR* 2012/2, nr. 13.

Knoop

J. van der Knoop, *Tussen toezichten en meesturen. De rol van commissarissen in en tussen grote vennootschappen*, (diss. Groningen), Groningen: Thesis 1991.

Knops

H.P.A. Knops, *A Functional Legal Design for Reliable Electricity Supply. How technology affects law*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2008.

Knops en Nijland

H.P.A. Knops en J. Nijland, 'Reactie op: de verwarde onderneming', *ESB*, 2008/93, p. 189.

Kol

H. van Kol, *Staatsbedrijven en staatsmonopolies*, Amsterdam: N.V. Boekhandel en uitg.-mij. "Ontwikkeling" 1918.

Koppert-van Beek & Koppert

M.S. Koppert-van Beek en W.J. Koppert, 'De omgang met RvC en OR bij afstoting van bedrijfsactiviteiten', *O&F* 2004/63, p. 4.

Korah

V. Korah, 'Advocate General Jacobs' Contribution to Competition Law', *Fordham International Law Journal* 2009/29 (4).

Korst

P.J. van der Korst, 'Aanwijzingsbevoegdheid en instructiemacht in concernverhoudingen', *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk* 2010/7, p. 270-275.

Koster

H. Koster, 'Innovatie in het ondernemingsrecht', *NJB* 2012/24, p. 1641.

Krans

A. van der Krans en J.B.J. van der Kolk, 'Van belangenpluralisme naar een dominanter wordend aandeelhoudersbelang en de inzetbaarheid van beschermingsconstructies', *O&F* 2008/2, p. 23-40.

Kronenberger

V. Kronenberger, 'A Model of the Transformation Process of Statutory Monopolies in European Community Law: From Practice to Theory', *European Business Organization Law Review* 2001/2, p. 301-338.

Lavrijssen

S.A.C.M. Lavrijssen en D. Özmis, 'Naar een effectief toezicht op de woningcorporaties. Balanceren tussen staat en markt', *RegelMaat* 2010/3, p. 109-122.

Ledeboer

Ph.A. Ledeboer, 'Tegenstrijdig belang; terug naar de kern!', *O&F* 2008/2, p. 79.

Lennarts en Schutte-Veenstra

M. L. Lennarts en J. N. Schutte-Veenstra, *Versoepeling van het bv-kapitaalbeschermingsrecht*, 31 maart 2004 (Onderzoeksrapport van het Instituut voor Ondernemingsrecht te Groningen, te raadplegen op www.flexbv.ez.nl).

Lennarts, Van Veen en Zaman

M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman, *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Van der Linde

R. van der Linde, 'De staat als aandeelhouder: een plaatsbepaling', *O&F* 2008/77-78, p. 30-42.

Löwenberg

M. Löwenberg, 'Bestuursautonomie en instructiebevoegdheid binnen het concern', *V&O* 2005/12, p. 214.

Lubach

D.A. Lubach, 'De verhouding privaats-publiekrecht in het licht van het NBW', in: D.A. Lubach en W.A.M. van Schendel, *Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht* (Preadvies Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCIV), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986.

Maatman

R.H. Maatman: 'Strips, cessie en certificering van staatsleningen' in: *Overheid en onderneming, tussen publiek en privaat ondernemen* (serie Onderneming en Recht deel 10), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Maeijer

J.M.M. Maeijer, *Het belangenconflict in de naamloze vennootschap*, Deventer: Kluwer 1964.

Maeijer

J.M.M. Maeijer, *Naamloze en Besloten Vennootschap, Wetsgeschiedenis III*, Alphen aan de Rijn 1969, IX f-61.

Maeijer

J.M.M. Maeijer, 'Privatisering. Nadere verkenning van een al te gemakkelijk ingeslagen weg', in: *Drie Nijmeegse redes. Beschouwingen over financiering, enquête-*

- recht en privatisering*. Vennootschapsrecht- en rechtspersonenrecht Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut Deel 59, Deventer: Kluwer 1998.
- Malmendier
Ulrike Malmendier, *Societas Publicanorum. Staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer. Forschungen zum Römischen Recht*, Köln/Weimar/Wien: Verlag Böhlau 2002
- Mann
T. Mann, *Die öffentlich-Rechtliche Gesellschaft: zur Fortentwicklung des Rechtsformenspektrums für öffentliche Unternehmen*, Mohr Siebeck 2002.
- Manunza
E.R. Manunza, 'De zig-zag koers van de EG op het terrein van verzelfstandigen', in: H.J. de Ru en J.A.F. Peters (red.), *Verzelfstandiging en marktwerking. Stand van zaken en perspectieven*, Den Haag: SDU uitgevers 2002
- Meggison en Netter
W.L. Megginson en J.M. Netter, 'From State To Market: A Survey Of Empirical Studies on Privatization', *Journal of Economic Literature* 2001/39, p. 321-389.
- Meijers
Zie E.M. Meijers, 'De betekenis van het probleem der rechtspersoonlijkheid voor de praktijk', *WPNR* 1932, 3285/3286/3287.
- Meinema
M. Meinema, *Dwingend recht voor de besloten vennootschap. Een beschouwing over de contractsvrijheid van aandeelhouders in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Maastricht 2003), Deventer: Kluwer 2003.
- Mendel
M.M. Mendel, *Het vennootschappelijk belang mede in concernverband beschouwd* (oratie Leiden 1989), Deventer: Kluwer 1989.
- Mendel
M.M. Mendel, *Hoofdzaken NV en BV*, Deventer: Kluwer 2007.
- Mendel en Oostwouder
M.M. Mendel en W.J. Oostwouder, 'Het vennootschappelijke belang na recente uitspraken van de Hoge Raad. Een onvoldoende opgemerkte, ingrijpende ontwikkeling', *NJB* 2013/1776, 29, p. 1965-1972.
- Merle
P. Merle, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz: Paris 2009.
- Meulman
J. Meulman, 'Na het Groenboek over Diensten van Algemeen Belang: naar een horizontale aanpak van overheidsinterventie?', *SEW* 2004/3, p. 98-107.
- Meulman
J. Meulman, 'Reactie op "Financiële zekerheidsovereenkomsten" van prof. mr. J.H.M. van Erp in WPNR (2004) 6601. Nogmaals de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten – Een Europese barrière voor de Nederlandse implementatiewet? –', *WPNR* 2005/6615, p. 248-251.
- Michiels
F.C.M.A. Michiels, *Hoofdzaken van het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2009.
- De Mik
B. de Mik, 'Verbonden met de overheid. Neveneffecten van de financiële crisis', *WFR* 2010/978, p. 978-983.

Mortelmans

K.J.M. Mortelmans en H.A.G. Temmink, 'Het wetsvoorstel Markt en Overheid in een Europeesrechtelijk perspectief: concurrerende stelsels?', *NTER* 2002/10, p. 245.

Munneke

S.A.J. Munneke, 'Het wetsvoorstel revitalisering generiek toezicht', *TvCR* 2011/4, p. 415-424.

De Muynck

T. De Muynck, 'De aandeelhouders en het vennootschapsbelang in Duitsland vergeleken met België', *Jura falconis*, 1998-1999/2, p. 235.

Nay

O. Nay, 'European Community Policy in France: The State Bounces Back', *Journal of European Integration* 2002, vol. 24, issue 3, p. 245-260.

Nieuwe Weme en Van Solinge

Nieuwe Weme en Van Solinge, 'Beschermingsmaatregelen tegen vijandige biedingen: beperkingen en nieuwe mogelijkheden', *Ondernemingsrecht* 2006/6, p. 211-220.

Nieuwenhuis

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.

Nijland

J. Nijland, 'De 'maatschappelijke onderneming': wenselijkheid en noodzaak nader bezien', *MvV* 2005/62, p. 62-66.

Nijland

J. Nijland, 'Ontslag bestuurders stichting Islamitische basisschool', *JBN* 2008/18, p. 12-14.

De Nooij en Baarsma

M. de Nooij en B. Baarsma, 'Divorce comes at a price: An ex ante welfare analysis of ownership Unbundling of the distribution and commercial companies in the Dutch energy sector', *Energy Policy* 2009/ 37, p. 5449-5458.

Norberg

Johan Norberg, *In Defense of Global Capitalism*, Washington D.C: Cato Institute 2003.

OECD

OECD (2011), 'The size and composition of the SOE sector in OECD countries', *OECD Corporate Governance Working Papers*, nr. 5.

Olaerts

M. Olaerts, 'De beperkte bestuurder', *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* 2012/2, p. 45-51.

Olaerts

M. Olaerts, 'Perikelen in Concernverhoudingen', *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* 2011/1, p. 6-13.

Van Olffen

M. van Olffen, 'Inrichting van de statuten zonder preventief toezicht', in: *A-T-D, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. P. van Schilfgaarde*, Deventer: Kluwer 2000, p. 340.

Van Ommeren en Vermont

F.J. van Ommeren en J. Vermont, 'Uit-, aan- en inbesteding in het publiek- en privaatrecht? De uitbesteding van het recht om huishoudelijk afval in te zamelen,' *De Gemeentestem* 2007/7266, p. 29-37.

