

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

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 kapitaalvenootschap 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.), *Vervelfstandiging 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 overheidsdeelneming 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 verworven 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 Europees 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 vinden is 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 privaats- 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 overheids-onderneming 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, enquêterecht 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, enquêterecht 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/zowerktdoeverheid/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 beseft 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 overheids-onderneming gerichte onderzoek.

4.2 OVERHEIDSINVLOED

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

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 betreurenswaardig 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. Suftrin, *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. Suftrin, *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 handhavinginstrumenten 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 handhavinginstrumenten 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 bezien 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 Naamloze 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 geöctrooierde 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 Naamlooze 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 Naamlooze 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 verkeerdt 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 ogen-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. Ebbens, *Economische bedrijfsomgeving*, Amsterdam: Pearson Education Benelux BV 2005, p. 138.

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

152 Concurrentievernietigende 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 verworden 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 overheidsbemoedienis. 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:

‘Gaaf 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 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.

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.