Ooststroom

H.P.C. van Ooststroom, *Marktwerking en regulering bij spoorwegen. Theorie, empirie en beleid* (diss. VU 1999), Amsterdam 1999.

Oving

H.E. Oving, *Iets over vennootschappen van koophandel in Frankrijk*, (diss. Leiden) L.J. Veen: Amsterdam 1895.

Parkinson

John Parkinson, 'Inclusive Company Law', in: *The Reform of United Kingdom Company Law*, Londen: Cavendish Publishing Limited 2002.

Parleani

G. Parleani, 'L'action spécifique "à la française" est morte; vive l'action spécifique "à l'européenne"!,' *Revue des sociétés* 2002, p.523-528.

Patel

S. Patel, 'Accounting for policy change through multi-level analysis: the reform of the Bank of England in the post-war era', *Policy Studies* 2009/30-3, p. 333-346.

Pavaux, Maguet, Bathe

J. Pavaux, A. Maguet, C. Bathe, *The Potential Impact of Air Transport Liberalisation on Airport Competition in Northern Europe*, Institute of Aviation Transport (IAT): Paris 1986.

Peters

J.A.F. Peters, *Publiekrechtelijke rechtspersonen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Pitlo

Pitlo/Raaijmakers, *Vennootschaps- en rechtspersonenrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000.

Van der Ploeg

T.J. van der Ploeg, *Recht rondom het goede doel. Juridische aspecten van de filantropie*, Utrecht: Uitgeverij de Graaff 2004.

Van der Ploeg, De Ru en Sap

T.J. van der Ploeg, H.J. de Ru en J.W. Sap, *In plaats van overheid. Recht scheppen door particuliere organisaties*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Pollit

M.G. Pollitt, 'Ownership Unbundling of Energy Networks', *Intereconomics* 2007, p. 292-296.

Poole

M. Poole, R. Mansfield, M. Martinez-Lucio en B. Turner, 'Change and Continuities within the Public Sector: Contrasts between Public and Private Sector Managers in Britain and the Effects of the Thatcher Years', *Public Administration* 1995/73, p. 272-273.

Portengen en Groot

H.J. Portengen en K.E. Groot, 'Winstverdeling krachtens overeenkomst', *V&O* 2004/6, p. 102.

Priester

H.J. Priester, W. Bayer (red.), *Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht*, Verlag C.H. Beck: München 2011.

Prinsen

H.M. Prinsen en R.M.M. Vossen, *Eindrapport Naleving en handhaving van de Wet Verontreiniging Oppervlakte wateren in 2000-2001*, Den Haag: ministerie van Justitie 15 oktober 2002.

Prosser

T. Prosser, *The Limits of Competition Law, Markets and Public Services*, New York: Oxford University Press 2005.

Quist

P.H.H. Quist, 'De Flex-BV in vogelvlucht (I)', *WPNR* 2012/6938, p. 536.

Raaijmakers en Prinsen

G.T.M.J. Raaijmakers en J.J. Prinsen, 'De overheidscommissaris revisited', *O&F* 2009/2, p. 29-38.

Raiser

T. Raiser en R. Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, München: Verlag Franz Vahlen 2010.

Reigner

H. Reigner, 'Multi-level governance or co-administration?', *Policy & Politics* 2001, vol. 29, nr. 2, p. 181-192.

Rickford

Jonathan Rickford, 'A History of the Company Law Review', in: *The Reform of United Kingdom Company Law*, Londen: Cavendish Publishing Limited 2002.

Rogers

V. Rogers, 'Europeanization through Regionalization? Reforming the French Railways', *Journal of Contemporary European Studies* 2007/15-2, p. 215-230.

Roggenkamp

M.M. Roggenkamp, 'Splitsing energiebedrijven en de gevolgen voor gemeenten en provincies', *Gst.* 2006, nr. 100.

Rood

M.G. Rood, 'Het wonder voorbij', *RM Themis* 2001/7, p. 197.

Van Rossum

A.A. van Rossum, 'Contracteren met de overheid. Wanneer mag de overheid gebruikmaken van het privaatrecht en welke normen zijn op privaatrechtelijk handelen van de overheid van toepassing?', *Contracteren* 2005/4.

De Ru (red.)

H.J. de Ru (red.), *Privatisering in de praktijk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

De Ru

H.J. de Ru, *Staat, markt en recht. De gevolgen van privatisering voor het publiekrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

De Ru

H.J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen. Juridische aspecten en de gevolgen daarvan voor het economisch beleid* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981.

De Ru, Peters & Sylvester

H.J. de Ru, J.A.F. Peters en J.J. Sylvester (red.), *De Wet markt en overheid. Beschouwingen over een omstreden wetsvoorstel. Monografieën Overheid & Markt*, Den Haag: SDU Uitgevers 2002.

De Ru en Wettenhall

H.J. de Ru en R. Wettenhall, 'Progress, benefits and costs of privatization: an introduction', *International Review of Administrative Sciences* 1990/56, p. 7-14.

Saanen

N. Saanen, *Wegen door Brussel. Staatssteun en publieke belangen in de vervoersector* (diss. Delft), Enschede: GildePrint Drukkerijen 2013.

Sanders

P. Sanders en W. Westbroek, *BV en NV: Het nieuwe ondernemingsrecht* (bewerkt door F.K. Buijn en P.M. Storm), Deventer: Kluwer 2005.

Sangen

G.J.H. van der Sangen, M.J.G.C. Raaijmakers, 'Modernisering van het BV-recht en crediteurenbescherming. Beschouwingen naar aanleiding van de plannen tot flexibilisering van het BV-recht, in het bijzonder de regels van kapitaalbescherming', *TvOB* 2004/6, p. 247-257.

Sap

J.W. Sap, B.P. Vermeulen & C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003.

Sauter

W. Sauter, 'De herziening van het Altmark-pakket. Nieuwe regels voor staatssteun en diensten van algemeen economisch belang', *M&M* 2011/6, p. 228-229.

Sauter

W. Sauter, 'Diensten van algemeen economisch belang en universele dienstverplichtingen in de gezondheidszorg', *M&M* 2008/1, p. 6.

Scheltema

M. Scheltema, 'Een bijzondere positie voor de overheid in het overeenkomstenrecht? Of: aandacht voor de bestuursrechtelijke overeenkomst?', *WPNR* 1992/6074.

Scheltema

M. Scheltema, 'Het voorontwerp voor de maatschappelijke onderneming: een goed begin, maar nog onvoldragen', *Ondernemingsrecht, Themanummer: 'De maatschappelijke onderneming'*, 2007/16, p. 587.

M.W. Scheltema

M.W. Scheltema, 'De invloed van bestuursrechtelijke normen op het privaatrecht', *MvV* 2013/7-8, p. 186-192.

M.W. Scheltema

M.W. Scheltema, 'Doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht in drievoud', *Vermogensrechtelijke Analyses* 2009/2.

Scheltema en Scheltema

M. Scheltema en M.W. Scheltema, 'De verhouding tussen publiek- en privaatrecht', *NJB* 2004/15, p. 768-776.

Scheltema en Scheltema

M.W. Scheltema en M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Schild

A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 2012.

Schild

F.D. Schild, 'Staatssteun en diensten van algemeen economisch belang: supersnel internet en oud papier', *AA* 2006/3, p. 182-187.

Van Schilfgaarde

P. van Schilfgaarde, 'Beantwoording rechtsvraag', *WPNR* 1997/6255, p. 86.

Van Schilfgaarde

P. van Schilfgaarde, 'Statuten zonder bezwaar', *WPNR* 6503/2002, p. 639.

Van Schilfgaarde

P. van Schilfgaarde, *Van de NV en de BV* (bewerkt door J. Winter) Deventer: Kluwer 2009

Schlössels

R.J.N. Schlössels, 'Dimensies van rechtsbeginselen. Enige observaties vanuit het bestuursrecht', in: *In beginsel*, Deventer: Kluwer 2004.

Schlössels en Stroink

R.J.N. Schlössels en F.A.M. Stroink, *Kern van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Schlössels en Zijlstra

R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010.

Schneider

M. Schneider, *De voorgeschiedenis van de "Algemeene Landsdrukkerij"* (diss. Leiden), Den Haag: Algemeene Landsdrukkerij 1939.

Scholten

Y. Scholten, 'De commissaris', *Bundel Recht zo die gaat*, Zwolle 1976, p. 134.

Schreuder

C.A. Schreuder, *Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen. Verzelfstandiging en privatisering in de vorm van vennootschappen en stichtingen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.

Schroten

K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Schutte-Veenstra en Boschma

J.N. Schutte-Veenstra & H.E. Boschma, 'Commentaar bij Titel 4 Boek 2 BW: Naamloze vennootschappen, afdelingen 1,2, en 3', in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2011.

Schutte-Veenstra

J.N. Schutte-Veenstra en M.A. Verbrugh, 'De SE: pro's en con's', *Ondernemingsrecht* 2011/5, p. 23-27.

Sealy en Worthington

L. Sealy en S. Worthington, *Cases and Materials in Company Law*, Oxford: Oxford University Press 2008.

SER

SER-advies, *Overheid en markt: het resultaat telt! Voorbereiding bepalend voor succes* (advies van 19 maart 2010, SER 10/01), Den Haag: SER 2010.

Simons

D. Simons, 'De rechtsvormen van de overheidsonderneming', *WPNR* 1970/5067, p. 69-73.

Slagter

W.J. Slagter, *Compendium van het Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005

Slagter

W.J. Slagter, 'De eerste Structuur-N.V. in Nederland', *TVVS* 1972/3, p. 109.

Slagter

W.J. Slagter, 'De metamorfose van de aandeelhouder', *NJB* 2012/29, p. 2036-2039.

Slot

P.J. Slot, 'Overheid en markt: golden shares en andere instrumenten', *AA* 2012, p. 51.

Slot, Park en Cuyvers

P.J. Slot, M. Park en A. Cuyvers, 'Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd', *Markt&Mededinging* 2007/4, p. 101-112.

Sluysmans en Timmer

J.A.M.A. Sluysmans en M.J.W. Timmer, 'De Interventiewet en de SNS-onteygening', *MvV* 2013/7-8, p. 214-218.

Spinnewijn

H. Spinnewijn, *Overheidsparticipaties in de marktsector*, rapport van 14 juli 2011.

Spinnewijn

H. Spinnewijn, *Overheidsparticipaties in de marktsector in België, 1997-2003*, Planning Paper 99 van het Federaal Planbureau, januari 2006.

Spoor

A.R. Spoor, 'De Societas Cooperativa Europaea', *Bb* 2010/7, p. 27-30.

Staal

H.W.M.A. Staal, 'Markt en politiek', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010/10, p. 3-4.

Steins Bisschop

B.T.M. Steins Bisschop, *Maatschappelijk verantwoord ondernemen en het ondernemingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Stevens

S.A. Stevens, *De belaste overheid* (Fiscale monografieën 109), Deventer: Kluwer 2003.

Stevens

T. Stevens, 'De overheid als aandeelhouder', in: P.J. van der Korst, R. Abma en G.T.M.J. Raaijmakers, *Handboek onderneming en aandeelhouder*, Deventer: Kluwer 2012, p. 443 e.v.

Steyger

E. Steyger, 'Hybride organisaties in Europeesrechtelijk perspectief', *Bestuurswetenschappen* 2010/5, p. 74-87.

Steyger

E. Steyger, 'Vrij verkeer en mededinging: toenadering van privaat en publiekrecht', *NJB* 2012/30, p. 2114-2121.

Stout

H.D. Stout, 'Solide Hybride: naar een hybridisering van de vennootschapsstructuur van nutsbedrijven', *Bestuurswet* 2010/1, p. 78-93.

Stroink

F.A.M. Stroink, *De groei en bloei van het bestuursrecht*, (afscheidsrede gehouden op 16 juni 2006 Universiteit Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgever 2006.

Struiksma

J. Struiksma, *Deregulering met behoud van ellende* (oratie VU), te raadplegen via www.vu.rechten.nl, juni 2003.

Sylvester

J. Sylvester, *De praktijk van privatisering. Een verkenning* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: SDU Uitgevers 1999.

Szyszczak

E. Szyszczak, 'Golden Shares and Market Governance,' (29) *LIEI* 2002 (4), 255-284.

Szyszczak

E. Szyszczak, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Portland: Hart Publishing 2007.

Tak

A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk kleed*, Den Haag: VUGA Uitgeverij 1997.

Teulings

C.N. Teulings, A.L. Bovenberg, & H.P. van Dalen, *De calculus van het publieke belang*, Den Haag: Kenniscentrum voor orderingsvraagstukken 2003

Thirion

N. Thirion, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché: aspects juridiques*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence: Parijs 2002.

Timmerman

L. Timmerman, 'Ondernemingsrecht en economische orde', *SEW* 1977, p. 288.

Tirard

M. Tirard, 'Privatization and Public Law Values: A View from France', *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2008, vol 15, no. 1, p. 285-304.

Tobler

R.C. Tobler, 'Zur Beteiligung der Schweiz an der IT-Agentur', *Jusletter* 1 oktober 2012

Tobler en Beglinger

R.C. Tobler en J.J. Beglinger, *Essential EU Law in Charts*, Budapest: HVG-Orac 2010.

Treurniet

W.C. Treurniet, 'De nieuwe richtlijnen', *De Naamloze Vennootschap* 1968-69, p. 157

Valen

M. A. Valen, 'Het SER-advies betreffende de structuurregeling: de positie van de certificaathouders herijkt en verrijkt', *V&O*, 2001/3, p. 43.

VanDenDriessche

F. VanDenDriessche, *Publieke en private rechtspersonen. Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge: Die Keure 2004.

Veen

G.A. van der Veen, 'Gemeentelijke contracten en het gelijkheidsbeginsel', *Gst.* 2010/115, p. 582-584.

Veen

G.A. van der Veen, 'Primaat van het publiekrecht en grondrechtelijke beperkingen op de contractsvrijheid', *NTBR* 1996/8, p. 197-200.

Veenendaal

A.J. Veenendaal, *Spoorwegen in Nederland van 1834 tot nu (2004)*, Amsterdam: Boom 2004.

Verbrugh

M.A. Verbrugh, 'Naar een Europese BV? Het voorstel voor een SPE-Verordening nader bezien in het licht van de SE en enkele recente Europese ontwikkelingen', *Journal Ondernemingsrecht* 2011.

Vermeulen

B.P. Vermeulen, 'De publieke taak: een veelzijdig begrip' in: J.W. Sap, B.P. Vermeulen & C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003

Versteegh

C.R.M. Versteegh, *De goede doelstichting. Naar een systeem van overheidstoezicht? Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Utrecht: Lemma BV 2003.

Vidal

D. Vidal, *Droit des societes*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence: Parijs 2003.

Villard

P. Villard, 'Changing Frames of Reference and Regulatory Structures: French Airport Policy in Transition', *Journal of Public Policy* 2011/31, p. 73-93.

Visser

R.K. Visser, *In dienst van het algemeen belang. Ministeriële verantwoordelijkheid en parlementair vertrouwen* (diss. Leiden), Amsterdam: Boom 2008.

Vlies

I.C. van der Vlies, *Algemene begrippen. Hoofdstuk 1 en 2 Awb* (serie Studiepockets staats- en bestuursrecht deel 35), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Voorde

H. ten Voorde, 'De Europese besloten vennootschap (SPE) in de praktijk', *Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk* 2009/8, p. 287-290.

Vossestein

G.J. Vossestein, 'De bevoegdheid van de Europese Gemeenschap tot regeling van het vennootschapsrecht', *WPNR* 2002/6481, p. 247-253.

Vossestein

G.J. Vossestein, 'Gouden aandelen', *WPNR* 6512/2002, p. 807-812.

Vuylsteke

C. Vuylsteke, *Techniques of Privatization of State-Owned Enterprises, Vol. I, Methods and Implementation*, World Bank Technical Paper nr. 88, 1988.

Wakkie

P.N. Wakkie, 'De positie van commissarissen onder het nieuwe model van de structuurregeling', *Ondernemingsrecht* 2002/3-4, p. 87.

Weatherill

S. Weatherill, *Cases and Materials on EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2010.

Weijden

H.A. van der Weijden en J.M.T. Feld: 'Hoge Raad stelt prejudiciële vragen aan het HvJ EU inzake splitsen energiebedrijven', *Bedrijfsjuridische berichten* 2012/13

Wells

C. Wells, 'The Reform of Corporate Criminal Liability', in: *The Reform of United Kingdom Company Law*, Londen: Cavendish Publishing Limited 2002.

Westerlaken

A.P.M. van der Westerlaken, 'Instructiemacht in de praktijk', *V&O* 2002/12, p. 209-213.

WRR

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

Whish

R. Whish en D. Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press 2012.

Van Wijk

J.W.H. van Wijk, 'Beleid inzake staatsdeelnemingen: een optimale positie voor de Staat als aandeelhouder', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Overheid en onderneming: tussen publiek en privaat ondernemen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011.

Wilkeshuis

K. Wilkeshuis, *Publieke belangen en nutssectoren. Op weg naar een juridisch afwegingskader* (diss. VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010.

Winter

J.W. Winter, 'Ius Audacibus. The future of EU company law', in: M. Tison e.a. (red.), *Perspectives in Company Law and Financial Regulation. Essays in Honour of Eddy Wymeersch*, Cambridge: Cambridge University Press 2009.

Wissink

M.H. Wissink, 'Contractsvrijheid van de overheid', *Bb* 1996/13, p. 105-107.

Wolfe

J. Wolfe, 'State Power and Ideology in Britain: Mrs Thatcher's Privatization Programme', *Political Studies* 1991/39-2, p. 237-252.

Zaman

D.F.M.M. Zaman, 'Beschermingsstichtingen als aandeelhouder', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2010/6.

Zaman

D.F.M.M. Zaman, 'De ondernemende stichting en de commerciële stichting', in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman, *De stichting. Kritische*

beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 99-107.

Zaman

D.F.M.M. Zaman, 'De toekomst van de stichting, de vereniging, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij', *WPNR* (2013) 6973, p. 329-332.

Van Zanden

J.L. van Zanden, 'Nederlands industriebeleid in Europees historisch perspectief', in: J. Muntendam & E. Wever (red.), *Industriepolitiek in Nederland en Europa*, Assen: Van Gorcum 1994.

Van Zeben

C.J. van Zeben, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 2, Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1977.

Zijlstra

S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Zijlstra

S.E. Zijlstra, 'De grenzen van de overheid', in: *Privaat bestuur? Preadviezen Vereniging voor bestuursrecht 2008*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 9-10.

Zijlstra

S.E. Zijlstra, 'Publieke taak' en de democratische rechtsstaat', in: J.W. Sap, B.P. Vermeulen & C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003.

Zijlstra

S.E. Zijlstra, 'Sanering van specifiek toezicht en revitalisering van generiek toezicht: Reculer pour mieux sauter?', *NTB* 2011/8, p. 43-50.

Zwan

A. van der Zwan, *Koopman in dienst van de gemeenschap. Goudriaan in botsing met NS*, Schiedam: Uitgeverij Scriptum 1991.

Jurisprudentieregister

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

- HvJ EG 5 februari 1963, nr. 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (*Van Gend & Loos*) | 216
- HvJ EG 15 juli 1964, nr. 6/64, *Jur.* 1964, p. 1203 (*Costa/E.N.E.L.*) | 216
- HvJ EG 13 juli 1966, gev. zaken nrs. 56/64 en 58/64, *Jur.* 1966, p. 449 (*Consten-Grundig*) | 228, 229, 249
- HvJ EG 21 februari 1973, nr. 6/72, *Jur.* 1973, p. 215 (*Europemballage Corp & Continental Can Inc./Commissie*) | 252
- HvJ EG 27 maart 1974, nr. 127/73, *Jur.* 1974, p. 313 (*BRT/SABAM*) | 257
- HvJ EG 11 juli 1974, nr. 8/74, *Jur.* 1974, p. 837 (*Dassonville*) | 234
- HvJ EG 16 november 1977, nr. 13/77, *Jur.* 1977, p. 2115 (*Inno/Atab*) | 246
- HvJ EG 14 februari 1978, nr. 27/76, *Jur.* 1978, p. 274-275 (*United Brands*) | 250
- HvJ EG 24 mei 1977, nr. 107/76, *Jur.* 1977, p. 957 (*Hoffmann – La Roche & Co. AG/Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*) | 228, 229, 250, 253
- HvJ EG 20 februari 1979, nr. C-120/78, *Jur.* 1979, p. 649 (*Cassis de Dijon*) | 235
- HvJ EG 29 maart 1982, nr. 107/82, *Jur.* 1983, p. 3151 (*AEG-Telefunken AG/Commissie*) | 25
- HvJ EG 6 juli 1982, nrs. C-188/80 t/m 190/80, *Jur.* 1982, p. 2545 (*Transparantierichtlijn I (Frankrijk, Italië, Verenigd Koninkrijk)*) | 220
- HvJ EG 10 maart 1983, nr. 172/82, *Jur.* 1983, p. 555 (*Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage en anderen tegen Groupement d'intérêt économique "Inter-Huiles" en anderen*) | 243
- HvJ EG 9 november 1983, nr. 322/81, *Jur.* 1983, p. 3461 (*NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin/ Commissie*) | 250, 250
- HvJ EG 6 november 1984, nr. 182/83, *Jur.* 1984, p. 3677 (*Fearon*) | 228
- HvJ EG 30 januari 1985, nr. 123/83, *Jur.* 1985, p. 391 (*Bureau national interprofessionnel du cognac/Guy Clair*) | 24
- HvJ EG 2 februari 1988, C-67, C-68 en C-70/85, *Jur.* 1988, p. 219 (*Kwekerij Gebroeders Van der Kooy/Commissie*) | 267, 268
- HvJ EG 4 mei 1988, nr. 30/87, *Jur.* 1988, r.o. 34 (*Corinne Bodson tegen SA Pompes funèbres des régions libérées*) | 246, 247, 250
- HvJ EG 21 september 1988, nr. 267/86, *Jur.* 1988, p. 4769 (*Van Eycke/ASPA*) | 245
- HvJ EG 19 maart 1991, nr. C-202/88, *Jur.* 1991, p. I-1223 (*Frankrijk/Commissie*) | 243
- HvJ EG 23 april 1991, nr. C-41/90, *Jur.* 1991, p. I-01979 (*Klaus Höfner en Fritz Elser/Macrotron GmbH*) | 24, 25
- HvJ 10 december 1991, nr. C-179/90, *Jur.* 1991, p. I-5889, nr. 27 (*Merci Convenzionali Porto di Genova/Siderurgica Gabrielli SpA*) | 257

- HvJ EG 17 februari 1993, gev. zaken nr. C-159/91 en C-160/91, *Jur.* 1993, p. I-00637 (*Christian Poucet/ Assurances générales de France en Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*) | 24, 26
- HvJ EG 19 mei 1993, nr. C-320/91, *Jur.* 1993, p. I-2533 (*Corbeau*) | 262
- HvJ EG 19 januari 1994, nr. C-364/92, *Jur.* 1994, p. I-43, (*SAT Fluggesellschaft*) | 26
- HvJ EG 27 april 1994, nr. C-393/92, *Jur.* 1994, p. I-1477 (*Almelo/NV Energiebedrijf IJsselmij*) | 258, 262
- HvJ EG 30 november 1995, nr. C-55/94, *Jur.* 1995, p. I-4165 (*Reinhard Gebhard / Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*) | 234
- HvJ EG 14 december 1995, nr. C-387/93, *Jur.* 1995, p. I 4663 (*Banchemo*) |
- HvJ EG 18 maart 1997, zaak C-343/95, *Jur.* 1997, p. I-1547 (*Cali & Figli/ Servizi Ecologici Porto di Genova*) | 26
- HvJ EG 17 juli 1997, nr. C-242/95, *Jur.* 1997, p. I-4449 (*GT-Link*) | 257
- HvJ EG 25 juni 1998, nr. C-203/96, *Jur.* 1998, p. I-4075 (*Chemische Afvalstoffen Dusseldorp e.a.*) | 224, 256
- HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97, *Jur.* 1999, p. I-01459, r.o. 39 (*Centros*) | 235
- HvJ EG 1 juni 1999, nr. C-302/97, *Jur.* 1999, p. I-3099 (*Konle*) | 228
- HvJ EG 21 september 1999, nr. C-67/96, *Jur.* 1999, p. I-5751 (*Albany International BV/ Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*) | 25, 224
- HvJ EG 25 oktober 2001, nr. C- 475/99, *Jur.* 2001, p. I-8089 (*Ambulanz Glöckner/ Landkreis Südwestpfalz*) | 25, 224, 256
- HvJ EU 19 februari 2002, nr. C-309/99, *Jur.* 2002, p. I-1577 (*Wouters*) | 217, 218
- HvJ EG 16 mei 2002, nr. C-482/99, *Jur.* 2002, p. I-4397 (*Frankrijk/Commissie*) | 267
- HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-367/98, *Jur.* 2002, p. I-4731 (*Commissie/Portugal*) | 235, 236
- HvJ EG 4 juni 2002, nr. C- 483/99, *Jur.* 2002, p. I-4781 (*Commissie/Frankrijk*) | 235, 236, 237
- HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-503/99, *Jur.* 2002, p. I-4809 (*Commissie/België*) | 235-237
- HvJ EG 24 oktober 2002, nr. C-82/01 P, *Jur.* 2002, p. I-09297 (*Aéroports de Paris/ Commissie*) | 24
- HvJ EG 13 mei 2003, nr. C-98/01, *Jur.* 2003 I-04641(*Commissie/Verenigd Koninkrijk*) | 237
- HvJ EG 13 mei 2003, nr. C-463/00, *Jur.* 2003, p. I-04581(*Commissie/ Spanje*) | 229, 237
- Conclusie van A-G Jacobs van 22 mei 2003 bij gev. zaken nr. C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *Jur.* 2004, p. 1-2493, r.o. 27 (*AOK Bundesverband e.a.*) | 25
- HvJ EG 24 juli 2003, nr. C-280/00, *Jur.* 2003, p. I-7747 (*Altmark*) | 263-265
- HvJ EG 18 juli 2006, nr. C-519/04 P, *Jur.* 2006, p. I-06991 (*Meca-Medina*) | 218
- HvJ EG 28 september 2006, nr. C-282/04 en C-283/04 (gev.), *Jur.* 2006, p. I-09141 (*Commissie/Nederland*) | 237
- HvJ EG 5 juni 2007, nr. C-170/04, *Jur.* 2007, p. I-4071 (*Rosengren e.a./Riksåklagaren*) | 234
- HvJ EG 23 oktober 2007, nr. C-112/05, *Jur.* 2007, p. I-08995, r.o. 61 (*Commissie/ Duitsland*) | 239

HvJ EG 26 juni 2008, nr. T-443/03, *Jur.* 2008, p. II-1161 (*Sociedade Independente de Comunica, SA/Commissie*) | 267
Conclusie bij zaak nr. C-171/11, 28 maart 2012 (*Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV/ Technisch Wissenschaftlicher verein*) | 217

GERECHT VAN EERSTE AANLEG VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

GvEA 12 december 1991, nr. T-30/89, *Jur.* 1991, p. II-01439 (*Hilti AG/Commissie van de Europese Gemeenschappen*) | 253
GvEA EG 22 oktober 1997, gev. zaken T-213/95 en T-18/96, *Jur.* 1997, p. II-01739 (*SCK en FNK/Commissie*) | 24
GvEA EG 24 september 2008, nr. T-20/03, *Jur.* 2008, p. II-2305 (*Kahla*) | 270

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

HR 30 juni 1944, *NJ* 1944, nr. 465 | 194
HR 1 april 1949, *NJ* 1949, nr. 465 (*Doetinchemse IJzergieterij*) | 146, 169
HR 21 januari 1955, *NJ* 1959, 43, m.nt. Beekhuis (*Forum-Bank*) | 130, 169
HR 13 november 1959, *NJ* 1960, 472 (*Distilleerderij Melchers*) | 194
HR 13 november 1964, *NJ* 1965, nr. 121, m.nt. G.J.S. | 51
HR 19 maart 1976, *NJ* 1978, 52, m.n. Wachter | 135
HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, nr. 487 (*Albada Jelgersma Holding BV*) | 181
HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, nr. 466 (*Ogem*) | 180
HR 26 januari 1990, *NJ* 1991, nr. 393 m.nt. M. Scheltema (*Windmill arrest*) | 73, 75
HR 7 februari 1992, *NJ* 1992, nr. 438, m.nt. Ma (*Astro*) | 63
HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, nr. 98, m.nt. Ma (*De Wereld*) | 63
HR 20 september 1996, *NJ* 1997, nr. 149 (*Playland*) | 60, 62, 63
HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, nr. 360 | 128
HR 19 oktober 2001, *JOR* 2002/1 (*Stichting Het Utrechts Monumentenfonds*), m.nt. Blanco Fernández | 66
HR 21 december 2001, *JOR* 2002, nr. 38 (*Sobi/Hurks*) | 132, 133, 170
HR 18 april 2003, *NJ* 2003, nr. 286, m.nt. Ma (*RNA*) | 170
HR 29 november 2002, *NJ* 2003, nr. 455 (*Berghuizer papierfabriek*) | 128
HR 4 april 2003, *NJ* 2004, nr. 34 (m.nt. M.A.M.C. van den Berg) | 102
HR 13 juli 2007, *JOR* 2007, 178, *NJ* 2007, 434 (*ABN Amro*) | 133, 161, 170
HR 5 juni 2009, *JB* 2009/171 m.nt. Peters (*Amsterdam/Geschiere*) | 106
HR 9 juli 2010, *NJ* 2010, 544 (*ASMI*) | 161
HR 21 januari 2011, *LJN* BO5290 (*Essent/Delta*) | 239
HR 24 februari 2012, *LJN* BQ9210, BQ9212 en BQ9214 (*Essent; Eneco; Delta/Staat*) | 230, 239

GERECHTSHOVEN

Hof Arnhem, 8 maart 1927, *NJ* 1927 (*Caderius van Veen*) | 193
Hof Amsterdam (OK) 22 oktober 1992, *NJ* 1993, nr. 226 | 175
Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2003, *NJ* 2003, 182 (*Corus*) | 163
Hof Amsterdam (OK) 17 januari 2007, *JOR* 2007, nr. 42 (*Stork NV*) | 131, 132
Hof Amsterdam (OK) 3 mei 2007, *JOR* 2007, nr. 143, m.nt Nieuwe Weme | 170

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

ABRvS 30 november 1995, *AB* 1996, 136 m.nt. S.E. Zijlstra, *JB* 1995, 337, m.nt. F.A.M. Stroink, *Gst.* 7024 m.nt. C.P.J. Goorden, *RAwb* 1996, 44 m.nt. J.B.J.M. ten Berge | 97
ABRvS 3 oktober 1996, nr. H01.95.0454, *LJN* AA6767 | 59
ABRvS 24 december 2003, *JB* 2004, 42 | 98
ABRvS 26 oktober 2005, *AB* 2006, nr. 21, m.nt. H. Peters | 99
ABvRS van 23 januari 2008, *AB* 2008, 113 m.nt. J.J.J. Sillen en *JB* 2008, 46 m.nt. J.L.W. Broeksteeg (*Onderbanken*) | 204
ABRvS 1 oktober 2008, *LJN* BF3911, nr. 200801150/1 | 62
ABRvS 22 april 2009, *JB* 2009, nr. 144 (*Landsbanki*), m.nt. Broeksteeg | 202

LAGERE RECHTSPRAAK

Rb. Maastricht 21 april 1995, *AB* 1996, 137 en *JB* 1995, 116 m.nt. F.A.M. Stroink (*Stichting Silicose*) | 88, 97
Rb. Assen 22 september 1998, *JOR* 1999, nr. 5 (*Spijkstaal*) | 67
President rechtbank Almelo 29 maart 2000, *LJN* AA5716 | 62
Rb. Almelo 22 oktober 2003, *JOR* 2003, nr. 279 m.nt. G.J.C. Rensen (*Gelink*) | 67

BUITENLANDSE RECHTSPRAAK, DUITSLAND

Bundesgerichtshof (BGH)

BGHZ 135, 107 (*Volkswagen AG*) | 351

Oberlandesgericht (OLG) München

OLG München 31 december 2006, *NJW* 2007, 1601 | 356

Trefwoordenregister

A

Aanbevelingsrecht | 151, 156
Aandeelhouder | 129, 164-211, 308, 342
100%- | 186
meerderheids- | 27, 38, 135, 140, 148, 189-191, 279-281, 308, 338, 418, 427
minderheids- | 190-192
-schap | 164-166, 169, 173, 185-188, 189 e.v., 197, 280, 283 e.v.
-scommissie | 130
-sovereenkomsten | 193-194, 309
Aandelen
economische gerechtigden tot – | 170
- zonder stemrecht | 173, 384
- van een bijzondere soort | 130
Aanmeldplicht | 262
ABN-AMRO NV | 133, 144, 161, 195, 196, 273
Absoluut privatiseringsverbod | 230, 239/241
Action spécifique | 394
Aéroports de Paris | 116, 289, 294, 308, 392
Afstoten |
- van deelnemingen | 43, 178-179, 184
- van aandelen,
aandeelhouderschap (afstoting) | 178-179, 180, 182-184
Agence France Trésor | 396
Agentschap voor staatsdeelnemingen
APE | 395
Agentschappen | 16, 41, 58
Akte, notariële | 58, 59
Aktiengesellschaften | 352
Aktiengesetz | 353

Algemeen Nut Beogende Instelling (anbi) | 9
Algemene beginselen van behoorlijk bestuur | 67, 75, 79, 91, 99-102, 106, 108, 130, 142
Algemene belangen | 21, 257
Afvalverwerking (dienst van -, zie: Dienst)
Algemene Rekenkamer | 49, 74, 81, 84, 87, 127, 176, 177, 195, 315
Algemene vergadering van aandeelhouders
besluitvorming van de – | 169-171
Algemene wet bestuursrecht | 59, 96, 200
Altmark-arrest | 262, 263
Altmark-pakket | 264
Ambtelijke dienst | 1
Anstalten | 349
Audit committee | 399
Autonome overheidsbedrijvenwet | 377
Autonomie | 27, 31, 105-106, 189
Autonomiebeginsel | 104

B

Banken | 3, 46-47, 143, 194, 268, 275, 407
Bankwet 1998 | 56
Bankwezen | 194, 195
Bedrijvenwet | 5, 23, 313, 325
Begrotingstekort | 2
Beheer
-sbeslissingen | 237, 238
-scontract | 378, 384, 385
Behoorlijke taakvervulling | 125
Belangen |
algemene - | 21
kortetermijn- | 162

- langetermijn- | 162
- maatschappelijke - | 21
- publieke - | 17
- sociale - | 21
- afweging | 78, 110, 146, 161-163, 170, 213, 238, 248, 278, 280, 281
- Beleidsbepalend | 22, 27, 29, 30
- Beleidskader spontane vernietiging | 202
- (Beleids)ministerie | 70
- Beleidsruimte | 108, 229
- Beleidsvrijheid | 107, 235
- Belgacom | 365, 377, 379, 382, 387
- België | 361 e.v.
- Belgisch Wetboek van Vennootschappen | 367, 372
- Belgische naamloze vennootschap | 373
- Belgocontrol | 377
- Beloning | 136 e.v.
- Beloningsbeleid | 136 e.v. 138, 139, 140 e.v.
- Benoembaarheidseisen raad van commissarissen, zie: Commissaris (Raad van -sen)
- Benoeming |
 - van bestuurder, (zie Bestuurder)
 - door een ander | 135
 - srechten | 3, 84, 149, 196
- Beoordelingsmaatstaven | 76-79
- Besloten vennootschap | 56, 57, 114 e.v.
- Besluit | 96-97
 - nietigheid van - | 342
 - vernietigbaarheid van - | 200-205, 212, 342
 - vorming | 66 e.v.
- Bestuur |
 - sbevoegdheid | 133
 - sleden | 197, 236
 - sorgaan | 93-94, 96 e.v.
- Bestuurder
 - benoeming van - | 134 e.v.
 - ontslag van - | 135
 - schorsing van - | 135
 - sbeloningen | 136
- Bestuursrechter | 95
- Beurs NV | 117
- Beursgang | 41, 299, 327
- Beursnotering | 117
- Bewindvoerders | 32, 33
- Bezoldiging | 136 e.v.
 - sbeleid | 136 e.v. 138, 139, 140 e.v.
- Bijzondere zeggenschap (zie: Zeggenschap)
- Bonusbeleid | 142
- B-orgaan | 97, 98
- Bundeshaushaltsordnung* | 354
- Burgerlijke rechter | 95, 109, 430
- C**
- Certificaathouders | 172, 427
- Certificering | 172, 427
- Charity* | 408, 409
- Civieleluchtverkeer | 285
- Civil Aviation Authority* (CAA) | 403, 413
- Code Banken | 143
- Code de Commerce* | 389
- College van burgemeester en wethouders | 162, 200, 204
- Comité
 - directie- | 373, 374
- Comités d'audit* | 399
- Commanditaire vennootschap | 7
- Commissaris (Raad van -sen)
 - benoembaarheidseisen | 149
 - benoeming van - | 147, 150
 - bezoldiging van - | 136 e.v.
 - ontslag van - | 147, 150
- Commissaris van overheidswege | 149, 153
- CommissieTabaksblat | 53, 209
- Community interest company* (CIC) | 406, 412
- Companies Act 1985 | 405
- Companies Act 2006 | 405, 406
- Company limited by guarantee* | 410
- Compensatiebenadering | 262
- Competentieverdeling | 95, 109
- Comptabiliteitswet | 1, 74, 176, 195
- Concessie | 31, 38, 125, 247, 258, 311-319, 321, 326, 413, 420
- Concessiewet personenvervoer | 317

Concurrentiepositie | 36, 86, 377
Continuïteit | 6, 89, 162, 180, 185, 229, 291, 303, 306, 334, 395
Contracten | 22, 212, 325
Contractspartij | 64
Contractsvrijheid | 93, 104-106
Contractuelebenoeming | 149
Coöperatie | 52, 56, 57, 88-90, 112, 128, 206, 363
Corporate Governance code | 53, 143, 146, 157, 356, 374, 414
Crisiskartels | 247

D

DB Fernverkehr | 258
DB Mobility Logistics AG | 258
DB Netz | 328, 358
DB Regio | 358
DB Schenker Rail | 314, 358
Décharge |
 verlening van - | 296
De minimis Verordening | 265
De Nederlandsche Bank (DNB) | 35-36, 56, 69, 98, 127, 133, 136
Deelneming | 38-46, 174, 301
Delta, Delta Nutsbedrijf NV | 212, 230, 239-241
Democratisch gelegitimeerd | 106
Détournement de pouvoir | 72
Deutsche Bahn AG | 358
Dienst
 overheids- | 2, 8, 35
 publieke - | 77, 233, 240, 255, 281
 reguliere economische - | 223
 - van algemeen belang | 224, 270, 423
 - van algemeen economisch belang | 255, 257-266, 424
Discretionaire bevoegdheid | 108, 236, 258-261
Discrimineren | 234, 238, 252
Dividenduitkeringen | 187
Dochtermaatschappij | 29-30, 175, 180, 328, 340
Doel
 -omschrijving | 60-64, 79, 120-125, 128, 290, 427, 431

 -overschrijding | 61-63, 120-128, 427
 -stelling | 60-64, 120-128, 427
Doorkruisingsleer | 78-79, 93, 107-108, 422
DSM NV | 3, 122, 325
Duitsland | 348 e.v.
Duits recht | 348-361
Duitse Staat | 358-360
Duits vennootschapsrecht | 352
Duurzame verbondenheid | 175-178, 274

E

Economisch gerechtigden tot aandelen (zie: Aandelen)
Economische activiteiten | 25-26, 165, 216-217, 221-224, 244, 258, 259
Eigendomsrecht | 226-230, 240
Eigendomsregelingen | 215, 225, 228, 239
Einwirkungs- of Ingerenzpflicht | 354
Elektriciteitsmarkt | 334-336
Elektriciteitsproductie- en leveringsbedrijven | 332, 340
Elektriciteitswet 1998 | 333-337, 338-340
Energiebeleid | 40, 331, 332, 336
Engels recht | 402 e.v.
Enquête
 -procedure | 54, 57, 169, 192, 212, 338
Erfpacht | 302-305
Essent | 47, 117, 230, 239, 241
Établissement public à caractère industriel et commercial (epic) | 392
Europese coöperatieve vennootschap (SCE) | 52, 112
Europese harmonisatierichtlijnen | 53
Europese kapitaalvennootschappen | 112
Europese vennootschap (SE) | 52, 112, 363
Evenredigheid
 -sbeginsel | 103, 163, 238, 278-280
 -stoets | 235-237, 278-281
 - van maatregelen | 235, 254

Exceptiemogelijkheid | 231-234
 Exploitatievergunning | 302-305
 Externe toezichthouders | 413
 Externe verzelfstandiging | 14-15, 41

F

Financiële crisis | 3, 19, 46, 179, 273-276
Fonds Stratégique d'Investissement (FSI) | 392
 Fortis NV | 69, 273
 Frankrijk | 389 e.v.
 Frans recht | 389-390
 Franse Staat | 390
 Fundamentele vrijheden | 215, 219, 222, 229-234, 278
 Fusie | 53, 57, 159, 169, 189, 237

G

Gaswet | 38
 GDF Suez | 395, 397
 Gedecentraliseerde eenheidsstaat | 199
 Gedeputeerde Staten | 75, 200
 Geldschietters | 34, 170
 Gemeentebedrijven | 23, 366
 Gemeenten | 11, 17, 23, 55, 71, 189, 198-205
Gemeinden | 349
Gemeinnützigen GmbH | 355-356
 Gemene rechtsleer | 71-72
 Gemengde rechtsleer | 94, 100-102
 Gemitigeerd regime | 206, 208
 Generaale Bank van Beleening | 35
 Geschillenregeling | 57, 190
 geschorst | 136, 151, 172, 320, 341
Gesellschaft mit beschränkter Haftung | 350, 352-355
GmbH (zie *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*)
GgmbH (zie *Gemeinnützigen GmbH*)
 Goedkeuringsrecht (zie: Zeggenschap)
 Gouden aandelen
 -jurisprudentie (Golden Share-jurisprudentie) | 127, 192, 229, 232, 235-239, 278, 394
 Gouden Eeuw | 32
Grands corps | 390-391

Groepsmaatschappij | 63, 124, 162, 180
 Groepsvergadering | 130
 Grondwet | 17, 55, 204

H

Handelsbelemmering | 230, 234, 278
 Handelsregister | 149
 Harmoniseren | 221-222, 259
 Herkapitalisatiemededeling | 275
 Herkenbaarheid (van de overheidsonderneming) | 7, 126, 214, 389, 424-427
 Hervormingen (van de staat) | 1, 377, 391
 Historische ontwikkeling | 32-48
 Holistische opvatting | 161
 Holland Casino | 82, 111
 Hollandse IJzeren Spoorweg Maatschappij (HSM) | 312
 Hoogspanningsnet | 331-332, 338-344
Hub of mainport functie | 288, 291, 292, 303-306
 Huisafval | 1
 Huisvesting | 82

I

Ideële doelstellingen | 9, 86, 353
 Informatiedeling | 360
 Informatieplicht | 146, 360
 Informatievoorziening | 157, 213, 430
 ING | 6, 19, 47, 148-150, 269
Ingerenzpflicht (zie *Einwirkungs- of Ingerenzpflicht*)
 Instellingswet | 58, 62, 78
 Interne markt | 222-226, 230, 245-246, 270-272, 423
 Interne verzelfstandiging | 14
 Interventiebevoegdheden | 22
 Interventiewet | 47-48, 167-168
 Intrekking van de luchthavenexploitatievergunning | 304
 Investeringsbeslissingen | 6, 185, 327
 Investeringsfondsen | 5

J

Jaarrekening

-enrecht | 57, 137, 139, 169, 176, 188, 207, 295-296, 427
 vaststelling van – | 169-171, 188, 207, 296
 Jaarverslag | 57, 165, 199, 428, 430, 431

K

Kaderregeling | 260-265
 Kaderwet zelfstandige
 bestuursorganen | 196
 Kapitaalvennootschap | 58 e.v., 111. e.v.
Kapitalgesellschaft | 352-353
 Kartelverbod | 222, 246 e.v.
 Kerncentrale Borssele | 3, 46
 Keynesiaans beleid | 38
Kommunales Unternehmen | 355
 Koning Willem I | 34-35
 Koninklijke DSM NV | 122
Körperschaften | 349
 KPN NV | 3, 41, 184
 Kwaliteitseisen | 135, 149, 151, 154, 211

L

l'Agence des participations de l'État
 (APE) | 395-398
 Landelijk hoogspanningsnetwerk (zie
 hoogspanningsnetwerk)
 Landelijk netbeheer | 331 e.v.
Länder | 349
 Landingsrechten | 293
 Landsbanki | 201
 Legaliteitsbeginsel | 31, 104-106
 Legitimiteit | 108, 349, 424-425
 Lidmaatschap (van vereniging) (zie
 vereniging)
 Luchthaven Texel | 198
 Luchthavenexploitatievergunning
 intrekking van - | (zie Intrekking
 van de
 luchthavenexploitatievergunning)

M

Maatschappelijk verantwoord
 ondernemen | 9, 123

Maatschappelijke belangen | 21
 Maatschappelijke onderneming | 10-
 11, 90, 356, 370, 406
 Maatschappij tot Exploitatie van
 Staatsspoorwegen (SS) | 312
 Machtigingswet | 49, 59, 74
 Mainport | (zie *Hub of mainport*
 functie)
 Markt
 -macht | 250-251
 -werking | 3, 13, 39 e.v., 223
 Marktwerving, deregulering en
 wetgevingskwaliteit (project ~
 (mdw-project)) | 3
 Medeaandeelhouders | 197-198, 204,
 309
 Mededinging
 -sbeleid | 216, 248
 -recht | 241-244, 245 e.v.
 Meerderheidsaandeel | (zie
 Aandeelhouder)
Members | 410-411, 415, 417
 Minderheidsaandeel | (zie
 Aandeelhouder)
 Minister van Overheidsbedrijven
 | 387-388
 Ministeriële ontheffing | 208-209
 Misbruik van machtspositie | 249 e.v.

N

Naamloze vennootschap van publiek
 recht | 378 e.v.
 Naamvoering | 410, 426
 Nationale luchthaven | 285-287, 291-
 292, 303
 Nationale Maatschappij der Belgische
 Spoorwegen (NMBS) | 379
 Nationale soevereiniteit | 216
 Nationale Stichting tot Exploitatie van
 Casinospelen | 82
 Nationalisatie | 37, 40, 70, 167-168,
 391-392, 402
 Natuurlijke persoon | 69
 Nederlandsche Handel-Maatschappij
 (NHM) | 36
 Nederlandse Investeringsbank (NIB)
 | 38, 40

- Nederlandse
 Ontwikkelingsmaatschappij (NOM)
 | 40
 Nederlandse Republiek | 32
 Nederlandse Spoorwegen NV | 311
 e.v.
 Netbeheer | (zie Landelijk netbeheer)
 Network Rail | 415
 Neutraliteitsbeginsel | 229, 243-244
 Niet-beurs NV | 117
 Niet-economische activiteiten | (zie
 Economische activiteiten)
 Niet-kapitaalvennootschappen | 91
 Non-interventie | 32-33
 Normenkader | 96 e.v., 103 e.v., 218-
 219
 Nota 'Commissarissen van
 overheidswege' | 155, 158
 Nota Deelnemingenbeleid | 44, 174
 Notaris | 58
 NV Gasunie | 38
 NV Luchthaven Schiphol | 284 e.v.
 NV Nederlandse Spoorwegen | 311
 e.v.
- O**
 Octrooien | 35
Öffentlichen Zweck | 354
 Office of Gas and Electricity Markets
 (Ofgem) | 403, 413
 Office of Rail Regulation (ORR) | 414
 Oliecrisis | 39
 Omzetting | 169, 186, 189
 Onderlinge waarborgmaatschappij
 | 56-57, 65, 206
 Ondernemingsbegrip | 23-27, 257
 Ondernemingsraad | 138, 151, 152,
 160, 207, 211, 361
 Onderzoeksonderwerp | 4 e.v.
One tier
 -board | 53, 129, 373
 -model | 134, 152
 Ontbinding | 147, 169, 186, 188-189
 Ontheffing door de minister | 210-211
 Onvervalste mededinging (zie:
 mededinging)
 Open normen | 102, 103, 110
 Openbaar gezag | 7, 17, 26, 71, 88, 96-
 99, 102
 Openbaar personenvervoer per spoor
 | 315
 Openbare aanbesteding | 263, 266
 Openbare bedrijven | 218, 241-242
 Openbaredienstverplichtingen | 259,
 263
 Operationele beleidsdeelnemingen
 | 180
 Operationele
 eindverantwoordelijkheid | 20
 Oprichting | 16, 50, 55, 58-71, 72-78
 -svereisten | 58-71
 Orgaan | 64-67, 83-84, 91, 129-130,
 133-135, 139
 Organisatiestructuur van de
 vennootschap | 129 e.v.
 Osmose | 95, 104
 Overeenkomsten | 8, 46, 104, 246-247,
 325-326, 341
 Overheid | 17
 -saanwezigheid | 3
 -sapparaat | 1, 2, 42
 -sbedrijf | 23, 29-31, 377, 387
 -scommissaris | 8, 153-164
 -sinterventie | 22, 223
 -sinvloed | 21
 -slichamen | 22, 87, 102, 240
 Overheidsonderneming | 23, 27 e.v.
 Overheidsstichting | (zie Stichting)
 Overschrijding (zie: Doel)
 Overwegende zeggenschap (zie:
 Zeggenschap)
- P**
 Participantenopvatting | 161
 Particulier initiatief | 1, 34, 37-39
 Partijautonomie | 103-105
 Pensioenfondsen | 224
 Plan van behandeling | 11
 Politieke eindverantwoordelijkheid
 | 12, 20, 165, 281
 Postbank NV | 19
 Postbankwet | 19
 Postcheque- en Girodienst | 19
 PostNL NV | 3

- Principal-agent problematiek | 130
Privaatrechtelijke rechtspersonen | 54, 79 e.v.
Private company limited by shares (Ltd) | 405, 406-408
Private stichting | (zie Stichting)
Privatisering | 13 e.v.
Probleemstelling | 7
Proportionaliteitsbeginsel | 261
ProRail BV | 328
Protocol met betrekking tot diensten van algemeen belang | 224, 256, 260
Protocol nr. 26 bij VWEU | 224, 256, 260
Provinciale bedrijven | 23
Provincies | 11, 17, 23, 50, 55, 70-71, 75, 198-205
Provinciewet 1962 | 70
Provinciewet 1992 | 70
Public Affairs & Corporate Responsibility | 297
Public Corporate Governance Kodex (PCGK) | 355 e.v.
Public limited company (Plc) | 405-411
Publiek belang | 17 e.v., 173, 194 e.v.
Publieke naamloze vennootschap | 419, 424 e.v.
Publieke taak | 17
-criterium | 97-98
Publiekrechtelijke bevoegdheidsgrondslag | 96
publiekrechtelijke normen | 76, 95-96, 99-110, 142, 352, 422
Publiekrechtelijke rechtspersonen | 17, 49-50, 54-58, 69-70
- R**
Railinfrabeheer BV | 328-329
Railinfratruster BV (RIT) | 328
Railned BV | 328
Railverkeersleiding BV | 328
Rechtsbescherming | 67, 104-110
Rechtsgrondslagen | 108-109
Rechtsingang | 109
Rechtspersoon suigeneris | 58, 112, 148
Rechtspersoonlijkheid | 23, 50 e.v., 54-55, 68-71
Rechtvaardigingsgrond | 104, 234-236, 254, 278
Redelijkheid en billijkheid | 99-102, 108, 130, 146, 148, 189, 197-199, 427
Registeraccountant | 295
Restbevoegdheden | 169
Resultante opvatting | 161
Rijksbegroting | 68, 415
Rijksoverheid | 17, 168, 174, 181 e.v., 194, 197-205, 286, 309-310
Rijkspostspaarbank | 19
Rule of Reason | 235, 247
RWE | 239
- S**
Schakelbepalingen | 72, 101
Selectiviteit | 269
Semi-publieke instellingen | 101
Shareholder en stakeholder value (zie: Stakeholder)
Specialiteitsbeginsel | 105
société anonyme | 393-394
Société d'économie mixte (SEM) | 393-394
Solidariteit | 26
Splitsing | 57, 189, 237, 314-315
Spontane vernietiging bij koninklijk besluit | 200-204
Spoorwegen | 311 e.v.
Spoorwegwet | 312, 315, 317-318, 330
Staat
-sbedrijven | 3, 4, 23, 38, 43, 123
-sdrukkerij | 35
-smonopolies | 224, 256
Staatsloterij | 82, 85-86, 89
Staatssteun
-bepalingen | 255 e.v., 266 e.v.
-verbod | 266 e.v., 270 e.v.
Stakeholder
-model | 125
- value | 125
Standstill-beginsel | 262
Staten-Generaal | 74-75, 176-177

Statutair doel (zie: Doelomschrijving)
 Statuten | 30, 57, 60, 82, 121
 -wijziging | 186
 Stemovereenkomsten | 193 e.v.
 Stemrechten | 29-30, 105, 204, 243,
 351, 381, 384, 389
 Stichting | 56-58
 overheids- | 86-88
 private - | 368-371
 - van algemeen nut | 368-371
 Stichting Administratiekantoor | 194,
 428-429
 Stichting administratiekantoor beheer
 financiële instellingen | 82, 180,
 194-195, 212
 Stichting Exploitatie Nederlandse
 Staatsloterij | 85-86
 Stimulering | 32 e.v.
 Strategische commissie voor het
 publiek belang | 428
Strategy Committee | 399-400, 428
 Structuurregime | 54, 58, 136, 145,
 150, 205 e.v.
 Structuurvennootschap | (zie
 Structuurregime)
 Subsidieverstrekker | 64
 Systeemrelevante banken | 3

T

Taakvervulling
 -behoorlijke | 125
 Taken en bevoegdheden (zie: Bestuur)
 TenneT BV | 331 e.v.
 TenneT Holding BV | 331 e.v.
 TenneT TSO BV | 331 e.v.
 Thales | 395, 397, 401
 Toestemming |
 - van de aandeelhouder | 323
 - van de Minister van Economische
 Zaken | 236, 344
 - van de Raad van Commissarissen
 | 341
 - van een derde | 171
 - van een overheidsorgaan | 149
 Toezichthoudend orgaan | 29, 134
 Toezichthouders | 4, 134, 138, 359,
 403, 413, 416

Transmission System Operator (TSO)
 BV | 331 e.v.
 Transparantierichtlijn | 31, 221, 242
 Tweewegenleer | 50, 71-76, 90

U

Uitbesteden (van overheidstaken) | 14
 Uitkeringsverbod | 83, 371
 Uitvoeringsconvenant | 427, 430, 431

V

Vakdepartement | 182, 401, 431
 Vennootschappen met sociaal oogmerk
 (VSO) | 362, 375 e.v.
 Vennootschapsbelang | 77, 132, 146,
 159, 160-164, 213, 290, 319-323, 342
 Vennootschapsorganen | (zie Orgaan)
 Verbonden
 -heid (duurzame ~) | (zie
 Duurzame verbondenheid)
 - partij | 199
 Verdrag van Amsterdam | 225, 280
 Verdrag van Lissabon | 224, 256, 271
 Verdrag van Maastricht | 225, 280
 Verenigd Koninkrijk | 402 e.v.
 Verenigde Oost-Indische Compagnie
 (VOC) | 32
 Vereniging | 56, 57, 80, 88-90
 Lidmaatschap van- | 89
 vereniging zonder winstoogmerk
 | 368
 Vergunningenstelsel | 251, 292, 316
 Verkapte beperking van de handel
 | 234
 Verlicht regime | (zie Verlicht
 structuurregime)
 Verlicht structuurregime | 58, 208 e.v.,
 340
 Vervoers- en telecomunicatiesector
 | 377
 Verzelfstandiging
 externe – | (zie Externe
 verzelfstandiging)
 interne – | (zie Interne
 verzelfstandiging)
 - van overheidstaken | 90

- Verzwakt regime (zie: Gemitigeerd regime)
- Vetorecht (van de overheid) | 159, 236
- Voordracht
- bindende- (zie: Benoeming)
 - door de overheid | 149
 - van bestuurder | 135-136, 144
 - van Commissaris | 149, 150, 320, 342
- Vrij verkeer
- beperkingen van - | 234, 352
 - regels | 230, 233
 - sbepalingen (bepalingen van -) | 230, 233
 - van goederen | 234
 - van kapitaal en vestiging | 235, 236
 - van personen en diensten | 218, 234
 - verboden | 127
- Vrije markt | 41, 155, 219, 222-223
- economie | 36
- Vrijwillige toepassing
- structuurregeling | 211
- W**
- Waterschappen | 11, 17, 55, 198-200, 204
- Wederpartij
- van de overheid(sonderneming) | 94, 108
 - van de rechtspersoon | 61
- Wet Bestuur en Toezicht | 53-54, 129 e.v., 134
- Wet gemeenschappelijke regelingen | 71, 199, 285
- Wet herziening enquêterecht | 54
- Wet Luchtverkeer | 302
- Wet onafhankelijk netbeheer | 334, 337
- Wet op de kansspelen | 85
- Wet op de verenigingen en stichtingen | 367-370
- Wet op het Financieel Toezicht | 143, 167, 190
- Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens (Wopt) | 138
- Wet personenvervoer 2000 | 317-318, 326
- Wet revitalisering generiek toezicht | 202-204
- Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht | 53, 117
- Wetboek van Koophandel | 51, 389
- Winst |
- bestemming | 169, 186-187, 307
 - maximalisatie | 77, 249, 369, 427
 - oogmerk | 25, 80, 83, 368, 372, 427
 - uitkering van - | 431
- Z**
- Zeggenschap
- bijzondere - | 230-231, 236-237, 252, 427
 - overwegende - | 15-16, 218
 - s- en goedkeuringsrechten | 427
- Zeggenschapsrechten
- van de aandeelhouder | 231
 - van de overheid | 84, 230, 231, 237, 243, 427
- Zelfstandig bestuursorgaan | 14
- Ziekenfonds | 100-101

Curriculum vitae

1978	Geboren te Dordrecht
1997	Eindexamen atheneum aan scholengemeenschap Het Assink te Haaksbergen
2000-2001	Student <i>Fondation Nationale des Sciences Politiques</i> te Parijs
2002	Doctoraalexamen notarieel recht en civiel recht aan de Universiteit Leiden
2003-2009	PhD-fellow notarieel recht aan de Universiteit Leiden
2010-heden	Universitair docent Moot Court aan de Universiteit Leiden

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2012 en 2013 verschenen:

- MI-200 F. Schonewille, *Partijautonomie in het relatieve vermogensrecht*. (diss. Leiden), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2012, ISBN 978 94 466 0492 2
- MI-201 R.P. Orij, *Societal Determinations of Corporate Social Disclosures. An International Comparative Study*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2012, ISBN 978 90 8728 162 5, e-ISBN 978 94 0060 088 1
- MI-202 K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, (diss. Leiden), Kluwer 2012, ISBN 978 90 1310 434 9
- MI-203 T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, 978 90 1310 377 9
- MI-204 A.G. Castermans, K.J.O. Jansen, M.W. Knigge, P. Memelink & J.H. Nieuwenhuis (eds.), *Foreseen and unforeseen circumstances*, BWKJ nr. 27, Deventer: Kluwer 2012, ISBN 978 90 1310 959 7, eISBN 978 90 1310 960 3
- MI-205 A. Eleveld, *A critical perspective on the reform of Dutch social security law. The case of the life course arrangement*, (diss. Leiden) Leiden University Press 2012, ISBN 978 90 8728 174 8, e-ISBN 978 94 0060 112 3
- MI-206 C.P.M. Cleiren, M.J. Kunst, J.L. van der Leun, G.K. Schoep, J.M. ten Voorde, *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2012, ISBN 978 90 5931 921 9
- MI-207 B.P. ter Haar, *Open Method of Coordination. An analysis of its meaning for the development of a social Europe*, (diss. Leiden), Amsterdam 2012, ISBN 978 94 6190 174 3
- MI-208 A.M. Reneman, *EU asylum procedures and the right to an effective remedy*, (diss. Leiden), Leiden 2012
- MI-209 C. de Kruif, *Onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht. De complexiteit van het adagium 'de veroorzaker betaalt' in een veellagige rechtsorde*, (diss. Leiden), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2012, ISBN 978 90 466 0570 7
- MI-210 R. Simarmata, *Indonesian Law and Reality in the Delta. A Socio-Legal Inquiry into Laws, Local Bureaucrats and Natural Resources Management in the Mahakam Delta, East Kalimantan*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2012, ISBN 978 90 8728 184 7, e-isbn 978 94 0060 131 4, e-pub: 978 94 0060 132 1
- MI-211 P.J.P.M. van Lochem, *Rechtsrelativering. Een verkenning op het terrein van het overheidshandelen*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, ISBN 978 90 8974 729 7
- MI-212 J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland. Juridische knelpunten en uitdagingen*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, ISBN 978 90 13 10886 6
- MI-213 F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in strikte zin door het EHRM en het HvJEU*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, ISBN 978 90 5850 880 5
- MI-214 C.M. Smyth, *The Common European Asylum System and the Rights of the Child: An Exploration of Meaning and Compliance*, (diss. Leiden), Leiden 2013
- MI-215 A.F. Mollema, *Het beperkte recht. Een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud*, (diss. Leiden), Leiden: Uitgeverij BOXPress 2013, ISBN 978 90 8891 597 0
- MI-216 V.S. Bouman, *De baai geblokkeerd: piraten in het nauw? Een onderzoek naar de toelaatbaarheid en het effect van het blokkeren van The Pirate Bay*, (Jongbloed scriptieprijs 2012), Den Haag: Jongbloed 2013, ISBN 978 90 7006 268 2
- MI-217 C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M.W. Knigge, T. van der Linden, J.H. Nieuwenhuis & H.A. ten Oever (red.), *Rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde*. BWKJ nr. 28, Deventer: Kluwer 2013, ISBN 978 90 1311 482 9

- MI-218 J.M. ten Voorde, C.P.M. Cleiren & P.M. Schuyt, *Meerdaadse samenloop in het strafrecht. Een onderzoek naar doel, grondslag, karakter, strekking en functie van de wettelijke regeling van meerdaadse samenloop (artikel 57-63 Sr)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, ISBN 978 90 8974 843 0
- MI-219 J. Nijland, *De overheidsonderneming. Overheidsinvloed in kapitaalvennootschappen nader beschouwd*, (diss. Leiden), Leiden: Uitgeverij BOXPress 2013, ISBN 978 90 8891 719 6

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek